Sygn. akt:KIO 2559/18

WYROK

z dnia 3 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Chudzik

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **ZGO-NOVA Sp. z o.o. z siedzibą w Jarocinie**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Żerków**,

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wykonawcy WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. z siedzibą w Nowej Wsi;

2.Kosztami postępowania obciąża Gminę Żerków i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 563 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy pięćset sześćdziesiąt trzy złote zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania (7 500,00 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł) oraz dojazdu na rozprawę (463,00 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Kaliszu.**

Przewodniczący:……

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Żerków – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Żerków w 2019 roku*.

W dniu 12 grudnia 2018 r. wykonawca ZGO-NOVA Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty złożonej przez WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. i zaniechania odrzucenia tej oferty jako niezgodnej z SIWZ. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3, a także art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny:

Zamawiający w SIWZ określił, że jednym z warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu jest posiadanie odpowiednich zdolności technicznych lub zawodowych, tj. wykonanie przez wykonawcę w okresie ostatnich 3 lat – a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej 1 usługi polegającej na odbieraniu i transporcie odpadów komunalnych o wartości minimum 300.000.00 zł brutto (pkt. 6.1.3. SIWZ). Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy zobowiązani byli złożyć wykaz usług, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane łub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. Zgodnie z SIWZ,w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ (pkt 7.1 lit. c SIWZ).

Pismem z 30 listopada 2018 r. Zamawiający wezwał WM Wiatrowiec podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu w terminie 5 dni od dnia otrzymania przedmiotowego pisma (z zastrzeżeniem, że liczy się data wpływu pisma do Zamawiającego). Pismo to zostało doręczone Wykonawcy na wskazany przez niego adres email 30 listopada 2018 r., w związku z czym pięciodniowy termin upływał 5 grudnia 2018 r. Wśród żądanych przez Zamawiającego dokumentów znajdował się wykaz wykonanych usług wraz z towarzyszącymi mu referencjami. Wykonawca nie zareagował jednak na przedmiotowe pismo i nie przedłożył Zamawiającemu w określonym przez niego terminie rzeczonych dokumentów. Z tego względu Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał WM Wiatrowiec w dniu 6 grudnia 2018 r. do złożenia ww. dokumentów. Wezwanie to miało przy tym charakter kompleksowy, bowiem Zamawiający precyzyjnie wskazał jakich dokumentów potrzebuje od wykonawcy celem przeprowadzenia postępowania.

Odwołujący podniósł, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności' o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy łub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości. Wezwanie do złożenia/uzupełnienia przez wykonawcę dokumentów w tym trybie stanowi obowiązek Zamawiającego. Jednakże,

zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczejwezwanie do złożenia lub uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 26 ust 3, lub pełnomocnictw jest czynnością jednokrotną i ponowne wzywanie wykonawcy nie jest dopuszczalne. W świetle orzecznictwa, przepis ten ma charakter wyjątkowy i nie może być nadużywany, gdyż wielokrotne skorzystanie przez zamawiającego z możliwości przedłużania terminu uzupełniania dokumentów, których brak skutkować może wykluczeniem z przetargu, może prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców.

Odwołujący wskazał, że wykonawca WM Wiatrowiec zareagował tym razem na pismo Zamawiającego i 6 grudnia 2018 r. przedłożył wymagane przez niego dokumenty. W piśmie przewodnim wskazał jednak, że owe dokumenty przesyła w odpowiedzi na wezwanie z 30 listopada 2018 r. Odwołujący zwrócił uwagę, że dokumenty te wpłynęły do Zamawiającego dopiero w 6 grudnia 2018 r., a więc po upływie terminu na złożenie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Mając na uwadze, że Wykonawca uchybił terminowi na złożenie dokumentów należy przyjąć, że ich uzupełnienie miało miejsce na podstawie art. 26 ust. 3, a nie jak twierdzi wykonawca na podstawie art. 26 ust. 2. W konsekwencji oznacza to, że Zamawiający nie mógł wezwać do kolejnego uzupełnienia dokumentów w oparciu o art 26 ust 3, gdyż stanowiłoby to naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców. Zamawiający wskazał wyraźnie, że dokumenty złożone przez wykonawcę nie potwierdzają spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu (treść pisma Zamawiającego z 6 grudnia 2018 r.), w związku z czym wezwał go do ponownego przedłożenia wykazu usług, z którego wynikałoby, że wykonał on co najmniej jedną wymaganą usługę. Zdaniem Zamawiającego podstawą prawną uprawniającą go do takiego działania był art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który nie mógł znaleźć jednak zastosowania w przedmiotowej sprawie. Wezwanie to ma bowiem charakter jednokrotny i skoro Zamawiający już raz wezwał wykonawcę do przedłożenia wykazu usług w oparciu o rzeczoną podstawę prawną nie mógł tego uczynić ponownie.

