Sygn. akt: KIO 1836/15

WYROK
z dnia 7 września 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2015 roku przez wykonawcę **S. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano-Montażowy S. B. z siedzibą w Kukowie**
w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto** Żywiec,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i nakazuje dokonanie czynności ponownego badania i oceny oferty, z uwzględnieniem oferty Odwołującego wraz z dokumentami złożonymi przez wykonawcę w wyniku odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp ;

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto** Żywiec i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **S. B.,**

---

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano-Montażowy S. B. z siedzibą w Kukowie tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Miasta** Żywiec na rzecz **S. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano-Montażowy S. B. z siedzibą w Kukowie** kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Bielsku-Białej.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 1836/15

Uzasadnienie

24 sierpnia 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 2 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2013.907 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca S. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlano- Montażowy S. B. z siedzibą w Kukowie, zwany dalej „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Remont wraz z termomodernizacją budynku Żłobka Miejskiego w Żywcu przy ul. Jana 28” prowadzi Zamawiający: Gmina Miejska Żywiec.

Odwołanie wniesiono wobec czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, pomimo braku wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu wiedzy i doświadczenia, czym

Zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało złożone z dochowaniem 5 dniowego terminu, o którym mowa w przepisie art. 182 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż wartość opisywanego zamówienia na roboty budowlane jest mniejsza, niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący dowodził, że posiada obiektywną - wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia - potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia wniesionego środka ochrony prawnej, polegającego na uwzględnieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego fundamentalnych zasad obowiązujących w systemie prawa zamówień publicznych, tj. uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku. Bezprawne działanie Zamawiającego zamknęły bowiem Odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia. Odwołujący złożył najtańszą i najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia [rozdz. XIII]. A zatem gdyby Zamawiający bezprawnie nie wykluczył Odwołującego z postępowania, to Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie, bowiem jego oferta uzyskałaby pierwsze miejsce w rankingu złożonych ofert w ramach zamówienia publicznego na roboty budowlane.

Odwołujący został narażony na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu, który bezwzględnie powinien mu być przyznany.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

• unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Remontowo - Budowlane ALMEXM J. S. z Żywca oraz Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych „Wiecha" W. F. z Pietrzykowie;

• unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;

• wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołującego do uzupełnienia w dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia lub uwzględnienie dokumentów potwierdzających ten warunek udziału w postępowaniu, które Odwołujący samodzielnie uzupełnił w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

• ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty rzeczywiście najkorzystniejszej, tj. złożonej przez Odwołującego.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu sekcja II 1.3.2), a także w SIWZ [rozdz. V pkt 1 ppkt 1.2] zawarł następujący opis warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia:

„Wykonawca spełni warunek posiadania wiedzy i doświadczenia jeśli wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał (tj. zakończył) w sposób należyty, co najmniej jedno zadanie odpowiadające rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia.

Przez roboty odpowiadające swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia rozumie się zrealizowanie co najmniej jednego zadania/zamówienia, obejmującego podobny zakres robót pod względem rzeczowym tj. polegającego na budowie, przebudowie lub modernizacji / remoncie budynku o kubaturze min 4000m3, obejmującego w swym zakresie wykonanie/modernizację:

- całości instalacji elektrycznych i sanitarnych w tym wodno kanalizacyjnych i CO
- całości układu funkcjonalnego pomieszczeń kuchni zakładu żywienia zbiorowego typu zamkniętego w rozumieniu art. 3.3 pkt. 56 Ustawy z dnia 25 sierpnia 2006r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz.U.2015.594 j.t) przeznaczonej dla obsługi min 50 osób, której pomieszczenia nie są dostępne dla konsumentów, o łącznej powierzchni min. 50m2 wraz z dostawą, instalacjami i montażem jej wyposażenia”.

W celu potwierdzenia spełnienia cytowanego powyżej warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia Zamawiający żądał od wykonawców załączenia do oferty: „wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie

ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, w tym informację o robotach budowlanych niewykonanych lub wykonanych nienależycie, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, wg wzoru - załącznik nr 6 do SIWZ". Wykaz ten musiał potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w rozdz. V. pkt 1.2.

