



INFRASTRUKTURA
I ŚRODOWISKO
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



UNIA EUROPEJSKA
FUNDUSZ SPÓJNOŚCI



PN/23/2012 - 39/01/13/hzk

Stalowa Wola, dnia 08.01.2013 r.

Do wiadomości:

Wykonawców, którzy uczestniczą w postępowaniu Nr PN/23/2012.

ZAWIADOMIENIE O WNIESIONYM ODWOŁANIU.

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Numer sprawy: PN/23/2012.
Nazwa zadania: Zamówienie Nr 01 „BUDOWA ZAKŁADU MECHANICZNO-BIOLOGICZNEGO PRZETWARZANIA ODPADÓW KOMUNALNYCH W STALOWEJ WOLI”.

Działając na podstawie art. 185 ust. 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) Zamawiający informuje, że w prowadzonym postępowaniu zostało wniesione odwołanie dotyczące czynności Zamawiającego polegającej na:

Wykonawca: Konsorcjum firm Comsa Emte Sp. z o.o., ul. Czeczota 31, 02-607 Warszawa, AWBUD S.A., ul. Reja 4, 42-440 Ogrodzieniec, MACE (POLAND) LIMITED Sp. z o.o. ODDZIAŁ W POLSCE, ul. Złota 59, 00-120 Warszawa wnosi odwołanie od czynności Zamawiającego w postaci wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu doręczonego Odwołującemu w dniu 28 grudnia 2012 r.

Opisaną powyżej czynności wezwania przez Zamawiającego zarzuca naruszenie:

- 1) art. 26 ust. 3 PZP poprzez błędne przyjęcie, iż Odwołujący nie złożył wymaganych przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w Postępowaniu.

Z ostrożności procesowej, w razie nieuznania słuszności zarzutu wskazanego w punkcie 1) powyżej, zarzuca naruszenie:

- 2) art. 26 ust. 4 PZP poprzez jego niezastosowanie w sytuacji kiedy Zamawiający powziął wątpliwości co do treści załączonego przez Odwołującego dokumentu złożonego w Postępowaniu.

W przypadku nieuznania słuszności zarzutów wskazanych w punktach 1) oraz 2) powyżej, zarzuca naruszenie:

- 3) art. 26 ust. 3 PZP w zw. z § 6 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane („Rozporządzenie”) poprzez wskazanie w treści wezwania doręczonego Odwołującemu w dniu 28 grudnia 2012 r., iż dokumenty mogą być uzupełnione jedynie w formie pisemnej podczas gdy § 6 ust. 1 Rozporządzenia traktuje jako formę równorzędną formę kopii poświadczoną za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę.

- 4) art. 26 ust. 3 PZP poprzez:

- wyznaczenie Odwołującemu, pod rygorem wykluczenia z postępowania, zbyt krótkiego terminu na uzupełnienie dokumentów, a faktycznie uniemożliwienie Odwołującemu

uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 PZP ze względu na wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na ich uzupełnienie.

- odmowę przedłużenia terminu na uzupełnienie dokumentów o czas niezbędny do ich uzupełnienia.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu doręczonego Odwołującemu w dniu 28 grudnia 2012 r.

Z ostrożności procesowej w razie nieuznania słuszności zarzutów wskazanych w punktach 1) oraz 2) powyżej wnosi alternatywnie o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu (objętych treścią wezwania z dnia 28 grudnia 2012 r.) we właściwej formie oraz w odpowiednim terminie.

Odwołujący powziął informację o wskazanej czynności Zamawiającego w dniu 28 grudnia 2012 r. - wskutek doręczenia przez Zamawiającego faksem pisma z dnia 28 grudnia 2012 r. (znak: PN/23/2012-179/12/12/7142K) a zatem niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 pkt 1 PZP.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 PZP Odwołujący wskazuje, iż zaskarżone czynności Zamawiającego naruszają interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia bowiem Zamawiający w sposób sprzeczny z przepisami prawa nie uznał prawidłowości załączonych do oferty Odwołującego dokumentów (ewentualnie nie wezwał do złożenia w tym zakresie wyjaśnień, ewentualnie dokonał wezwania w sposób nieprawidłowy).

