

WYROK
z dnia 17 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 czerwca 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2015 r. przez wykonawcę

WOJ-ART W. W., M. M., K. M. Sp. j.
ul. Okrzei 2/1, 96-100 Skierniewice

w postępowaniu prowadzonym przez

Miasto Skierniewice ul. Rynek 1, 96-100 Skierniewice

przy udziale wykonawcy **K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPUH „OKNO-BUD” K. B., ul. Trojanowska 63, 96-500 Sochaczew** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy WOJ-ART W. W., M. M., K. M. Sp. j. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy WOJ-ART W. W., M. M., K. M. Sp. j. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów dotyczących wiedzy i doświadczenia, którymi ten wykonawca może się legitymować dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu,**

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Skierniewice i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę WOJ-ART W. W., M. M., K. M. Sp. j. tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od Miasta Skierniewice na rzecz wykonawcy WOJ-ART W. W., M. M., K. M. Sp. j. kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, 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 Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Skierniewice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę Domu Pomocy Społecznej” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 22 kwietnia 2015 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 91546. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – WOJ-ART W. W., M. M., K. M. Sp. j. wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą, dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPUH „OKNO-BUD” K. B., zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, zaniechanie dokonania czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów, co narusza dyspozycje: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, ewentualnie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPUH „OKNO-BUD” K. B., unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty, dokonania ponownej oceny złożonych ofert, ewentualnie wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ, w opinii zamawiającego, nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W punkcie 3.1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w punkcie III.3.2 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał, że wykonawca musi wykazać się wykonaniem „w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowaniem co najmniej dwóch robót budowlanych o wartości minimum 5.000.000,00 zł brutto każda, podobnych z rodzaju do przedmiotu zamówienia. Przez roboty budowlane podobne z rodzaju i zakresu

do przedmiotu zamówienia rozumie się wykonanie przynajmniej jednej roboty budowlanej w zakresie obiektu kubaturowego użyteczności publicznej”.

Zamawiający żądał więc, aby każdy wykonawca wykazał się wykonaniem dwóch robót budowlanych o podobnym zakresie (rodzaju) do robót będących przedmiotem niniejszego postępowania. Zamawiający określił również, że przez roboty podobnego rodzaju rozumie on „jedną robotę w związku z obiektem użyteczności publicznej”. Jest to niespójność sformułowania warunku. Zamawiający w pierwszej części określenia warunku pisze o dwóch robotach podobnych swoim zakresem do przedmiotowej inwestycji, a w drugiej części wyjaśnia, że przez roboty o podobnym zakresie rozumie wykonanie jednych robót. Jednocześnie zamawiający nie określił, co należy rozumieć przez sformułowanie „budynek użyteczności publicznej”.

Odwołujący wraz z ofertą złożył wykaz robót oraz referencje dotyczące dwóch robót budowlanych wykonanych przez firmę PBU BUDOKAN L.D C. D., który udostępnił odwołującemu potencjał na podstawie podwykonawstwa, zgodnie z obowiązującymi przepisami. Roboty te dotyczyły dwóch budynków: budynku zlokalizowanego w Skierniewicach przy ul. Dworcowej 3 oraz budynku zlokalizowanego w Skierniewicach przy ul. Rawskiej 83C.

Zamawiający uznał obie roboty za spełniające warunek pod względem wartości robót, ale wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyjaśnień, która z dwóch robót wskazanych w złożonej ofercie dotyczy obiektu użyteczności publicznej.

