

WYROK
z dnia 3 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 listopada 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INTOP Warszawa Sp. z o.o. w Warszawie, Torkol Sp. z o.o. w Tychach, Rajbud Sp. z o.o. w Szymbarku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INTOP Warszawa Sp. z o.o. w Warszawie, Torkol Sp. z o.o. w Tychach, Rajbud Sp. z o.o. w Szymbarku na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz odrzucenia oferty odwołujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez odwołujących;

2. kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INTOP Warszawa Sp. z o.o. w Warszawie, Torkol Sp. z o.o. w Tychach, Rajbud Sp. z o.o. w Szymbarku tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INTOP Warszawa Sp. z o.o. w Warszawie, Torkol Sp. z o.o. w Tychach, Rajbud Sp. z o.o. w Szymbarku kwotę 23. 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 2391/18

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektów pn.: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 59 na odcinku granica państwa - Chryzanów (s)” oraz „Prace inwestycyjne na przejściu granicznym Siemianówka-Swisłocz” w ramach projektu pn. „Poprawa stanu technicznego infrastruktury kolejowej w rejonach przejść granicznych, w tym toru szerokiego”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 marca 2018 r. pod numerem 2018/S 063-140794. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wykluczeniu z postępowania wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia INTOP Warszawa Sp. z o.o. w Warszawie, Torkol Sp. z o.o. w Tychach, Rajbud Sp. z o.o. w Szymbarku wnieśli odwołanie 19 listopada 2018 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołanie zostało wniesione wobec:

- 1) nieuzasadnionego wykluczenia odwołującego na skutek wadliwego ustalenia, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko Głównego projektanta-koordynatora;
- 2) nieuzasadnionego odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego na skutek wadliwego ustalenia i uznania, że oferta złożona została przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
- 3) nieuzasadnionego uznania, że z wyjaśnień złożonych przez odwołującego nie wynika, iż Z.K. jako osoba wskazana na stanowisko Głównego projektanta - koordynatora posiada wymagane doświadczenie do kierowania zespołem projektowym, który w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert opracował co najmniej 2 opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej (każde obejmujące co najmniej projekt budowlany i projekt wykonawczy) w zakresie minimum 3 branż dla remontu, budowy lub przebudowy, każda ww. dokumentacja projektowa obejmowała w swym zakresie łącznie co najmniej 2 szlaki i 1 stację kolejową, obejmującą przynajmniej 2 tory główne i 2 tory główne dodatkowe, w oparciu o które to dokumentacje projektowe uzyskano ostateczne zgłoszenie robót budowlanych/decyzje o pozwoleniu na budowę;
- 4) nieuzasadnionego oczekiwania przez zamawiającego od odwołującego przedłożenia dokumentów, z których wynika, że osoba wskazana przez odwołującego na stanowisko Głównego projektanta - koordynatora (Z.K.) wykonała prace wskazane w opisie doświadczenia tej osoby, podczas gdy, dokumenty takie znajdują się w zasobach zamawiającego i zamawiający jest w posiadaniu umowy, na podstawie której zlecone zostało Panu Z.K. wykonanie czynności wskazanych z opisu doświadczenia wymaganego dla Głównego projektanta – koordynatora;
- 5) nieuzasadnionego nieuznania przez zamawiającego dokumentu potwierdzającego wymagane przez Zamawiającego doświadczenie dla osoby wskazanej na stanowisko Głównego projektanta - koordynatora tj. nieuzasadnionego nieuznania oświadczenia Prezesa Zarządu Lubelskiego Biura Projektowego potwierdzającego zakres obowiązków Z.K. oraz zakres inwestycji;
- 6) zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1.art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez jego nieuzasadnione zastosowanie mimo, że oferta złożona przez odwołującego

wykazuje spełnienie warunków udziału w postępowaniu;

2. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp przez jego nieuzasadnione zastosowanie, pomimo że oferta złożona przez odwołującego jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nieuzasadnione jest twierdzenie o istnieniu podstaw do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu;
3. art. 26 ust. 6 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 i pkt 3 Pzp przez ich niezastosowanie;
4. art. 26 ust. 3 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego w toku postępowania nie stanowią uzupełnienia brakujących informacji i budzą wątpliwości w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Głównego projektanta - koordynatora,

a w konsekwencji naruszenie:

5. art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego i czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- b) przeprowadzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- c) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
- d) dopuszczenia i przeprowadzenia dowodów załączonych do odwołania lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;
- e) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko. Zamawiający w ślad za pisemną odpowiedzią na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający, w punkcie 8.2.3 Instrukcji dla Wykonawców wymagał wykazania przez wykonawcę, że dysponuje osobą do pełnienia funkcji Głównego projektanta – koordynatora posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych lub projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej mostowej oraz doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert opracował co najmniej 2 opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej (każde obejmujące co najmniej projekt budowlany i projekt wykonawczy) w zakresie minimum 3 branż dla Remontu, Budowy lub Przebudowy, każda ww. dokumentacja projektowa zawierała łącznie co najmniej 2 szlaki i 1 stację kolejową, obejmującą przynajmniej 2 tory główne i 2 tory główne dodatkowe, w oparciu o które to dokumentacje projektowe uzyskano ostateczne zgłoszenie robót budowlanych/decyzje o pozwoleniu na budowę.

Jedynym kryterium oceny ofert była cena. Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną i pismem z 29 czerwca 2018 r. w trybie art. 26 ust. 1 Pzp został wezwany przez zamawiającego do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi odwołujący na stanowisko Głównego projektanta - koordynatora wskazał Pana Z.K., którego uprawnienia nie są przedmiotem sporu. Odwołujący podał, że Z.K. uzyskał doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym obejmującym wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego dla:

- modernizacji linii dwutorowej kolejowej nr 1 Warszawa - Katowice, na odcinku stacja Dąbrowa Górnicza - Ząbkowice - stacja Dąbrowa Górnicza - Będzin;
- rozbudowy układu torowego stacji Hrubieszów LHS, przebudowy głowic rozjazdowych w kierunku szlaku Hrubieszów - granica państwa i Hrubieszów - Werbkowice z budową oświetlenia stacji i urządzeń srk w systemie EBLOG850;
- przebudowy linii kolejowej nr 154 Łazy - Dąbrowa Górnicza Towarowa w zakresie przebudowy stacji Dąbrowa Górnicza i torów szlakowych nr 1 i 2 na odcinku DTA - DTB i DTB-DTC.

Pismem z 20 sierpnia 2018 r. zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia wykazu osób, m.in. w zakresie Głównego projektanta - koordynatora przez wskazanie brakujących informacji lub do wskazania nowej osoby na takie stanowisko. Pismem z 3 września 2018 r. odwołujący przedstawił żądane wyjaśnienia, opisał doświadczenie Pana Z.K. przede wszystkim doświadczenie zdobyte u zamawiającego:

- remont w zakresie branż: torowej, sterowania ruchem kolejowym i elektroenergetyki linii kolejowej nr 1 Warszawa - Katowice, tor nr 1 na odcinku Dąbrowa Górnicza Ząbkowice - Dąbrowa Górnicza - Będzin - Sosnowiec (do km 307,00), obejmującego 1 stację kolejową - Dąbrowa Górnicza, obejmującą 2 tory główne i 2 tory główne dodatkowe;
- remont w zakresie branż: torowej, sterowania ruchem kolejowym i elektroenergetyki linii kolejowej nr 1 Warszawa - Katowice, tor nr 2 na odcinku Dąbrowa Górnicza Ząbkowice - Sosnowiec (do km 307,00), obejmującego 3 szlaki: Dąbrowa Górnicza Ząbkowice - Dąbrowa Górnicza - Będzin - Sosnowiec (do km 307,00), 1 stację kolejową - Będzin, obejmującą 2 tory główne i 2 tory główne dodatkowe.

Odwołujący oświadczył, że na podstawie powyższych opracowań zostały dokonane zgłoszenia w Śląskim Urzędzie Wojewódzkim w Katowicach i w oparciu o nie uzyskano ostateczne zgłoszenie robót budowlanych.

Pismem z 26 września 2018 r. zamawiający wystąpił do odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia wyjaśnień odnośnie projektów inwestycyjnych i umów, w ramach których Pan Z.K. wykonywał wielobranżowe dokumentacje projektowe w okresie wskazanym w wykazie. Wezwanie sprowadzało się do wskazania szczegółowych informacji na temat umów, które realizował Z.K., w szczególności do wskazania ich numerów i tytułów, dat ich zawarcia czy też na czyją rzecz były realizowane.