Kopię wniesionego odwołania przekazuje się w załączeniu. Wykonawca na tej podstawie może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując Stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której przystępuje.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego doręcza się Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się Zamawiającemu oraz Wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Wykonawca staje się uczestnikiem postępowania odwoławczego, jeżeli ma interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze Stron.

Prawa i obowiązki uczestników postępowania odwoławczego określono w art. 185 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Informacje dotyczące środków ochrony prawnej znajdują się w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz w Dziale VI Prawa zamówień publicznych „Środki ochrony prawnej”, art. od 179 do 198g (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

Załącznik: kopia odwołania Wykonawcy z dnia 07.01.2013 r.

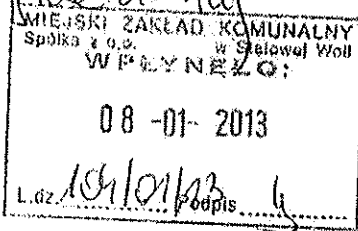
PREZES ZARZĄDU

mgr Mariusz Piasecki

Kierownik Zamawiającego

Na podstawie art. 27 ust. 2 ustawy Pzp oraz zgodnie z zapisami pkt VII pkt 1. 5) e) SIWZ IDN Zamawiający zdale uwzględnienie potwierdzenie otrzymania niniejszego pisma oraz z doprecyzowaniem.

*Protokołem odbioru
pismo str 1-M
Zugade Komuni*

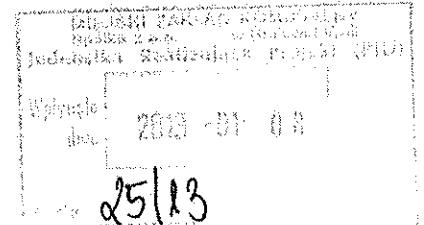


Domański Zakrzewski Palinka

Rondo ONZ 1
00-124 Warszawa
tel.: +48 22 557 7600
fax: +48 22 557 7601
www.dzp.pl

Warszawa, dnia 7 stycznia 2013 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**



Zamawiający: Miejski Zakład Komunalny Sp. z o.o.
ul. Komunalna 1, 37-450 Stalowa Wola

Odwołujący: Konsorcjum spółek w składzie:

1. Comsa Emte Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum)
ul. Czeczota 31, 02-607 Warszawa

2. AWBUD S.A.
ul. Reja 4, 42-440 Ogrodzieniec

3. MACE (POLAND) LIMITED Sp. z o.o.
Oddział w Polsce
ul. Złota 59, 00-120 Warszawa

reprezentowane przez pełnomocnika:

Magdalenę Kłębukowską

adres do doręczeń:

Rondo ONZ 1, XXI piętro

00-124 Warszawa

Tel. +48 22 557 76 00

Fax + 48 22 557 76 01

e-mail: magdalena.klebukowska@dzp.pl

DEKRETACJA	
Miejski Zakład Komunalny Sp. z o.o. w Stalowej Woli Jednostka Realizująca Projekt	
JRP-X	<input checked="" type="checkbox"/>
JRP-F	<input checked="" type="checkbox"/>
JRP-40	<input checked="" type="checkbox"/>
JRP-5	<input checked="" type="checkbox"/>
JRP-75	<input checked="" type="checkbox"/>
JRP-7M	<input checked="" type="checkbox"/>
Podpis Kluczyński JRP	<input checked="" type="checkbox"/>

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa zakładu mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych w Stalowej Woli” (nr sprawy: PN/23/2012) („Postępowanie”)

■ ■ ■ I Domański Zakrzewski Palinka

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.) („PZP”), działając w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. konsorcjum spółek w składzie: Comsa Emte Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, AWBUD S.A. z siedzibą w Ogrodzieńcu, MACE (POLAND) LIMITED Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie (zwanymi dalej łącznie „Odwołującym”), w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo z dnia 7 stycznia 2012 r., którego kopię dołączam do niniejszego pisma, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Miejski Zakład Komunalny Sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli („Zamawiający”) pn. „Budowa zakładu mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych w Stalowej Woli” (nr sprawy: PN/23/2012), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr Dz. 2012/S 209-343861 z dnia 30 października 2012 r. („Postępowanie”), wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego w postaci wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu doręczonego Odwołującemu w dniu 28 grudnia 2012 r.