Odwołujący udzielił odpowiedzi i oświadczył, że budynek przy ul. Dworcowej 3 jest budynkiem użyteczności publicznej, w którym znajdują się lokale handlowe, usługowe, obsługi bankowej, oraz ogólnie dostępna infrastruktura techniczna, składająca się z parkingu, dróg dojazdowych i chodników, czym spełnia warunki zawarte w § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Zgodnie z tym rozporządzeniem przez „obiekt użyteczności publicznej” należy rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, opieki zdrowotnej, opieki społecznej i socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, świadczenia usług pocztowych lub telekomunikacyjnych oraz inny ogólnodostępny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji, w tym także budynek biurowy i socjalny”. Odwołujący wyjaśnił więc, że wskazane roboty budowlane obejmowały wykonanie prac w zakresie obiektu użyteczności publicznej w rozumieniu przywołanego rozporządzenia, a na potwierdzenie swoich twierdzeń dołączył do wyjaśnień

oświadczenie inwestora – właściciela budynku przy ul. Dworcowej 3 oraz pozwolenie na budowę. Przedstawione dokumenty potwierdzały przedstawiony w wyjaśnieniach przez zamawiającego stan rzeczy, że wskazane roboty dotyczyły również prac związanych z budynkiem użyteczności publicznej.

Zamawiający jednak wykluczył odwołującego z postępowania. Uzasadniając dokonaną przez siebie czynność wyjaśnił, co rozumie przez pojęcie „obiekt użyteczności publicznej”. Wskazał on, w oparciu o rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. Polska Klasyfikacja Obiektów Budowlanych, że dokonując wykładni tego pojęcia, kieruje się definicją budynku mieszkalnego. Jeżeli dany budynek posiada mniej niż połowę powierzchni mieszkalnej, to jest klasyfikowany jako budynek niemieszkalny i spełnia wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem zamawiający dopiero na etapie oceny ofert skonkretyzował sposób rozumienia przez siebie warunku wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z opisem budynku znajdującym się w pozwoleniu na budowę złożonym wraz z wyjaśnieniami, budynek ten zawierał w sobie również część niemieszkalną/usługową. Całkowita powierzchnia użytkowa budynku wynosi 8.238,30 m², w tym powierzchnia użytkowa mieszkalna wynosi 3.875,60 m², a pozostała powierzchnia użytkowa niemieszkalna w tym usługowa wynosi 4362,7 m². Wartość robót dotyczących części obiektu tzw. niezamieszkałej, w tym usługowej, wynosiła 33% z 21.377.200 zł, tj. 7.054.476 zł, co potwierdza oświadczenie inwestora. Zatem odwołujący spełnia warunek wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający użył sformułowania „roboty budowlane w zakresie obiektu kubaturowego użyteczności publicznej”. Miały to więc być jakiegokolwiek roboty budowlane związane z obiektem użyteczności publicznej. Jako obiekt budowlany użyteczności publicznej zamawiający rozumiał budynek, którego powierzchnia mieszkalna stanowiła mniej niż 50% całości powierzchni. Jeżeli więc powierzchnia mieszkalna budynku przy ul. Dworcowej 3 stanowiła mniej niż połowę powierzchni użytkowej całkowitej, to odwołujący spełnił warunek. Zamawiający nieprecyzyjnie określił warunek, a w szczególności sposób jego weryfikacji. Zamawiający nie dał szans odwołującemu na wykazanie spełnienia warunku. Nie określił precyzyjnie ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani w wezwaniu, jakich informacji oczekuje od odwołującego w celu weryfikacji spełnienia warunku. Obowiązkiem zamawiającego jest wyjaśnienie wszystkich wątpliwości dotyczących złożonych ofert.

Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie Dom Pomocy Społecznej, który jest przedmiotem postępowania, według definicji z § 3 pkt 5 nie jest budynkiem użyteczności publicznej, lecz budynkiem zamieszkania zbiorowego. Zatem zamawiający nieprecyzyjnie określił warunek wiedzy i doświadczenia. Zamawiający nie może

z faktu nieprecyzyjnego opisanie przez siebie warunku wyciągać negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawcy.