Odwołujący ustosunkował się do tego wezwania pismem z 26 września 2018 r. Wyjaśnił, że Pan Z.K. posiada doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym w zakresie wykonania projektu budowlanego i wykonawczego dla remontu w zakresie branż: torowej, sterowania ruchem kolejowym i elektroenergetyki linii kolejowej nr 1 Warszawa - Katowice, tor nr 1 na odcinku Dąbrowa Górnicza Ząbkowice - Dąbrowa Górnicza - Będzin - Sosnowiec (do km 307,00), obejmującego 1 stację kolejową - Dąbrowa Górnicza, obejmującą 2 tory główne i 2 tory główne dodatkowe oraz dla remontu w zakresie branż: torowej, sterowania ruchem kolejowym i elektroenergetyki linii kolejowej nr 1 Warszawa - Katowice, tor nr 2 na odcinku Dąbrowa Górnicza Ząbkowice - Sosnowiec (do km 307,00), obejmującego 3 szlaki: Dąbrowa Górnicza Ząbkowice - Dąbrowa Górnicza - Będzin - Sosnowiec (do km 307,00), 1 stację kolejową - Będzin, obejmującą 2 tory główne i 2 tory główne dodatkowe. Ponadto, odwołujący wskazał, iż Pan Z.K. wykonywał w/w

opracowania wielobranżowej dokumentacji na podstawie zleceń, które wydawane były przez samego zamawiającego w oparciu o podpisaną w Częstochowie umowę pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą robót budowlanych. Umowa znajduje się w zasobach zamawiającego i stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Do pisma odwołujący dołączył oświadczenie Prezesa Zarządu Lubelskiego Biura Projektowego tj. biura projektowego, dla którego czynności wykonuje i pracuje m.in. Z.K., potwierdzające wykonanie na podstawie umowy cywilno-prawnej przez Pana Z.K. wskazanych przez odwołującego w wykazie osób opracowań projektów budowlanych i wykonawczych, a także odwołujący złożył oświadczenia wymagane art. 20 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane w zakresie projektów wykonawczych.

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp pismem z dnia 10 października 2018 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności dat i nazw zadań/projektów widniejących na przedstawionych przez odwołującego oświadczeniach, a zawartych w wykazie osób.

Odwołujący pismem z 12 października 2018 r. wyjaśnił, że pomimo różnego nazewnictwa stosowanego dla wskazanych projektów, nie powinien budzić wątpliwości zamawiającego, że chodzi o tę samą inwestycję, która była realizowana właśnie na rzecz zamawiającego. Wskazał, że sama dokumentacja projektowa nie została zarchiwizowana w biurze projektowym, a zmiany organizacyjne w korporacji projektowej na przestrzeni lat uniemożliwiły odwołującemu dotarcie do tych dokumentów.

Podkreślił, że dokumentacja jest w posiadaniu zamawiającego, bowiem dla zamawiającego były wykonywane prace projektowe objęte doświadczeniem wskazanym w zestawieniu złożonym w Postępowaniu. Podniósł, że skany pism znajdujące się w zasobach projektanta - pana Z.K. w postaci oświadczeń projektanta potwierdzają fakt, że prace projektowe dla wskazanego zadania były rzeczywiście prowadzone. Odwołujący ponownie podkreślił, że nie ma możliwości uzyskania i złożenia do zamawiającego umowy oraz dokumentów składających się na umowę zawartą z zamawiającym, w oparciu o którą pan Z.K. realizował czynności wskazane w przedłożonym zestawieniu. Skoro zamawiający odbierał czynności wykonywane przez pana Z.K., a zatem winien posiadać w swych zasobach pełne informacje w tych kwestiach, pomimo, że same dokumenty były i są dla odwołującego niedostępne. Odwołujący wskazał również, że ze względu na opatrzenie umowy i dokumentacji przez samego zamawiającego klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., odwołujący nie ma dostępu, a wręcz nie ma prawa mieć dostęp do tych dokumentów.