Opisanej powyżej czynności wezwania przez Zamawiającego **zarzucam naruszenie:**

- 1) art. 26 ust. 3 PZP poprzez błędne przyjęcie, iż Odwołujący nie złożył wymaganych przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w Postępowaniu.

Z ostrożności procesowej, w razie nieuznania słuszności zarzutu wskazanego w punkcie 1) powyżej, **zarzucam naruszenie:**

- 2) art. 26 ust. 4 PZP poprzez jego niezastosowanie w sytuacji kiedy Zamawiający powziął wątpliwości co do treści załączonego przez Odwołującego dokumentu złożonego w Postępowaniu.

W przypadku nieuznania słuszności zarzutów wskazanych w punktach 1) oraz 2) powyżej, **zarzucam naruszenie:**

- 3) art. 26 ust. 3 PZP w zw. z § 6 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane („Rozporządzenie”) poprzez wskazanie w treści wezwania doręczonego Odwołującemu w dniu 28 grudnia 2012 r., iż dokumenty mogą być uzupełnione jedynie w formie pisemnej podczas gdy § 6 ust. 1 Rozporządzenia traktuje jako formę równorzędną formę kopii poświadczoną za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

- 4) art. 26 ust. 3 PZP poprzez:

- wyznaczenie Odwołującemu, pod rygorem wykluczenia z postępowania, zbyt krótkiego terminu na uzupełnienie dokumentów, a faktycznie uniemożliwienie Odwołującemu uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 PZP ze względu na wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na ich uzupełnienie.

■ ■ ■ I Domański Zakrzewski Palinka

- odmowę przedłużenia terminu na uzupełnienie dokumentów o czas niezbędny do ich uzupełnienia.

W związku z powyższym wnoszę o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu doręczonego Odwołującemu w dniu 28 grudnia 2012 r.;

Z ostrożności procesowej w razie nieuznania słuszności zarzutów wskazanych w punktach 1) oraz 2) powyżej wnoszę alternatywnie o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu (objętych treścią wezwania z dnia 28 grudnia 2012 r.) we właściwej formie oraz w odpowiednim terminie.

Odwołujący powziął informację o wskazanej czynności Zamawiającego w dniu 28 grudnia 2012 r. – wskutek doręczenia przez Zamawiającego faksem pisma z dnia 28 grudnia 2012 r. (znak: PN/23/2012-179/12/12/142K) a zatem niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 pkt 1 PZP.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 PZP Odwołujący wskazuje, iż zaskarżone czynności Zamawiającego naruszają interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia bowiem Zamawiający w sposób sprzeczny z przepisami prawa nie uznał prawidłowości załączonych do oferty Odwołującego dokumentów (ewentualnie nie wezwał do złożenia w tym zakresie wyjaśnień, ewentualnie dokonał wezwania w sposób nieprawidłowy).

UZASADNIENIE:

1. Stan faktyczny

- 1.1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Miejski Zakład Komunalny Sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli pn. „Budowa zakładu mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych w Stalowej Woli” (nr sprawy: PN/23/2012). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr Dz. 2012/S 209-343861 z dnia 30 października 2012 r. Termin składania ofert w Postępowaniu w związku ze zmianą ogłoszenia o zamówieniu z dnia 8 grudnia 2012 r. został wyznaczony na dzień 14 grudnia 2012 r. na godzinę 13:00. We wskazanym terminie składania ofert została złożona oferta Odwołującego.

Dowód: (1) ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr Dz. 2012/S 209-343861 z 30 października 2012 r., (2) ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu z dnia 8 grudnia 2012 r.

■ ■ ■ I Domański Zakrzewski Palinka

- 1.2. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w części VII (informacja o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z Wykonawcami) wskazano, iż Zamawiający dopuszcza także porozumiewanie się z wykonawcami za pomocą faksu oraz drogą elektroniczną.
- 1.3. W części VI SIWZ dotyczącej wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, Zamawiający wskazał, iż w zakresie warunku posiadanej wiedzy i doświadczenia należy złożyć odpowiednio wykaz wykonanych robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wielkości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, według wzoru stanowiącego Załącznik nr 8 „Wykaz robót budowlanych” do SIWZ.

Dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia.

- 1.4. Wśród załączonych do oferty Odwołującego dokumentów znalazły się, między innymi, referencje wystawione przez Francisco Javier Quintieri dotyczące budowy ECOPARC DE BARCELONA S.A., w Barcelonie (str. 77-79 w wersji hiszpańskiej, str 80-81 w wersji polskiej). W przedmiotowej referencji znalazła się informacja, iż podmiot na potencjale którego polegał Odwołujący tj. COMSA EMTE MEDIOAMBIENTE, SLU (oświadczenie o udostępnieniu potencjału – str. 87 oferty) („Comsa Medioambiente”) wziął udział w budowie Ekoparku w Barcelonie. Ponadto znalazła się również informacja, iż ostateczne uruchomienie przedmiotu umowy nastąpiło w dniu 15 lipca 2011 r., kiedy to zostały zakończone prace mające na celu osiągnięcie wydajności przewidzianej w umowie i zrealizowane wszystkie usługi wykonane przez Comsa Medioambiente dla UTE ECOPARC (konsorcjanta Comsa Medioambiente przy realizacji wskazanego projektu). W dalszej części treści referencji znalazł się szczegółowy opis funkcjonowania przedmiotu zrealizowanego projektu. Wskazany dokument został wydany w dniu 10 października 2012 r.

Dowód: str. 77-81 oraz str. 87 oferty Odwołującego.

- 1.5. W dniu 28 grudnia 2012 r. Zamawiający doręczył faksem Odwołującemu wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu. W treści niniejszego pisma Zamawiający wskazał, iż Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w ofercie

■ ■ ■ I Domański Zakrzewski Palinka

przedstawił wprawdzie referencje wystawione przez Francisco Javier Quintieri dotyczące budowy ECOPARC DE BARCELONA, S.A. w Barcelonie jednak, zdaniem Zamawiającego, przedmiotowe referencje nie zawierały informacji o tym, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Na tej podstawie Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu. Jednocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego, iż wymagany dokument należy uzupełnić w formie pisemnej do dnia 4 stycznia 2013 r. do godz. 12:00, pod rygorem wykluczenia Odwołującego z Postępowania.

Dowód: faks Zamawiającego z dnia 28 grudnia 2012 r. zawierający wezwanie do uzupełnienia dokumentów.

1.6. Jeszcze tego samego dnia, w którym Odwołujący otrzymał wezwanie do uzupełnienia dokumentów, tj. w dniu 28 grudnia 2012 r., poprzez swojego przedstawiciela – p. Victoriano Sanz Losada, zwrócił się on do Zamawiającego najpierw telefonicznie a następnie drogą elektroniczną z prośbą o przesunięcie wyznaczonego terminu na uzupełnienie dokumentów z uwagi na nieobecność osoby uprawnionej do reprezentowania Odwołującego w Postępowaniu. W odpowiedzi na prośbę Odwołującego, Zamawiający nie wyraził zgody na przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów.

Dowód: Korespondencja między przedstawicielem Odwołującego - p. Victoriano Sanz Losada a Zamawiającym z dnia 28 grudnia 2012 r.

1.7. W dniu 4 stycznia 2013 r. Odwołujący doręczył żądane dokumenty Zamawiającemu jednak jedynie w drodze faksu. Tego samego dnia Zamawiający doręczył faksem Odwołującemu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu. Z treści przesłanego dokumentu wynikało, iż Odwołujący został wykluczony z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP, gdyż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 grudnia 2012 r. Odwołujący uzupełniając żądane dokumenty nie zachował wymaganej formy pisemnej i uzupełnił je wyłącznie za pośrednictwem faksu.

Dowód: (1) Potwierdzenie doręczenia żądanych przez Zamawiającego dokumentów faksem (potwierdzenie transmisji danych), (2) Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu z dnia 4 stycznia 2013 r.