W ocenie Odwołującego takie działanie Zamawiającego stanowi poważne naruszenie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Mając na uwadze, że Zamawiający rozstrzygnął prowadzone postępowanie w oparciu o dokumenty, których nie mógł żądać należy przyjąć, że czynność ta powinna podlegać unieważnieniu.

Zdaniem Odwołującego nawet w przypadku uznania, że dokumenty uzupełnione przez WM Wiatrowiec zostały złożone w sposób prawidłowy (co jednak Odwołujący kwestionuje), to nie wynika z nich, aby na dzień składania ofert spełniał on warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że umowa na odbiór transport odpadów komunalnych zawarta została z Gminą Lądek 30 listopada 2018 r., a więc w momencie upływu terminu składania ofert. Mając na uwadze treść SIWZ oraz załącznika nr 4 do SIWZ zatytułowanego „Wykaz usług" należy uznać, że WM Wiatrowiec na dzień składania ofert nie spełniał warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego. Okoliczność, że Wykonawca realizował podobne zamówienie na rzecz Gminy Lądek we wcześniejszym okresie nie ma w tym wypadku żadnego znaczenia, gdyż realizacja umowy z 30 listopada 2018 r. nie stanowi kontynuacji udzielonego wcześniej zamówienia. Gmina Lądek ogłosiła bowiem przetarg na wyłonienie wykonawcy tego zadania, w związku z czym nie było pewności, że to WM Wiatrowiec będzie podmiotem, który będzie odpowiadał za odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu tej Gminy. Odwołujący zaznaczył, że ostatecznie wykonawca został wybrany przez Gminę Lądek w trybie z wolnej ręki.

Odwołujący podniósł również, że przedłożone przez Gminę Lądek referencje nie obejmują swoim zakresem realizacji usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych w kwocie co najmniej 300.000,00 zł, zostały one bowiem wystawione w dniu 20 listopada 2018 r., a więc w okresie przed podpisaniem z Gminą Lądek nowej umowy na odbiór i transport odpadów. Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, że odbiór odpadów należy zakwalifikować jako czynność powtarzająca się okresowo, odbiory te cechują się bowiem cyklicznością, przewidywalnością, niejednokrotnością oraz brakiem możliwości jednorazowego wykonania.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca WM Wiatrowiec sam wystawił sobie zaświadczenie (referencje), wedle których wykonywane przez niego usługi były i są wykonywane z należytą starannością. Tymczasem zgodnie z treścią § 2 ust. 4 pkt 2 możliwość złożenia przez wykonawcę takiego oświadczenia aktualizuje się jedynie wtedy, gdy z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze nie jest w stanie uzyskać referencji (dokumentów) od innych podmiotów. W dokumentacji przetargowej brak jest jednak jakichkolwiek informacji na temat przyczyn, z powodu których wykonawca nie mógł uzyskać takie poświadczenia od podmiotów, na rzecz których wykonywał usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych. Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO, zgodnie z którympoświadczenie należytego wykonania usług, jako dokument potwierdzający należytą realizację konkretnych usług powinno zawierać treść pozwalającą na identyfikację wykonanego zamówienia. Tymczasem z oświadczenia WM Wiatrowiec nie wynika, na czyją rzecz wykonał dokładnie usługi oraz (czy w ogóle usługi te zostały wykonane), co zresztą zauważył sam Zamawiający w piśmie z 6 grudnia 2018 r. Ponadto oświadczenie w zakresie prawidłowego wykonywania co najmniej 1 usługi polegającej na odbieraniu i transporcie odpadów o wartości co najmniej 300.000,00 zł brutto w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert nie może obiektywnie potwierdzić, że taka usługa była wykonywa w sposób prawidłowy, wykonywania usługi na rzecz Gminy Lądek miało rozpocząć się bowiem dopiero w dniu składania ofert, przez co obiektywnie nie istniała możliwość faktycznej weryfikacji oraz przedstawienia dowodów określających czy taka usługa została wykonana lub jest wykonywana należycie.