Odwołujący wskazał również, że zamawiający nie wykonał dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, co doprowadziło do niesłusznego wykluczenia odwołującego z postępowania i naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych konstruuje nakaz skierowany do zamawiającego, aby w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie złożył dokumentów wymienionych w tym przepisie lub gdy złożone dokumenty nie potwierdzają okoliczności, w celu których dokumenty te są składane, zamawiający ma obowiązek dokonać wezwania takiego wykonawcy do uzupełnienia. Przepis przewiduje tylko dwie sytuacje, których zaistnienie zwalnia zamawiającego z obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia, tj. gdy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub gdy postępowanie podlega unieważnieniu. W przedmiotowej sytuacji nie zaistniały przesłanki unieważnienia postępowania, a oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu. Dokonanie wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych bez uprzedniego wezwania go do uzupełnienia dokumentów jest naruszeniem przepisów, które miało wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający błędnie dokonał odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten nie ma zastosowania w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego, a jedynie w sytuacji, gdy postępowanie przetargowe jest prowadzone w procedurze tzw. kilkustopniowej, gdy w wyniku czynności dokonanych na pierwszych etapach postępowania wykonawca zostanie wykluczony, a pomimo braku np. zaproszenia do składania ofert, złoży ofertę.

II Ustalenia Izby w kwestiach formalnych

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

III Ustalenia Izby co do zarzutów

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że wszelkie zarzuty dotyczące sposobu sformułowania warunku czy jego nieprawidłowości, są obecnie spóźnione, gdyż należało je zgłosić zamawiającemu w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Obecnie rozpatrywane może być jedynie spełnienie warunku zgodnie z jego brzemieniem.

W ramach warunku posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się wykonaniem „w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowaniem co najmniej dwóch robót budowlanych o wartości minimum 5.000.000,00 zł brutto każda, podobnych z rodzaju do przedmiotu zamówienia. Przez roboty budowlane podobne z rodzaju i zakresu do przedmiotu zamówienia rozumie się wykonanie przynajmniej jednej roboty budowlanej w zakresie obiektu kubaturowego użyteczności publicznej”.

Podczas rozprawy zamawiający wyjaśnił, że warunek polegał na tym, że każdy wykonawca musiał wykazać wykonanie dwóch robót budowlanych o podobnym rodzaju do przedmiotu zamówienia i wartości min. 5.000.000 zł brutto, w tym jedne roboty miały dotyczyć obiektu użyteczności publicznej.

Ze względu na to, że zamawiający nie odwołał się w warunku do domu pomocy społecznej, lecz wskazał na „obiekt kubaturowy użyteczności publicznej”, nie ma znaczenia, jakim rodzajem budynku jest dom pomocy społecznej (zamieszkania zbiorowego, czy użyteczności publicznej), a wykazany ma być obiekt użyteczności publicznej. Ze względu na to, że odwołujący wskazał na budynek, dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy nie ma znaczenia różnica definicji pomiędzy „obiektem” a „budynkiem”, spór dotyczy bowiem jedynie budynku. Poza tym, z uwagi na to, że w warunku zamawiający wskazał na „obiekt kubaturowy”, dla wykazania spełnienia warunku nie można powoływać się na obiekty liniowe, czy inne niekubaturowe, a więc drogi, chodniki czy place (parkingi).

Odwołujący wykazał dwie roboty budowlane dotyczące budowy budynków przy ul. Dworcowej 3 oraz przy ul. Rawskiej 83C w Skierniewicach. Zamawiający uznał, że realizacje te spełniają pierwszą część warunku, tj. wykonanie dwóch robót budowlanych o wartości minimum 5.000.000,00 zł podobnych z rodzaju do przedmiotu zamówienia, ale żadna z nich nie spełnia drugiej części warunku, tj. wykonania jednych robót budowlanych w zakresie obiektu kubaturowego użyteczności publicznej.

Na pytanie zamawiającego odwołujący wskazał, że części drugiej warunku dotyczą roboty w budynku przy ul. Dworcowej 3.

Zamawiający uznał jednak, że nie jest to obiekt (budynek) użyteczności publicznej, lecz budynek mieszkalny z lokalami usługowymi.