■ ■ ■ | Domański Zakrzewski Palinka

2. Stan prawny

2.1. W zarysowanym powyżej stanie faktycznym, należy w pierwszej kolejności (zgodnie z kolejnością zarzutów przywoływanych w *petitum* niniejszego odwołania) dokonać **analizy dopuszczalności wezwania przez Zamawiającego**, które miało miejsce w dniu 28 grudnia 2012 r. Przedmiotowe wezwanie zostało podjęte przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 PZP a zatem analiza dopuszczalności takiego wezwania wymaga odniesienia się do przesłanek warunkujących zastosowanie wskazanego przepisu PZP. Obecne brzmienie art. 26 ust. 3 PZP jest następujące:

„Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. (...)”

2.2. W świetle zaistniałego w sprawie stanu faktycznego należy uznać, iż Odwołujący przedłożył wszelkie niezbędne dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 PZP). Spór między Zamawiającym a Odwołującym dotyczy wyłącznie tego czy z treści załączonej przez Odwołującego referencji dla konkretnego projektu (ECOPARC DE BARCELONA S.A. w Barcelonie) wynikało, iż roboty budowlane przy jego realizacji zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Odpowiedź twierdząca na tak postawione pytanie wykluczałaby możliwość posłużenia się art. 26 ust. 3 PZP.

2.3. Dokument, który został przedłożony w Postępowaniu w sposób wyraźny wskazywał, że przedmiot umowy (na wykonanie której przedłożone zostały referencje) został uruchomiony w dniu 15 lipca 2011 r. a także, iż zostały zakończone prace mające na celu osiągnięcie wydajności przewidzianej w umowie i zrealizowane wszystkie niezbędne usługi w tym celu. Z powyższego, w sposób logiczny wynika, iż pomimo nieużycia wprost wyrażenia, którego domagał się Zamawiający, dokument ten potwierdzał wskazane okoliczności a zatem stanowił potwierdzenie, iż roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

2.4. Nie bez znaczenia pozostaje także fakt, iż przedmiotowy dokument został wystawiony w dniu 10 października 2012 r., przy czym projekt został uruchomiony w dniu 15 lipca 2011 r. Z powyższego należy bowiem domniemywać, iż skoro w dacie wystawienia referencji a zatem blisko rok od oddania do eksploatacji przedmiotu zamówienia nie zostały wykazane jakiegokolwiek usterki uniemożliwiające wydanie referencji to należy zakładać, iż roboty budowlane zostały wykonane prawidłowo.

2.5. W celu wykazania słuszności twierdzeń Odwołującego należy także wskazać, iż Odwołujący składając referencje dotyczące projektu ECOPARC DE BARCELONA S.A. w Barcelonie spełnił wymóg potwierdzenia należytego wykonania robót zgodnie z SIWZ a także § 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia. W tym kontekście, zarówno zapis w SIWZ jak i przywołany przepis Rozporządzenia wskazują, że potwierdzeniem wykonania robót jest (jakiegokolwiek) dokument potwierdzający, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami

I Domański Zakrzewski Palinka

sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Oczywistym jest, że w sytuacji kiedy we wskazanym dokumencie referencji zostałyby użyte wprost sformułowanie z Rozporządzenia, Zamawiający nie miałby żadnych wątpliwości co do prawidłowości przedstawionego dokumentu. Należy jednak jednoznacznie wskazać, że użycie innych sformułowań (np. takich, którymi posłużono się w przedmiotowych referencjach) na potwierdzenie wykonania robót nie dyskwalifikuje dokumentu co do skuteczności celu jego wystawienia. Taki wniosek wypływa *expressis verbis* z ugruntowanego orzecznictwa Wysokiej Izby, m.in. z uzasadnienia do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 września 2011 r. (sygn. KIO 1992/11, KIO 2004/11).