W ocenie Odwołującego, na podstawie dokumentów przedstawionych przez WM Wiatrowiec (które nie są wystarczające w związku z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego), Zamawiający nie miał jakiejkolwiek możliwości weryfikacji spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Takie działanie Zamawiającego nie daje w żaden sposób pewności, że przedmiotowe zamówienie zostanie wykonane w sposób prawidłowy oraz zgodnie z warunkami stawianymi przez Zamawiającego w SIWZ. Zamawiający nie dysponował dokumentami, które wykazałyby spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, przez co czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została dokonana z naruszeniem przepisów prawa.

Zdaniem Odwołującego Z powyższych względów należy uznać, że oferta WM Wiatrowiec powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na to, że nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a także wszelkich czynności z tym związanych i dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i

dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zgłoszony przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wniosek o odrzucenie odwołania z uwagi na fakt, że *odwołanie dotyczy zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, a takiej przesłanki nie ma w katalogu czynności określonych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.* Odnosząc się do tego wniosku podkreślić należy, że zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w uchwale z 17 listopada 2017 (akt III CZP 58/17) oraz w wyroku z 23 maja 2018 r. (IV CSK 448/17), w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż tzw. progi unijne dopuszczalne jest wniesienie odwołania na zaniechania poprzedzające wybór najkorzystniejszej oferty. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia powyższe stanowisko w swoim orzecznictwie.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem 6.1.3 SIWZ wykonawcy zobowiązani byli wykazać się wykonaniem w okresie ostatnich 3lat – a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej 1 usługi polegającej na odbieraniu i transporcie odpadów komunalnych o wartości minimum 300.000.00 zł brutto.

W dniu 30 listopada 2018 r. Zamawiający wezwał wykonawcę WM Wiatrowiec na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, wyznaczając termin uzupełnienia 5 grudnia 2018 r. W powyższym terminie wykonawca nie złożył żądanych dokumentów. Odpowiedź na to wezwanie wpłynęła do Zamawiającego 6 grudnia 2018 r. i obejmowała m.in. wykaz usług, w którym żadna z usług nie miała wymaganej wartości. W wykazie tym wskazano m.in. umowę na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na których powstają odpady komunalne na podstawie umowy z Gminą Lądek. Jako okres wykonywania wskazano 17 lipca 2018 r. – nadal, jako wartość 196 500,00 zł brutto. Do wykazu załączono poświadczenie wystawione przez Wójta Gminy Lądek.

Jednocześnie Zamawiający w dniu 6 grudnia 2018 r. przed otrzymaniem ww. dokumentów wezwał WM Wiatrowiec na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do ich złożenia w terminie do 7 grudnia 2018 r.