Odwołujący w celu wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wykazał w załączniku nr 6 pn. „Doświadczenie zawodowe" uprzednie [samodzielne] zrealizowanie dwóch następujących zadań inwestycyjnych:
- „Budowa Sali gimnastycznej w Krzyżowej" oraz
- „Przebudowa i remont JW1155 w Balicach".
Ponadto Odwołujący przedłożył w ofercie wymagane dowody [referencje] potwierdzające, że zadania inwestycyjne zostały wykonane przez Odwołującego w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Zamawiający w dniu 28 lipca 2015 r. powołując się na przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Odwołującego jedynie do złożenia wyjaśnień, dotyczących załączonych do oferty referencji w terminie do 3 sierpnia 2015 r. Zamawiający miał bowiem wątpliwości, czy w ramach wykazanych zadań inwestycyjnych Odwołujący zrealizował pomieszczenie kuchni zakładu żywienia zbiorowego typu zamkniętego zgodnie z wymaganiami SIWZ.

W następstwie wezwania do wyjaśnień, Odwołujący dokonał wnikliwej analizy dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia i sam doszedł do wniosku, że w ramach pierwotnie wykazanych dwóch referencyjnych robót budowlanych, nie wykonał on takiego pomieszczenia kuchni zakładu żywienia zbiorowego typu zamkniętego, które w pełni odpowiadałoby wymaganiom Zamawiającego.

Dlatego też, Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp sam z własnej inicjatywy uzupełnił następujące dokumenty, które potwierdzają już spełnienie warunku udziału w postępowania w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia:
- Nowy „Wykaz robót budowlanych", w którym wykazał zadanie inwestycyjne w wymaganym przez Zamawiającego zakresie rzeczowym [wykonane przez podmiot trzeci - Przedsiębiorstwo Budowlane IMBUD z Tarnowa na rzecz Zamawiającego - Miasta Tarnowa]
- Referencję wystawioną na rzecz podmiotu trzeciego przez Zamawiającego - Miasto Tarnów oraz

- Zobowiązanie podmiotu trzeciego [Przedsiębiorstwa Budowlanego IMBUD S.A. z Tarnowa] do oddania Odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania niniejszego zamówienia.
Zamawiający natomiast bezprawnie wykluczył Odwołującego z przetargu podając w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty co następuje:
„Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego został wykluczony wykonawca Zakład Budowlano- Montażowy S. B. z siedzibą w Kukowie 121A na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 uPzp.

Powodem wykluczenia z ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego jest brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wymaganego rozdz. V pkt 1 ppkt 1.2 w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

(...) Wykonawca nie ustosunkował się w żaden *sposób do wezwania Zamawiającego do wyjaśnień treści złożonej oferty, lecz przedłożył nowy, o zmienionej treści załącznik Nr 6 do oferty, wraz z obowiązaniem innego, nie wyszczególnionego w złożonej ofercie podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, tj. Przedsiębiorstwa Budowlanego IMBUD J. i J. G. S.A. z siedzibą w Tarnowie oraz referencjami wystawionymi dla ww. Przedsiębiorcy przez Gminę Miasta Tarnowa.*

Ponieważ w złożonym do oferty oświadczeniu w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu Wykonawca nie powoływał się na zasoby podwykonawców,

przedłożył wypełniony Załącznik Nr 6 Doświadczenie zawodowe, w którym jako wykonawcę wykazującego posiadane doświadczenie wpisał siebie, tj. Zakład Budowlano- Montażowy S. B. i przedłożył na potwierdzenie wykonanych robót referencje, tym samym dokonał zmiany treści złożonej oferty, co jest niedopuszczalne po upływie terminu składania ofert.

Stosowanie do zapisów art. 84 ust. 1 Prawa zamówień publicznych wykonawca może przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę. Może również na podstawie art. 87 ust 1 Prawa zamówień publicznych w drodze złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty uzupełnić jej braki. Ponadto Wykonawca nie ustosunkowując się do wezwania Zamawiającego nie wykazał spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu dotyczącym wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia".