- 2.6. Podsumowując niniejszą część uzasadnienia należy przyjąć, iż w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym nie zaistniały przesłanki niezbędne do zastosowania art. 26 ust. 3 PZP, które pozwalałyby na wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, a dokumenty złożone przez Odwołującego wraz z ofertą w sposób wystarczający potwierdzają spełnienie warunków udziału Odwołującego w Postępowaniu
- 2.7. W razie nieuznania słuszności zarzutu wskazanego naruszenia przez Zamawiającego odnośnie art. 26 ust. 3 PZP poprzez błędne przyjęcie, iż Odwołujący nie złożył wymaganych przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 4 PZP poprzez jego niezastosowanie w sytuacji kiedy powziął on wątpliwości co do treści załączonego przez Odwołującego dokumentu złożonego w Postępowaniu.
- 2.8. W celu wykazania słuszności zarzutu wskazanego w punkcie 2.7 powyżej należy w pierwszej kolejności zaznaczyć, że faktem niebudzącym wątpliwości jest okoliczność, iż dokument referencji dla projektu ECOPARC DE BARCELONA S.A. w Barcelonie został przez Odwołującego przedłożony wraz z ofertą. Skoro przedmiotowy dokument został złożony a Zamawiający powziął określone co do jego treści wątpliwości (w zakresie tego czy przedstawione referencje potwierdzają, iż roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone) to zobowiązany był na podstawie art. 26 ust. 4 PZP wystąpić do Odwołującego o uzyskanie stosownych wyjaśnień. Żądanie wyjaśnień we wskazanym trybie może dotyczyć także dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu a zatem znajduje zastosowanie do dokumentu referencji dla projektu ECOPARC DE BARCELONA S.A. w Barcelonie. Istotnym z punktu widzenia dalszych czynności podejmowanych przez strony w Postępowaniu jest to, że wskazany tryb pozwalał Odwołującemu na posłużenie się w komunikacji z Zamawiającym drogą faksowa (co przewidywała wprost SIWZ w części VII).
- 2.9. Tezę o konieczności zastosowania art. 26 ust. 4 PZP (zamiast art. 26 ust. 3 PZP) w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w szczególności:
- wyrok z dnia 7 lutego 2012 r. (sygn. KIO 197/12): „Artykuł 26 ust. 3 p.z.p. - przywołany przepis znajduje zastosowanie jedynie w sytuacji, w której wykonawca nie złożył dokumentów lub oświadczeń, wymienionych w art. 25 ust. 1 p.z.p. lub pełnomocnictw, albo też przedłożył wadliwe”.

■ ■ ■ I Domański Zakrzewski Palinka

- Wyrok z dnia 4 kwietnia 2012 r. (sygn. KIO 570/12): „W przypadku wątpliwości dotyczących dokumentów złożonych w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących tych dokumentów. Podstawą takiego żądania jest art. 26 ust. 4 p.z.p., którego brzmienie wskazuje na to, iż wezwanie wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem zamawiającego”.
- wyrok z dnia 16 marca 2012 r. (sygn. KIO 438/12) zgodnie z którym „jeżeli wystarczające jest wyjaśnienie treści dokumentu, to nie należy wzywać do jego uzupełnienia. Po uwzględnieniu udzielonych wyjaśnień może okazać się bowiem, że jest on prawidłowy, to znaczy potwierdza stan wymagany przez zamawiającego”.

2.10. Z ostrożności procesowej, Przystępujący przedstawia poniżej, swoją argumentację na wypadek nieuznania przez Wysoką Izbę słuszności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 PZP poprzez jego niezastosowanie w sytuacji kiedy powziął on wątpliwości co do treści załączonego przez Odwołującego dokumentu złożonego w Postępowaniu. Przyjmując zatem założenie o prawidłowości skorzystania przez Zamawiającego w niniejszej sprawie z możliwości wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu referencji dla projektu ECOPARC DE BARCELONA S.A. w Barcelonie należy zwrócić uwagę na dwie zasadnicze kwestie, które w sposób oczywisty wskazują na naruszenie art. 26 ust. 3 a także odpowiednich przepisów Rozporządzenia.