Po otrzymaniu spóźnionej odpowiedzi na wezwanie z 30 listopada 2018 r. Zamawiający dokonał oceny złożonych dokumentów i również 6 grudnia 2018 r. wystosował do wykonawcy pismo, w którym poinformował, że w związku ze złożonymi dokumentami wezwanie do złożenia dokumentów z 6 grudnia jest aktualne w zakresie przedstawienia wykazu usług. Jako podstawę prawną Zamawiający podał art. 26 ust. 3 i podał, że z wykazu musi wynikać, że wykonawca wykonał co najmniej 1 usługę o wartości 300.000,00 zł brutto.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca przedstawił uzupełniony wykaz usług, w którym w poz. 2 w odniesieniu do usługi realizowanej na rzecz Gminy Lądek wykonawca dopisał umowę na kwotę 392.000,00 zł, jako datę wykonania podając 30 listopada 2018 r. – 30 czerwca 2019 r. Wykonawca załączył oświadczenie, że w dniu 30 listopada 2018 r. zawarł umowę z Gminą Lądek na świadczenie usługi w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych, na których powstają odpady komunalne na okres od 30 listopada 2018r. do 30 czerwca 2019 r. na łączną kwotę 392.000,00 zł. Wskazał, że jest to kolejna usługa będąca kontynuacją świadczonej na rzecz tej gminy usługi z dnia 17 lipca 2018 r. i że jest wykonywania z należytą starannością, co potwierdzają dołączone referencji z Gminy Lądek. Wykonawca załączył umowę z Gminą Lądek z 30 listopada 2018 r., w której określono wynagrodzenie 56.000 zł za każdy miesiąc świadczenia usługi.

W dokumentacji przetargowej znajduje się notatka z weryfikacji złożonych dokumentów, w której podano: Załączony wykaz usług nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, w wykazie nie ma wymienionej co najmniej 1 usługi o wartości minimum 300.000 zł. Zamawiający w dniu 06.12.2018 r. wysłał ponowne wezwanie do złożenia dokumentów w zakresie wykazu usług. Wykonawca w dniu 07.12.2018 r. ponownie złożył wykaz usług, w której zawarto usługę o wartości co najmniej 300.000,00 zł. Po ponownej weryfikacji Zamawiający uznał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że Odwołujący dokonał błędnej kwalifikacji kwestionowanego zaniechania Zamawiającego, stwierdzając, że niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako nieodpowiadającej treści SIWZ. Kwalifikacja taka jest oczywiście nieprawidłowa, wskazany wyżej przepis dotyczy bowiem merytorycznej niezgodności treści oferty (treści zobowiązania wykonawcy) z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Natomiast skutkiem niewykazania przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu (tzw. wymagań podmiotowych), jest konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania, o czym wprost stanowi przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Popełniony przez Odwołującego błąd nie mógł jednak przesądzać o niezasadności odwołania, Izba nie jest bowiem związana dokonaną w odwołaniu kwalifikacją prawną, ocenia natomiast – w zakresie podniesionych zarzutów – czy wybór oferty dokonany został prawidłowo, czy też Zamawiający zaniechał czynności, która powinna doprowadzić do wyeliminowania wykonawcy z postępowania.

W ocenie Izby, chociaż Zamawiający zasadnie dopuścił do oceny dokumenty uzupełnione w dniu 7 grudnia 2018 r., to jednak dokumenty te nie potwierdziły spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Po pierwsze stwierdzić należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego uzupełnienie dokumentów nie nastąpiło z naruszenie podkreślanej w orzecznictwie zasady jednokrotnego wzywania do przedłożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten zobowiązuje Zamawiającego do skierowania wezwania w sytuacji wystąpienia braków lub błędów w złożonych dokumentach. Obowiązkowi temu odpowiada uprawnienie wykonawcy do naprawienia popełnionych błędów polegających na niezłożeniu lub złożeniu nieprawidłowych dokumentów. Wykonawca ma więc prawo jeden raz otrzymać od Zamawiającego wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i móc się do niego ustosunkować.