Przywołana argumentacja Zamawiającego, leżąca u podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania jest niemożliwa do zaakceptowania. Tym samym, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie fundamentalnych zasad w systemie prawa zamówień publicznych, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp a ponadto naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26

ust. 3 ustawy Pzp, zarówno poprzez błędną ich wykładnię, jak i przez niewłaściwe ich zastosowanie [tzw. błąd subsumcji].

W pierwszej kolejności Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia poprzestał jedynie na wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień, co do zakresu robót referencyjnych na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający natomiast nie zastosował wobec Odwołującego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu wiedzy i doświadczenia. Oczywistym jest, że oświadczenia (dokumenty) składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu podlegają wyjaśnieniu w trybie przepisu art. 26 ust. 4, jednakże uprzednie zastosowanie tego przepisu nie może wykluczać zastosowania przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO KI0 1020/14; KI01055/14).

Tym samym, ustalenie przez Zamawiającego, że przedłożone oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, obligują go do wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, niezależnie od przyczyny złożenia przez wykonawcę oświadczeń [dokumentów], które nie potwierdzają w należyty sposób spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dla zastosowania tego przepisu nie mają też znaczenia przypisywane wykonawcy intencje stojące za takim wadliwym złożeniem oferty (tak Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2013r., sygn. akt KIO 2889/12). Jeżeli natomiast Zamawiający wyraźnie wskazał, iż wzywa do złożenia wyjaśnień złożonego „Wykazu robót" na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, choć powinien wezwać do uzupełnienia tego dokumentu, to taki błąd Zamawiającego nie może powodować dla Odwołującego niekorzystnych skutków w postaci zamknięcia mu drogi do uzupełnienia braków czy też niezgodności w złożonych dokumentach.

Stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, 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. Tym samym, możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania obwarowana jest obligatoryjnym obowiązkiem wezwania takiego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, niezależnie od trybu w jakim toczy się postępowanie oraz od szans wykonawcy na uzyskanie zamówienia. Wyjątkiem jest jedynie sytuacja, w której mimo uzupełnienia dokumentów istniałby obowiązek odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania.

Ponadto Odwołujący podniósł, że sam fakt nie złożenia przez wykonawcę wyjaśnień, pomimo wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w świetle

obowiązującego prawa nie może rodzić dla takiego biernego wykonawcy żadnych negatywnych konsekwencji np. w postaci wykluczenia go z postępowania czy też odrzucenia jego oferty. Przy czym, Odwołujący stwierdził jednocześnie, że jego „wyjaśnienia" na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zostały złożone w terminie [tj. do 3 sierpnia 2015 r.] i były równoznaczne z tym, że przyznał się do tego, iż w złożonej przez niego ofercie nie potwierdzono warunku wiedzy i doświadczenia, skoro samodzielnie uzupełnił dokumenty.

Zamawiający może tutaj rozważać co najwyżej to, czy samodzielne uzupełnienie dokumentów przez Odwołującego jest skuteczne, skoro nastąpiło bez wezwania Zamawiającego [bezspornym jest, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wymaga uprzedniego wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp]. Zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej [np. wyrok z dnia 21 października 2014 r., sygn. akt KIO 2079/14]: *„Samodzielne uzupełnienie dokumentu przez wykonawcę może być, co najwyżej poczytywane, jako wykazywanie zdolności do uzupełnienia braku i nie zwalnia Zamawiającego od zastosowania art. 26 ust. 3 uPzp. Po otrzymaniu wezwania - wykonawca może natomiast wnosić o zaliczenie samodzielnie wcześniej złożonego dokumentu - jako dotyczącego danego wezwania".*

Ponadto twierdzenie przez Zamawiającego jakoby w opisywanym przypadku doszło do „zmiany treści oferty" jest niedorzeczne. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma bowiem charakter wyjątku od reguły, że oferta wykonawcy po upływie terminu na jej złożenie nie podlega żadnym zmianom. Ustawodawca rozróżnia treść oferty sensu stricto, która rzeczywiście nie podlega zmianie [dotyczy to jednak przede wszystkim oświadczenia woli wykonawcy] od dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 25 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp, które to - tak jak w opisywanym przypadku - podlegają wyjaśnieniu w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp lub/ oraz uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający, który co do zasady specjalizuje się w organizowaniu procedur o udzielenie zamówień publicznych winien zatem wiedzieć, że dokumenty, o których mowa przepisie art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp są składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i w żadnej mierze nie stanowią treści oferty sensu stricte, rozumianej przez pryzmat art. 66 § 1 k.c.

Reasumując, czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowi każdorazowo czynność ostateczną i prawo do jej dokonania może się ziścić dopiero po uczynieniu przez Zamawiającego zadość wszystkim obowiązkom nałożonym na niego przez ustawodawcę, tj. obowiązkom wynikającym z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czego Zamawiający w niniejszym przypadku nie uczynił. Chociażby ze względu na zaniechanie przez

---

Zamawiającego wyczerpania procedury art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wobec oferty wykonawcy Odwołującego zarzuty odwołania należy uznać za uzasadnione.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ oraz załączników do SIWZ, oferty Odwołującego, dokumentów złożonych w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień, stanowisk i oświadczeń Stron postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym wykluczenie Odwołującego, a także potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdziałem 3.6. SIWZ Wykonawca zobowiązany był do osobistego wykonania następujących kluczowych części zamówienia; robót budowlanych opisanych w przedmiarach robót stanowiących załącznik nr11 do SIWZ:

1) Cz.1 Część budowlana zewnętrzna i wewnętrzna z infrastrukturą.

Powyższy wymóg nie był skuteczny w zakresie, w jakim Wykonawca powoływał się na zasoby innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełnienia warunków, których mowa w art. 22 ust. 1.

Wykonanie pozostałych części zamówienia Wykonawca mógł powierzyć podwykonawcom.

W formularzu ofertowym, w pkt 5, w przypadku gdy w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1, wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, na zasoby podwykonawców należało

wskazać nazwy tych podwykonawców. W punkcie 6 zaś wykonawca miał wymienić części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Odwołujący, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień odnośnie spełniania warunku udziału posiadania niezbędnego doświadczenia.

Odpowiadając na wezwanie Odwołujący złożył nowy wykaz robót budowlanych, w którym wskazał nową robotę zrealizowaną przez podmiot trzeci. Razem z wykazem złożono referencje, zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Z zobowiązania wynikało, że zakres powierzonych obowiązków do wykonania sprowadzał się będzie do doradztwa w celu aktualizacji posiadanego doświadczenia oraz wskazanego kierownika budowy w zakresie aktualnych technologii, wykorzystywanych materiałów, aktualnych sposobów i organizacji robót oraz wskazywanie w razie potrzeby aktualnie sprawdzonych dostawców materiałów i urządzeń specjalistycznych.

Zamawiający oceniając postępowanie i ofertę Odwołującego uznał, że wykonawca podlega wykluczeniu. Podnoszono, że wykonawca może jedynie przed upływem terminu składania ofert zmienić lub wycofać ofertę. Jeżeli zaś Odwołujący w ofercie nie powoływał się na zasoby innych podmiotów i pierwotnie wskazywał, że zamówienie będzie wykonywał samodzielnie, następnie zaś powołał się na zasoby innego podmiotu w zakresie wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, to nastąpiła zmiana treści oferty dokonana po otwarciu ofert. Powyższe było przyczyną uznania, że Odwołujący nie wykazał w sposób prawidłowy spełnienia warunku udziału bowiem wykonawca niezgodnie z wiążącym go oświadczeniem zawartym w ofercie, dołączył nowe dokumenty wskazujące, iż sam nie spełnia warunku przez co zmienił treść złożonej oferty.

Na rozprawie Strony podtrzymały argumentację wyrażoną pisemnie.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na początku rozważań podkreślenia wymaga, że zadaniem konstruowanego warunku udziału w postępowaniu jest zapewnienie prawidłowej realizacji zamówienia. Istota opisania konkretnego warunku polega na zapewnieniu poprawnej realizacji danego zamówienia. Zweryfikowaniu zdolności danego wykonawcy do realizacji zamówienia w sposób prawidłowy służy ocena wcześniejszych doświadczeń wykonawcy na polu zawodowym, zdobytych przy wykonywaniu zamówień podobnych, zbliżonych lub tożsamych z przedmiotem zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza wyraża pogląd, iż to Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, w związku z czym, dla zabezpieczenia

prawidłowego jego przebiegu, zobowiązany jest do wymagania od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu, ale z zapewnieniem konkurencyjnych reguł postępowania. Sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie

wykonawców dostępu do tego zamówienia. Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być bowiem miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonywał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyką do tego, które jest przedmiotem zamówienia wykona je w sposób prawidłowy. Nie oznacza to przy tym, że te zadania mają być tożsame, identyczne z przedmiotem zamówienia. Ważne jest raczej by były one reprezentatywne do potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt rozpoznawanej sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że ocena dokonana przez Zamawiającego, w tym wniosek, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu i dokonał niedozwolonej zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert na obecnym etapie postępowania musi być uznana za nieuprawnioną.

Nie negując uprawnienia Zamawiającego, że może on mając wątpliwości co do wykazywanej roboty, czy spełnia ona warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnego doświadczenia i wiedzy, wystąpić w pierwszej kolejności do wykonawcy o wyjaśnienie, z zastosowaniem regulacji art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, stwierdzić należy, że ocena otrzymanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyjaśnień i dodatkowych informacji była nieprawidłowa. Z pewnością dostrzeżenia wymaga, że za złożenie wyjaśnień uznać można także przedstawienie nowego wykazu, w sytuacji gdy wykonawca, po wskazaniu przez Zamawiającego pewnych elementów wynikających z wykazu robót, dojdzie do przekonania, że rzeczywiście wymienił w wykazie takie zadania, które mogą rodzić wątpliwości, czy wpisują się w ustalony w danym postępowaniu warunek udziału. W takiej sytuacji jak najbardziej uprawnione jest czynne działanie wykonawcy przejawiające się złożeniem nowego wykazu. Obowiązkiem Zamawiającego jest natomiast ocena nowych informacji, czy w obecnym kształcie potwierdzają one spełnianie warunku udziału. Nie jest też niczym wyjątkowym powoływanie się w takim przypadku na potencjał podmiotu trzeciego i korzystanie z

uprawnień przysługujących wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Ze zgodnego stanowiska orzecznictwa i doktryny jednoznacznie wynika, że wykonawca uprawniony jest do przedstawienia „nowego doświadczenia", jeżeli dotychczas wskazywane nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Dopuszcza się również powoływanie się na potencjał podmiotu trzeciego, który dopiero na tym etapie postępowania wprowadzany jest do oferty.

Podkreślenia wymaga fakt, iż to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zatem wykazania również tego, czy będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz tego, czy stosunek łączący go z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. W przypadku powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego, wykonawca może i powinien wykazywać na przykład: zakres udostępnianych zasobów, możliwy sposób ich wykorzystania przy realizacji zamówienia, warunki/charakter czy inne możliwości i podstawy takiego udostępnienia, a zwłaszcza ewentualny, planowany udział podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia. Unikając jakichkolwiek generalizacji w odniesieniu do oceny dowodów dotyczących danego udostępnienia, które winno odbywać się indywidualnie, odrębnie dla każdego przypadku, przyjąć można, iż uzyskiwanie przez zamawiającego większej ilości informacji na temat danego udostępnienia, umożliwia lepszą i pełniejszą ocenę okoliczności, które w świetle przepisu art. 26 ust. 2b powinny być wykazywane, czyli realności dysponowania danymi zasobami i możliwość ich wykorzystania w trakcie realizacji zamówienia (podobnie w uchwale KIO z dnia 07.11.2013 r., sygn. akt: KIO/KU 96/13).

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał, aby wykonawcy w formularzu ofertowym wskazali nazwy podmiotów udostępniających zasoby, w przypadku wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu, przez powołanie się na zasoby innego podmiotu, którzy będą podwykonawcami. Odwołując się do treści punktu 5 formularza ofertowego Zamawiający dokonał nieuprawnionej subsumcji, że z uwagi na

zmianę sposobu wykazywania spełniania warunku udziału w postępowaniu przez danego wykonawcę, de facto nie wykazano spełniania tego warunku i zmieniono treść oferty. Przedstawiona przez Zamawiającego argumentacja jest całkowicie nieuprawniona. Przede wszystkim dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający myli dwie sytuacje. Pierwszą, gdzie wykonawca od początku polega na zasobach podmiotu trzeciego i podmiot ten będzie jego podwykonawcą oraz gdzie wykonawca polega na zasobach podmiotu trzeciego, ale udostępnienie przyjmuje inny rodzaj korzystania z danego zasobu. Zamawiający na rozprawie, odpowiadając na pytania przewodniczącego składu orzekającego, wyraźnie zaznaczył, że dopuszczał możliwość, w której wykonawca posługiwał się będzie potencjałem

podmiotu trzeciego ale jednocześnie podmiot ten nie będzie podwykonawcą. Weryfikacja zapisów SIWZ potwierdza stanowisko Zamawiającego, dokument ten nie zawiera żadnych regulacji, z których wynikałby obowiązkowy udział podmiotów trzecich jako podwykonawców. Dostrzeżenia wymaga, iż tylko do takiej sytuacji referuje sporna między Stronami treść punktu 5 formularza ofertowego. Wykonawca był zobowiązany do jego wypełnienia, tylko w sytuacji, gdy podmiot trzeci będzie podwykonawcą. Tymczasem ze złożonego przez Odwołującego zobowiązania podmiotu trzeciego jednoznacznie wynika, że zakres powierzonych czynności ograniczał się będzie do doradztwa w zakresie aktualnych technologii, wykorzystywania materiałów, sposobu i organizacji robót, a także wskazywania sprawdzonych dostawców materiałów i urządzeń specjalistycznych. Na rozprawie Zamawiający twierdził, że celem punktu 5 formularza ofertowego nie było wskazanie podmiotów trzecich tylko w sytuacji, gdy będą oni podwykonawcami ale wskazanie, w każdej sytuacji podmiotów trzecich, na zasobach których polega dany wykonawca. Niestety jednoznaczna treść pkt 5 przeczy takiemu stanowisku. W ocenie składu orzekającego Izby wykonawcy byli jak najbardziej uprawnieni i zobowiązani do wypełnienia pkt 5 formularza, gdy podmiot trzeci miał być podwykonawcą. W innych przypadkach wypełnienie formularza było nieobowiązkowe. Dokonując zatem oceny zachowania Zamawiającego uznać należało, że w sposób nieprawidłowy wykluczył on Odwołującego stwierdzając, że doszło do niedozwolonej zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wykonawca od początku nie zamierzał korzystać z podwykonawców i samodzielnie wykonywać zamówienie, zatem o żadnej zmianie treści oferty nie może być w tym przypadku mowy. Jednocześnie zauważyć należy, że uprawnieniem wykonawcy było także skorzystanie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dopiero na etapie wezwania do wyjaśnień, czy też gdyby Zamawiający zastosował art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów. Ponadto słusznie zauważył Odwołujący, że dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie stanowią treści oferty, ale opisywać mają sytuację podmiotową wykonawcy i udowadniać mają jego zdolność do realizacji zamówienia.

W ocenie Izby, w sytuacji gdyby wykonawca nie złożył wyjaśnień lub złożył wyjaśnienia w innej formule, ale nadal z nich nie wynikałoby potwierdzenie dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający nie był również zwolniony z konieczności zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jak słusznie zauważył Odwołujący, możliwość zastosowania tej regulacji wyłączają tylko dwie sytuacje: konieczność unieważnienia postępowania oraz ziszczenie się innych przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty wykonawcy. Izba nie nakazywała jednak zastosowania tego przepisu wprost, z uwagi na okoliczność, że Zamawiający znajduje się już w posiadaniu dokumentów samodzielnie uzupełnionych przez Odwołującego. Konieczne jest tylko dokonanie prawidłowości potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez te dokumenty. W takich

bowiem okolicznościach wystosowanie do wykonawcy wezwania byłoby jedynie czynnością techniczną, nie ma zatem przeszkód, aby na poczet uzupełnienia zaliczyć złożone już dokumenty.

Konsekwencją uwzględnienia zarzutów było również uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9

i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust 4 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), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: ……