2.11. Po pierwsze, należy uznać, że Zamawiający nie był uprawniony aby w sposób bezprawny ograniczać zakres form w jakich Odwołujący mógł uzupełnić żądany dokument. Zgodnie z treścią § 6 ust. 1 Rozporządzenia *in principio*, dokumenty [w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego] są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Ustawodawca dopuszcza zatem możliwość równorzędnego stosowania tych dwóch form. Tymczasem, w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 28 grudnia 2012 r. Zamawiający bezprawnie ograniczył możliwość posłużenia się przez Odwołującego formą kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem i wskazał wprost, że „braki w ofercie należy uzupełnić w formie pisemnej”. Należy wyjaśnić, iż zakres pojęciowy określenia „forma pisemna” niekoniecznie musi obejmować formę kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Do takiego wniosku prowadzi analiza orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej powstałego na gruncie analizy pojęcia „formy pisemnej” z art. 26 ust. 2b PZP, który posługuje się pojęciem „pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego”. Dla przykładu warto przytoczyć następujące fragmenty rozstrzygnięć:

- „Izba uznała natomiast, że zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów, złożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę nie spełniają wymogu formy pisemnej, określonej w przepisie art. 26 ust. 2b PZP”, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 marca 2011 r., (sygn. KIO 447/11; KIO 449/11, KIO 452/11).
- „Gdy dowodem dysponowania zasobami podmiotów trzecich, wybranym przez wykonawcę, jest zobowiązanie podmiotu trzeciego, musi ono przybrać formę pisemną i nie jest dopuszczalna inna forma, w tym kopia dokumentu

■ ■ ■ I Domański Zakrzewski Palinka

potwierdzona za zgodność z oryginałem", wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 maja 2011 r., sygn. KIO 822/11).

- „Zobowiązanie do udostępnienia potencjału technicznego przedstawione w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem nie wypełnia w prawidłowy sposób dyspozycji art. 26 ust. 2b p.z.p., gdyż przepis ten wskazuje na pisemną formę zobowiązania do udostępnienia zasobów”, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. KIO 1387/11).
- 2.12. Bez względu jednak na niewątpliwy fakt naruszenia wskazanego w punkcie 2.11 powyżej, należy także uzupełniająco podnieść, iż w wezwaniu Odwołującego z dnia 28 grudnia 2012 r. Zamawiający wskazał zbyt krótki okres na uzupełnienie żądanych dokumentów czym, zdaniem Odwołującego, naruszył przepis art. 26 ust. 3 PZP. Termin ten upływał w dniu 4 stycznia 2013 r. a zatem Odwołujący miał jedynie 5 dni roboczych na uzyskanie żadanego dokumentu. W związku z przekazaniem rzeczonożego wezwania w tzw. „okresie świąteczno-noworocznym” oraz z uwagi na nieobecność osoby uprawnionej do reprezentowania Odwołującego w Postępowaniu w tym okresie, Odwołujący zwrócił się z prośbą o przesunięcie wyznaczonego terminu na uzupełnienie dokumentów. W odpowiedzi na prośbę Odwołującego, Zamawiający nie wyraził zgody na przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów.
- 2.13. Na poparcie tezy wskazanej w punkcie 2.12 treści niniejszego uzasadnienia, należy stwierdzić, iż art. 26 ust. 3 PZP nie zawiera wprawdzie konkretnego terminu, w ciągu którego wykonawcy zobowiązani są odpowiedzieć na wystosowane do nich wezwanie. W związku z powyższym, kompetencje do określenia takiego terminu posiada zamawiający. Nie można jednak uznać, że posiada on w tej kwestii pełną swobodę. Przede wszystkim, termin ten powinien być rozsądny - czyli taki, iż w toku normalnych czynności dany wykonawca mógłby podjąć stosowne działania, tj. pozyskać lub skompletować dokumenty będące przedmiotem uzupełnienia, a następnie przekazać je we właściwej formie i czasie do zamawiającego. Jak wskazuje na to wprost orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 29 grudnia 2010 r., sygn. KIO/UZP 2700/10): „Mając na względzie cel regulacji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. wskazany w wezwaniu - termin ustalony przez zamawiającego, do którego wykonawca jest zobowiązany uzupełnić dokumenty, musi obiektywnie umożliwić wykonawcy wykonanie tego obowiązku zgodnie z żądaniem”. Nie bez znaczenia pozostaje także fakt, iż wezwanie do przedłożenia dokumentów Zamawiający doręczył, co było już wskazywane w treści niniejszego uzasadnienia, w okresie tzw. „świąteczno-noworocznym”. Powyższe może bowiem stanowić okoliczność obiektywną mogącą wpływać na możliwość dotrzymania wyznaczonego przez Zamawiającego terminu (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 stycznia 2012 r., sygn. KIO 2765/11).
- 2.14. Co więcej, należy wskazać, że uzupełnienie żadanego dokumentu zgodnie z treścią wezwania z dnia 28 grudnia 2012 r. wymagało partycypacji osób trzecich – tj. podmiotu, który wystawił referencję dla Comsa Medioambiente a zapewnienie takiego udziału w świetle okoliczności przedstawionych powyżej (zbyt krótki czas, okres „świąteczno-noworocznym”) przez Odwołującego było okolicznością od niego niezależną,