Pismem z 9 listopada 2018 r. zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko Głównego projektanta - koordynatora i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp. Zdaniem zamawiającego odwołujący nie potwierdził spełnienia wymagań określonych w SIWZ - w pkt 8.6.2 IDW.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą i w konsekwencji nie zawarcia umowy z zamawiającym.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, że zarzuty odwołania znalazły potwierdzenie z przyczyn formalnoprocesowych oraz materialnoprawnych - dotyczących prawidłowości samej czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia.

W aspekcie formalnoprocesowym nie uszło uwadze Izby, że w pisemnej odpowiedzi na odwołanie zamawiający nie odniósł się do zarzutów odwołania, lecz powołał okoliczności wskazujące na wykluczenie odwołującego z postępowania, które nie były wymienione w uzasadnieniu czynności wykluczenia.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania powołał okoliczności zaistniałe w postępowaniu, kierowane do niego wezwania dotyczące ustalenia, na podstawie jakich umów Pan Z.K. nabył wymagane doświadczenie oraz wskazał na brak możliwości złożenia zamawiającemu dokumentów, które powinny znajdować się w posiadaniu zamawiającego jako strony umowy. Zamawiający natomiast w odpowiedzi na odwołanie prezentował stanowisko, że jedyną prawdopodobną umową była zawarta z IZ Częstochowa. Zgodnie ze złożonym fragmentem Programu Funkcjonalno-Użytkowego w ramach tej umowy nie był wykonany projekt budowlany, zatem odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.6.2 IDW.

Opisane stanowisko zamawiającego nie mogło zostać wzięte pod rozwagę. Art. 192 ust. 7 Pzp pozwala Izbie na rozpoznanie wyłączenie zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zarzut stanowi substrat okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania. Spór toczony na rozprawie zamyka się w granicach tych okoliczności. Jest oczywistym dla składu orzekającego, że w przypadku wniesienia odwołania wobec czynności wykluczenia z postępowania zarzuty odwołania wynikają z uzasadnienia tej czynności. Z kolei uzasadnienie to, z uwagi na zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości wskazane w art. 7 ust. 1 Pzp, powinno mieć oparcie w czynnościach podjętych przez zamawiającego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie zasługuje na aprobatę stanowisko zamawiającego sprowadzające się do tezy, że skoro w sposób ogólny sformułował uzasadnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, a odwołujący tego nie zaskarżył w odwołaniu, zamawiający jest uprawniony do powołania na rozprawie nowych okoliczności uzasadniających wykluczenie. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Skoro zamawiający nie sprostął temu obowiązкови, gdyż nie podał przyczyn, dal których uznał, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Głównego projektanta - koordynatora, nie może ze swego zaniechania wywodzić korzystnych dla siebie skutków.

Stanowisko przeciwne prowadziłoby do zachwiania równości stron w kontryktoryjnym postępowaniu odwoławczym. Odwołujący się wykonawca dopiero bowiem na rozprawie poznawałby stanowisko zamawiającego, zatem pozbawiony byłby czasu na przygotowanie argumentów na ich odporcie oraz możliwości zgromadzenia dowodów. Brak odniesienia się przez zamawiającego do zarzutów odwołania jest wystarczającym podstawą uwzględnienia odwołania, gdyż w granicach wyznaczonych przez art. 192 ust. 7 Pzp rozprawa nie dostarczyła dowodów na twierdzenie przeciwne do stanowiska zawartego w odwołaniu.

Zamawiający nie zakwestionował, że Pan Z.K. był pracownikiem Zakładu Linii Kolejowych w Częstochowie i wykonywał czynności wskazane w wykazie oraz nie zaprzeczył, że posiada dokumenty dotyczące czynności wykonanych przez Pana Z.K., co więcej przyznał, że dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa zamawiającego, to istotnie spór zakresłony zarzutami odwołania dotyczy tego, czy odwołujący złożył wystarczające

dokumenty potwierdzające doświadczenie Pana Z.K. .

Pomimo tego, że wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu jest obowiązkiem wykonawcy, to art. 26 ust 6 Pzp zawiera wyjątek od tej reguły. Przepis ten stanowi *in initio*, że wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1, a zatem dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy. Komplementarny przepis zawarty jest w § 10 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z jego brzmieniem, w przypadku wskazania przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów, które znajdują się w posiadaniu zamawiającego, w szczególności oświadczeń lub dokumentów przechowywanych przez zamawiającego zgodnie z art. 97 ust. 1 Pzp, zamawiający w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy, korzysta z posiadanych oświadczeń lub dokumentów, o ile są one aktualne. Zakres przedmiotowy tej normy obejmuje dokumenty, o których mowa w § 2 rozporządzenia, czyli również dokumenty składane w celu i potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, a więc także doświadczenia uprawniające do ubiegania się o uzyskanie zamówienia.

W konsekwencji, mając na uwadze, że Pan Z.K. uzyskał doświadczenie w ramach umowy zawartej z zamawiającym, to zamawiający powinien być w posiadaniu stosownych dokumentów. Objęcie umowy zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa co do zasady nie stoi przeciw na przeszkodzie powołaniu się na jej postanowienia. Jeśli jednak zamawiający danej umowy nie posiada, powinien oprzeć się na dokumentach złożonych przez wykonawcę. Z oświadczeń i dokumentów złożonych przez odwołującego w ocenie składu orzekającego wynika spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający ma prawo nie dać im wiary i je badać, jednak czynność wykluczenia może nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy w wyniku badania zostanie ustalony brak spełniania warunków udziału w postępowaniu, co w okolicznościach sprawy nie nastąpiło.

W odniesieniu do czynności wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp należy podkreślić, że może być ona dokonana tylko wtedy, gdy zamawiający wezwie wcześniej wykonawcę do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z 26 ust. 3 Pzp, chyba że wystąpią przesłanki negatywne zastosowania tego przepisu.

Zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp wymaga jednak wcześniejszego ustalenia przez zamawiającego, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tymczasem w badanym postępowaniu ustalenie takie nie zapadło. Kolejne wezwanie kierowane przez zamawiającego do odwołującego zmierzały bowiem jedynie do ustalenia, na podstawie jakiej umowy Pan Z.K. nabył wymagane doświadczenie oraz zakresu wykonywanych przez niego czynności. W żadnym z pism zamawiającego nie znajduje się stwierdzenie, że Pan Z.K. nie posiada wymaganego doświadczenia, ani nie zostało podane uzasadnienie takiej oceny. Przypomnieć trzeba, że uzasadnienie takie nie zostało sformułowane również w informacji o czynności wykluczenia. Samo wskazanie art. 26 ust. 3 Pzp przez zamawiającego nie uzasadnia twierdzenia, że wezwanie w trybie tego przepisu zostało wykonane. Przesądzające znaczenie ma bowiem treść oświadczenia zamawiającego (art. 56 § 1 k.c. w zw. z art. 14 Pzp).

Stan sprawy rysujący się na podstawie dokumentacji postępowania oraz stanowiska prezentowanego na rozprawie prowadzi do przekonania, że zamawiający mógł powziąć wątpliwości co do doświadczenia Pan Z.K., jednak ich nie wyjaśnił. Dostrzec trzeba, że zamawiający oparł swoje stanowisko na podstawie informacji uzyskanych od IZ Częstochowa, podczas gdy odwołujący twierdził, że zgłoszenie miało miejsce do Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego w Katowicach. Ponadto, skoro niewątpliwie umowa wskazana przez IZ Częstochowa dotyczyła wykonania robót budowlanych i projektu wykonawczego, to nasuwa się pytanie, na podstawie jakiego projektu były wykonywane roboty budowlane i na podstawie jakiej umowy go sporządzono. Kwestii tych zamawiający nie wyjaśnił, choć przed dokonaniem czynności wykluczenia powinien był to uczynić. Dysponował bowiem oświadczeniami wykonawcy, z których wynikało potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a informacje przemawiające przeciwko temu twierdzeniu nie były pewne, ani kompletne.

Ta konstatacja prowadzi do przekonania, że wbrew twierdzeniom zamawiającego popełnione przez niego naruszenia przepisów ustawy mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający powinien bowiem ustalić, czy Pan Z.K. posiada wymagane doświadczenie. Jeśli go nie posiada, powinien wezwać odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do wskazania innej osoby na stanowisko Głównego projektanta – koordynatora.

Skoro czynność wykluczenia została dokonana z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, to również uznanie oferty odwołującego za odrzuconą stanowi naruszenie art. 24 ust. 4 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:.....