W rozpoznawanej sprawie wykonawca WM Wiatrowiec jeden raz otrzymał wezwanie dające mu szansę na poprawienie zaistniałych braków. Należy bowiem zauważyć, że po raz pierwszy wykonawca przedłożył dokumenty, które – chociaż wpłynęły do Zamawiającego dzień po wyznaczonym terminie – były odpowiedzią na wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Nie zostało wykazane, aby wykonawca, przesyłając Zamawiającemu te dokumenty, dysponował już wezwaniem skierowanym na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, które prawdopodobnie dotarło do wykonawcy w momencie, kiedy odpowiedź na pismo z 30 listopada 2018 r. była już wysłana do Zamawiającego. Wobec powyższego stwierdzenie braków w przedłożonych w dniu 6 grudnia 2018 r. dokumentach powinno skutkować umożliwieniem wykonawcy poprawienia tych braków. Należy zatem uznać, że przesłanie przez Zamawiającego kolejnego pisma w tej samej dacie, wskazującego nieprawidłowości w złożonych dokumentach, nie naruszyło zasady jednokrotności wezwania, a uzupełnione dokumenty należało poddać ocenie pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do będącej przedmiotem sporu usługi wskazanej w poz. 2 wykazu usług złożonego przez WM Wiatrowiec, należy stwierdzić, że wskazane tam umowy nie potwierdzały spełniania warunku z uwagi na wartość tych usług. Pierwsza z tych umów opiewała na kwotę 196 500,00 zł brutto, jako wartość drugiej z nich wskazano kwotę 392.000,00 zł brutto. Nawet gdyby przyjąć, że wymagana usługa nie musi być definiowana jako świadczona na podstawie jednej umowy i dopuścić zsumowanie wartości tych umów, to i tak brak było podstaw do przyjęcia, że wykonawca ma doświadczenie w wykonaniu usługi o wartości minimum 300.000,00 zł. Jak bowiem słusznie zauważył Odwołujący, druga z tych umów została zawarta 30 listopada 2018 r., a zatem w dniu, kiedy upływał termin składania ofert w niniejszym postępowaniu. Nie sposób zatem twierdzić, że wykonawca nabył jakiekolwiek doświadczenie w realizacji tej umowy. Tymczasem Zamawiający bezpodstawnie uwzględnił jako doświadczenie wykonawcy pełną wartość tej umowy. Stanowiska Zamawiającego w żadnej mierze nie usprawiedliwia przepis § 2 ust. 4 pkt 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, który w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych dopuszcza możliwość przedstawienia wykazu usług będących w trakcie wykonywania. Nieuprawnione jest wywodzenie z tego przepisu, że do doświadczenia wykonawcy należy zaliczyć pełen zakres przedmiotowy i wartościowy umowy będącej w trakcie realizacji. Wskazany przepis umożliwia jedynie powoływanie się na doświadczenie wynikające z usług okresowych lub ciągłych, których wykonywanie nie zostało zakończone do terminu składania ofert, nie zmienia to jednak faktu, że musi być to faktycznie nabyte doświadczenie, nie zaś „doświadczenie potencjalne", w zakresie jeszcze niezrealizowanej umowy. Innymi słowy, wykonawca może powołać się na doświadczenie wynikające z umów będących w trakcie realizacji, ale tylko co do zakresu, w jakim umowę już wykonał, tylko w takim zakresie nabył bowiem faktycznie doświadczenie. Odmienna interpretacja prowadziłaby do dopuszczenia do postępowania wykonawcy, który wymaganego doświadczenia w dacie składania ofert nie posiada.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że wykonawca WM Wiatrowiec nie wykazał wykonania usługi o wartości minimum 300.000,00 zł, co powinno skutkować wykluczeniem go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Ponieważ o niewykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu przesądza sama kwestia wartości zrealizowanych usług, to na marginesie jedynie należy się odnieść do złożonego oświadczenia własnego wykonawcy, zamiast dokumentu wystawionego przez podmiot, na rzecz którego usługa jest wykonywana. W odniesieniu do tej kwestii podkreślenia wymaga, że jakkolwiek przepis § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów (…) dopuszcza możliwość złożenia oświadczenia wykonawcy, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, to jednak możliwość taka ograniczona jest do sytuacji, gdy wykonawca z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów od podmiotu, na rzecz którego wykonał lub wykonuje usługi. Wykonawca korzystający z takiej możliwości zobowiązany jest więc wyjaśnić zamawiającemu przyczyny przedłożenia oświadczenia własnego, a zamawiający ocenić dopuszczalność takiego działania, czego w niniejszej sprawie nie uczyniono.

Podsumowując należy stwierdzić, że Zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawcy WM Wiatrowiec, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W konsekwencji Zamawiający dokonał nieprawidłowego wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. W związku z tym odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. a i b z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:……