■ ■ ■ | Domański Zakrzewski Palinka

- 2.15. W świetle przedstawionych powyżej uwag nie sposób uznać zasadności twierdzeń Zamawiającego jakoby wyznaczenie terminu na uzupełnienie wymaganych dokumentów realnie umożliwiło Odwołującemu dokonanie żądanej czynności zgodnie z treścią wezwania.
- 2.16. W kontekście argumentów przedstawionych w punktach 2.12-2.14 treści niniejszego uzasadnienia należy wskazać, iż negatywne ustosunkowanie się przez Zamawiającego do wniosku Odwołującego o przedłużenie terminu na złożenie wymaganych dokumentów stanowiło także naruszenie art. 26 ust. 3 PZP. Należy jednak zaznaczyć wyraźnie, że Odwołujący jako podmiot profesjonalny biorący udział w Postępowaniu, działając z należytą starannością jeszcze tego samego dnia kiedy otrzymał przedmiotowe wezwanie zwrócił się o przedłużenie terminu na złożenie wymaganych dokumentów, gdyż wiedział, iż wyjście naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego może być trudne i w konsekwencji doprowadzi do pozbawienia go udziału w Postępowaniu. Powyżej opisana czynność Odwołującego została zatem podjęta w zaufaniu do Zamawiającego jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Konsekwentnie Odwołujący nie powinien ponosić z tego tytułu negatywnych konsekwencji.

W świetle powyższego wnoszę jak w odwołaniu, z uwzględnieniem przedstawionej powyżej argumentacji.

Za Odwołującego,



Magdalena Kłębukowska
Pełnomocnik

Załączniki:

1. dowód przekazania Odwołania Zamawiającemu,
2. dowód wniesienia wpisu,
3. pełnomocnictwo od Comsa Emte Sp. z o.o. dla M. Kłębukowskiej, K. Kuźmy oraz M. Wojciechowskiego do działania w imieniu Odwołującego,
4. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS dla spółki Comsa Emte Sp. z o.o.,
5. pełnomocnictwo od AWBUD S.A. dla Comsa Emte Sp. z o.o. do działania jako lidera konsorcjum,

■ ■ ■ I Domański Zakrzewski Palinka

6. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS dla spółki AWBUD S.A.,
7. pełnomocnictwo od MACE (POLAND) LIMITED Sp. z o.o. Oddział w Polsce dla Comsa Emte Sp. z o.o. do działania jako lidera konsorcjum,
8. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS dla MACE (POLAND) LIMITED Sp. z o.o. Oddział w Polsce,
9. ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr Dz. 2012/S 209-343861 z 30 października 2012 r.,
10. ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu z dnia 8 grudnia 2012 r.,
11. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia,
12. str. 77-81 oraz str. 87 oferty Odwołującego,
13. faks Zamawiającego z dnia 28 grudnia 2012 r. zawierający wezwanie do uzupełnienia dokumentów,
14. korespondencja między przedstawicielem Odwołującego - p. Victoriano Sanz Losada a Zamawiającym z dnia 28 grudnia 2012 r.,
15. potwierdzenie doręczenia żądanych przez Zamawiającego dokumentów faksem (potwierdzenie transmisji danych),
16. zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu z dnia 4 stycznia 2013 r.