Zamawiający odwołał się do definicji „budynku użyteczności publicznej” zawartej w § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Zgodnie z tą definicją budynek użyteczności publicznej to budynek przeznaczony dla administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, opieki zdrowotnej, opieki społecznej i socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym lub wodnym, poczty lub telekomunikacji oraz inny ogólnodostępny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy i socjalny.

Zdaniem Izby, skoro zamawiający nie zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia własnej definicji pojęcia „obiektu kubaturowego użyteczności publicznej”, poprawnie odwołał się do powszechnie znanej i używanej definicji z rozporządzenia, nawet jeśli nie powołał się na nią w specyfikacji.

Powyższa definicja wskazuje co do zasady na „budynki ogólnodostępne” (nawet jeśli realnie nie każdy może do nich wejść, a jedynie są przeznaczone dla konkretnej grupy użytkowników, np. uczniów), a budynki mieszkalne takimi budynkami nie są. Zresztą nie było sporne między stronami, że budynek mieszkalny nie jest budynkiem użyteczności publicznej. Odwołujący usiłował dowieść, że budynek przy ul. Dworcowej 3 ma charakter budynku użyteczności publicznej, a nie mieszkalnego, ze względu na znajdujące się w nim lokale usługowe, a powierzchnia mieszkalna obejmuje mniej niż 50% powierzchni budynku.

Tą samą metodą posługiwał się zamawiający.

Wynika ona z zasady wyrażonej w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) wprowadzonej rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB).

Wskazano tam, że „budynki mieszkalne są to obiekty budowlane, których co najmniej połowa całkowitej powierzchni użytkowej jest wykorzystywana do celów mieszkalnych. W przypadkach, gdy mniej niż połowa całkowitej powierzchni użytkowej wykorzystywana jest na cele mieszkalne, budynek taki klasyfikowany jest jako niemieszkalny, zgodnie z jego przeznaczeniem. Budynki niemieszkalne są to obiekty budowlane wykorzystywane głównie dla potrzeb niemieszkalnych. W przypadku, gdy co najmniej połowa całkowitej powierzchni

użytkowej wykorzystywana jest do celów mieszkalnych, budynek klasyfikowany jest jako budynek mieszkalny.

Całkowita powierzchnia użytkowa budynku obejmuje całą powierzchnię budynku z wyjątkiem:

- powierzchni elementów budowlanych m.in. podpór, kolumn, filarów, szybów, kominów;
- powierzchni zajmowanych przez pomieszczenia techniczne instalacji ogólnobudowlanych;
- powierzchni komunikacji, np. klatki schodowe, dźwigi, przenośniki.

Część „mieszkaniowa” budynku mieszkalnego obejmuje pomieszczenia mieszkalne (kuchnie, pokoje wypoczynkowe, sypialnie), pomieszczenia pomocnicze, piwnice oraz pomieszczenia ogólnego użytkowania (np. wózkarnie, suszarnie).”

Izba stwierdziła więc, że w związku z powyższym dla rozstrzygnięcia istotny jest wzajemny stosunek w budynku przy ul. Dworcowej 3 powierzchni mieszkalnej do niemieszkalnej, aby uznać budynek za mieszkalny (co wykluczałoby spełnienie warunku) lub niemieszkalny, z tym, że – ze względu na treść warunku – nie wystarczyłoby, że budynek jest niemieszkalny, musiałby mieć on jeszcze charakter budynku użyteczności publicznej. Bowiem przestrzeń niemieszkalna budynku nie jest jeszcze tym samym, co przestrzeń użyteczności publicznej. (Na marginesie można zwrócić uwagę, że także sama spółdzielnia mieszkaniowa (właściciel budynku) przyjęła tę zasadę, gdyż w przedstawionym przez odwołującego oświadczeniu nazwała budynek „budynkiem wielolokalowym mieszkalno-usługowym o charakterze użyteczności publicznej w części usługowej”).

Zatem zdaniem Izby – na tej samej zasadzie co wyrażona w PKOB – budynek przy ul. Dworcowej 3 można by zakwalifikować jako budynek użyteczności publicznej, gdyby ponad połowa jego powierzchni przeznaczona była do celów, jak wskazane w § 3 pkt 6 ww. rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie.

Zamawiający oświadczył podczas rozprawy, że jako podmiot administracji w tym zakresie, posiadał dokumentację dotyczącą spornego budynku, sprawdził więc wielkość poszczególnych powierzchni ze złożoną u niego dokumentacją projektową.

Wynika z niej, że powierzchnia użytkowa usługowa to jedynie 1.406,2 m² z 8.220,9/8.238,3 m². Powierzchnia mieszkalna to 3.858,2/3.875,6 m². Jego zdaniem do powierzchni usługowej nie można zaliczyć „pozostalej powierzchni” 2.956,5 m², która obejmuje garaże, korytarze, piwnice itd., a która nie jest przypisana do lokali usługowych.

Izba uznała, że dane dotyczące powierzchni przedstawione przez zamawiającego, a pochodzące z projektów budowlanych posiadanych przez Urząd Miasta Skierniewice, są

bardziej miarodajne i szczegółowe (w projekcie m.in. wyliczono poszczególne mieszkania wraz z ich powierzchnią), niż zawarte w informacji od właściciela budynku (spółdzielni mieszkaniowej).

Izba uznała również, tak jak zamawiający, że – z powodów podanych powyżej – nie można zsumować części powierzchni dotyczącej lokali usługowych oraz „innej powierzchni” i uznać, że cała ta zsumowana powierzchnia ma charakter powierzchni użyteczności publicznej.

Zatem za część budynku do „użyteczności publicznej” można uznać jedynie 1.406,2 m², co stanowi mniej niż 50% powierzchni budynku.

Poza tym w projekcie budowlanym wskazano wprost, że nazwa obiektu to „budynek mieszkalny wielorodzinny z usługami”, a w opisie obiektu, że jest to obiekt mieszkalny z usługami na parterze, 3-kondygnacyjny, z podpiwniczeniem.

Również w referencjach oraz pozwoleniu na budowę, które przedstawił odwołujący w ofercie, wskazano, że jest to „budynek mieszkalny wielorodzinny z usługami”.

Zatem powyższy budynek przy ul. Dworcowej 3 należy uznać za budynek mieszkalny. Nie spełnia więc warunku udziału w postępowaniu w zakresie „objektu kubaturowego użyteczności publicznej”.

Jednak Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem zamawiającego i przystępującego w zakresie poprawności odstąpienia od wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 (tj. potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego), 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. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Zamawiający może więc odstąpić od wezwania, jeśli pomimo ich złożenia oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. A także, choć nie zostało to wprost wskazane w przepisie, jeśli z innych przyczyn wykonawca podlegałby wykluczeniu – wtedy bowiem, zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, oferta podlegałaby odrzuceniu.

Zamawiający nie wskazał podstaw do odrzucenia oferty (przywołany art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma tu znaczenia, gdyż został zastosowany jako konsekwencja dokonanego wykluczenia) ani innych podstaw do wykluczenia wykonawcy, zatem nie miał podstaw do rezygnacji z wezwania do uzupełnienia dokumentów. Nie może być bowiem taką podstawą jedynie stwierdzenie, że wykonawca na pewno nie uzupełni dokumentów albo nie uzupełni ich prawidłowo. To zamawiający oceni dopiero po otrzymaniu uzupełnienia.

Jeśli jednak wykonawca uzupełniłby dokumenty i uzupełniłby je prawidłowo, jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Powyższe zaniechanie zamawiającego może więc mieć wpływ na wynik postępowania.

Co do nieprawidłowego przywołania przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych („zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert”) odwołujący co do zasady ma rację, gdyż przepis ten powinno się stosować do złożenia oferty przez wykonawcę już wcześniej wykluczonego (na wcześniejszym etapie postępowania), zamawiający powinien był więc wskazać art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych („Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”), a nie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak jest to drobny błąd nie mający znaczenia dla postępowania.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

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

Przewodniczący: