

Sygn. akt: KIO 121/20

**WYROK**  
**z dnia 5 lutego 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2020 r. przez **Odwołującego – INTOP Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, ul. Łukasza Drewny 70 (02-968 Warszawa)

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Gminę Śrem**, Plac 20 Października 1 (63-100 Śrem)

**orzeka:**

- 1 Oddala odwołanie.**
- 2** Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu.**

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Gminę Śrem na *budowę kładki pieszko-rowerowej nad kanałem ulgi rz. Warty oraz wanny żelbetowej pod mostem zabezpieczającej przed wodą dziesięcioletnią* (nr postępowania: BP.271.45.2019.BS), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 631105-N-2019 z dnia 04.12.2019 r., wobec czynności wykluczenia z postępowania, odrzucenia oferty oraz zatrzymania wadium, Wykonawca INTOP Warszawa Sp. z o.o. z/s w Warszawie (dalej jako Odwołujący), wniósł w dniu 21 stycznia 2020r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 121/20).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie Odwołującego w błąd w wyniku zapewnienia, że termin na złożenie dokumentów nie zostanie przedłużony, a następnie przedłużenie przez Zamawiającego terminu na złożenie dokumentów pomimo informacji i zapewnienia Odwołującego, że dokumenty zostały już przekazane przesyłką kurierską;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez jego nieuzasadnione zastosowanie mimo, że oferta złożona przez Odwołującego wykazuje spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez jego nieuzasadnione zastosowanie w związku z twierdzeniem o istnieniu podstaw do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu;
- 4) art. 26 ust. 4 Pzp poprzez brak jego zastosowania i uznanie, że Odwołujący świadomie nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 5) art. 46 ust. 4a Pzp poprzez bezpodstawne zatrzymanie wadium;
- 6) art. 46 ust. 4a Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie brakujących stron załączników;  
a w konsekwencji naruszenie:
- 7) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i czynności odrzucenia jego oferty, unieważnienia czynności polegającej na bezpodstawnym zatrzymaniu wadium, przeprowadzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

### Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Po stronie Odwołującego występuje interes prawny i faktyczny do wniesienia odwołania wobec czynności Zamawiającego, które doprowadziły do wykluczenia go z postępowania, czyniąc niemożliwym wybór oferty, która w świetle ustalonych kryteriów oceny mogła być uznana za najkorzystniejszą. Ponieważ nie zachodziła podstawa do zatrzymania wadium, czynności Zamawiającego naraziły Odwołującego na poniesienie straty i szkody.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, informując o tej czynności w dniu 16.01.2020 r. Czynność tą poprzedzało wezwanie Odwołującego do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust 1 i 2 Pzp, potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu (wezwanie z dnia 23.12.2019r.). Z uwagi na okres świąteczny Odwołujący odebrał korespondencję mailową z opóźnieniem i niezwłocznie, tj. w dniu 27.12.2019 r. zwrócił się z wnioskiem do Zamawiającego o przedłużenie terminu na złożenie dokumentów. W rozmowie telefonicznej z pracownikiem Zamawiającego Wykonawca uzyskał informację, iż nie było wcześniej praktykowane przesuwanie terminów poza wyznaczony w wezwaniu termin, a pracownik oświadczył, iż dokumenty należy złożyć w terminie pierwotnie określonym w wezwaniu. Wykonawca mając świadomość skutków, jakie może nieść brak odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, nadał przesyłką kurierską (ze wskazaniem dostarczenia przesyłki w dniu następnym, tj. do upływu terminu wyznaczonego pierwotnie przez Zamawiającego — 31.12.2019 r.) dokumenty, które były w ocenie Odwołującego wystarczające dla wykazania spełnienia warunków oraz potwierdzały brak podstaw do wykluczenia z postępowania.

Przygotowując dokumenty Odwołujący zauważył brak podstawowych dokumentów, jakie Zamawiający powinien załączyć, tj. formularza oświadczeń, formularza wykazu robót i osób, których pomimo prośby o przekazanie nie przekazał. Wykonawca przygotował samodzielnie formularze, które obecnie Zamawiający kwestionuje, jako niewłaściwie wypełnione.

W dniu 30.12.2019 r. Zamawiający zmienił zdanie i poinformował, po tym, jak Wykonawca wysłał dokumenty o zmianie terminu do ich złożenia, wyznaczając czas do dnia 10.01.2020 r.

Zamawiający odebrał przesyłkę kurierską od Odwołującego w dniu 2.01.2020 r., co już narażało Wykonawcę na wykluczenie z postępowania z uwagi na brak możliwości doręczenia nadanej w dniu 30.12.2019 r. przesyłki.

W dniu 9.01.2020 r. Zamawiający przekazał w formie elektronicznej wezwanie do uzupełnienia braków w ofercie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Pismem z dnia 14.01.2020 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu dokumenty i oświadczenia, które potwierdzały spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania.

Zamawiający dopiero w piśmie z dnia 16.01.2020 r. poinformował Wykonawcę, iż ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wykonania 2 zadań związanych z budową oświetlenia zewnętrznego na kwotę co najmniej 100 tys. każde oraz dysponowania osobą posiadającą uprawnienia elektryczne do projektowania. Odwołujący nie był świadomy tego, iż nie przekazał Zamawiającemu strony 2/2 – wykazu robót, na której wskazał dwa zadania polegające na wykonaniu oświetlenia zewnętrznego na kwotę co najmniej 100 tys. każde oraz strony 1/2 – wykazu osób, na której zawarte zostały informacje dotyczącej dysponowania osobą z uprawnieniami elektrycznymi do projektowania. Zamawiający mógł wezwać Wykonawcę do wyjaśnienia przyczyn braku stron załączników, czego zaniechał.

Faktycznie dokumenty konieczne do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostały przez Zamawiającego skompletowane, to w opinii Zamawiającego nie zostały przekazane. Skutkowało to wykluczeniem Wykonawcy z postępowania. Zamawiający bezpodstawnie przyjął, iż Odwołujący nie wykonał wezwania, podczas gdy dokumenty zostały przekazane do Zamawiającego. W żadnej mierze Odwołującemu nie można przypisać zwinionego, tym bardziej umyślnego działania, które mogłoby stanowić uzasadnienie dla zatrzymania wadium. Przepis art. 46 ust. 4a Pzp miał przeciwdziałać sytuacjom, w których grupa wykonawców działających w porozumieniu może powodować, iż zamówienie udzielone zostanie wykonawcy, który zaoferował najwyższą cenę. Taka sytuacja w postępowaniu nie zachodzi, gdyż Odwołujący nie działa w porozumieniu z żadnym z wykonawców (nie udostępniał swoich zasobów). Ponadto, w świetle orzecznictwa, sankcja w postaci zatrzymania wadium może dotyczyć wyłącznie bierności wykonawcy, który nie odpowiada na wezwanie do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i umyślnie oraz celowo nie podporządkowuje się wezwaniu zamawiającego. Należy ocenić zachowanie Wykonawcy w świetle okoliczności, w tym tych które obciążają Zamawiającego, np. określenie zbyt krótkiego terminu na uzyskanie stosownych dokumentów, czy też nieprecyzyjne sformułowanie wezwania.

Jedyną konsekwencją, jaka mogła dotknąć Odwołującego było wykluczenie do z postępowania (w konsekwencji odrzucenie jego oferty) z racji niedostatecznego udokumentowania spełnienia warunków udziału w postępowaniu – ale tylko, gdyby Odwołujący nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. taka sytuacja jednak w postępowaniu nie wystąpiła.

Oświadczenia i dokumenty złożone przez Odwołującego są prawdziwe i nie wprowadzają w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości i in. Nie zachodzi przesłanki do wykluczenia Wykonawcy z postępowania i zatrzymania wadium, które to czynności w postępowaniu należy uchylić o co wnosi Odwołujący.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego, jaką było wykluczenie Odwołującego z postępowania i będące tego konsekwencją zatrzymanie wadium. Oceny tej należało dokonać z uwzględnieniem sytuacji faktycznej, jaka istniała w momencie składania odwołania. Nie przesądzając o zasadności zarzutów Izba zobowiązana była przyjąć stan hipotetyczny wynikający z wniosków Odwołującego - o wadliwym dokonaniu czynności objętych przedmiotem zaskarżenia. Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż czynność stanowiąca przedmiot zarzutu prowadziła do stanu naruszającego interes Odwołującego, który złożył ofertę zabezpieczoną wadium i na skutek czynności weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu został wykluczony i zatrzymano mu wadium. Izba uznała, iż odwołanie służyć ma ochronie interesu Odwołującego w postępowaniu, przede wszystkim przez uchylenie czynności prowadzącej do niekorzystnego dla tego Wykonawcy skutków decyzji Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy.

**W świetle przedstawionych stanowisk oraz analizy dokumentacji postępowania, w szczególności treści wezwań kierowanych do Wykonawcy i jego odpowiedzi Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.**

Izba ustaliła stan faktyczny, w jakim Zamawiający podjął czynność w postępowaniu.

Zamawiający w siwz oraz ogłoszeniu ustalił warunki, których spełnienia wymagał od wykonawcy. W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej konieczne było:

1) należyte wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

- co najmniej 2 zadania związane z realizacją inwestycji mostowych na kwotę co najmniej 4 mln. każde

-co najmniej 2 zadania związane z budową oświetlenia zewnętrznego na kwotę co najmniej 100 tyś. zł. każde;

2) dysponowanie:

- 1 osobą z uprawnieniami mostowymi do projektowania bez ograniczeń;

- 1 osobą z uprawnieniami elektrycznymi do projektowania;

- 1 osobą z uprawnieniami mostowymi do kierowania robotami mostowymi;

- 1 osobą z uprawnieniami elektrycznymi do kierowania robotami elektrycznymi.

W pkt. 8.3 siwz Zamawiający przewidział możliwość wezwania wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy. W pkt 8.4 siwz, jako dokumenty składane na wezwanie Zamawiającego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazane zostały: *wykaz robót* wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie robót budowlanych, *wykaz osób*.

Zamawiający nie przygotował wzorów dokumentów, opisując w pkt 8.4 siwz informacje, jakich wymaga podania w wykazach robót i osób.

Pismem z dnia 23.12.2019 r. Odwołujący został wezwany na podstawie art. 26 ust. 1 i 2 Ustawy do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. wykazu robót budowlanych, wykazu osób, informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, ubezpieczenia OC oraz potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oświadczeń o braku zalegania z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne i o braku zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Dokumenty i oświadczenia Wykonawca miał złożyć do dnia 31.12.2019 r.

27.12.2019 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego wniosek o przedłużenie terminu wskazanego w wezwaniu - do dnia 10.01.2020 r. uzasadniając go brakiem pracowników działu w okresie do 6.01.2020 r.

W dniu 30.12.2019 r. Odwołujący kontaktował się telefonicznie z Zamawiającym celem ustalenia możliwości pozytywnego odniesienia do wniosku i jak oświadczył na rozprawie takiego potwierdzenia nie otrzymał. Zamawiający przyznał, iż w trakcie rozmowy odnosił się do wniosku wskazując na wątpliwości co do możliwości przesunięcia terminu i jednocześnie zwrócił uwagę na możliwość wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy.

Wykonawca nadał w dniu 30.12.2019 r. o godzinie 12:37 (po rozmowie telefonicznej z Zamawiającym) przesyłkę poleconą, którą kurier miał doręczyć następnego dnia do godziny 12:00 (dowód – wydruk ze strony Poczty Polskiej z serwisu śledzenia przesyłki nr EE53072...4PL). Zamawiający odebrał przesyłkę w dniu 2.01.2020 r.

W dniu 30.12.2019 r. o godzinie 13:47 Zamawiający przesłał mailowo do Odwołującego stanowisko w sprawie wniosku, rozpoznanego pozytywnie przez przesunięcie terminu na złożenie dokumentów do dnia 10.01.2020 r.

W przesłanych do Zamawiającego dokumentach załączone zostały wykazy: robót budowlanych obejmujący dwie pozycje dotyczące zadań związanych z realizacją inwestycji mostowych na kwotę co najmniej 4 mln. zł każde wraz z poświadczeniem wykonania robót oraz wykaz osób, w którym wskazane zostały dwie osoby, 1 osoba z uprawnieniami mostowymi do projektowania bez ograniczeń oraz 1 osoba z uprawnieniami mostowymi do kierowania robotami mostowymi.

W dniu 9.01.2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy do uzupełnienia braków w ofercie dotyczących potwierdzenia spełnienia warunku sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający jednocześnie wskazał w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, iż do wykazu robót nie zostało załączone poświadczenie należytego wykonania robót oraz nie zostały wskazane dwa zadania związane z budową oświetlenia zewnętrznego na kwotę co najmniej 100 tyś. zł. każde. Ponadto, poświadczenie potwierdzające wykonanie zadania pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 710 od km 57+900 do km 58+950 w ramach zadania pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 710 na odcinku Lutomiersk-Błaszki” dotyczy robót wykonanych przez Konsorcjum i nie wynika z niego wartość robót wykonywanych przez INTOP Warszawa Sp. z o.o. Zamawiający wskazał, iż należy złożyć nowy wykaz robót oraz dokumenty potwierdzające wykonanie przez INTOP Warszawa Sp. z o.o. robót spełniających warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający wezwał również do złożenia nowego wykazu osób, gdyż z dokumentu przedstawionego przez Wykonawcę nie wynika, aby dysponował on osobami posiadającymi uprawnienia do kierowania robotami w specjalności mostowej oraz do projektowania w specjalności mostowej, lecz dysponuje osobami posiadającymi

uprawnienia w specjalności drogowej. Dokumenty Wykonawca miał uzupełnić w terminie do 15.01.2020 r. pod rygorem wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy oraz zatrzymania wadium, chyba że udowodni, że nie wynikało to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

W dniu 15.01.2020 r. Odwołujący przesłał Zamawiającemu nowy wykaz robót zawierający tożsame ze wskazanymi w pierwszym wykazie dwa zadania związane z realizacją inwestycji mostowych na kwotę co najmniej 4 mln. zł. każde oraz nowy wykaz osób, w którym dodano jedną osobę z uprawnieniami elektrycznymi do kierowania robotami elektrycznymi. Wykonawca nie przedłożył nowych poświadczeń wykonania zadań wskazanych w wykazie robót.

W zawiadomieniu z dnia 16.01.2020 r. o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty Zamawiający wskazał na chronologię zdarzeń, jakie poprzedzały decyzję w postępowaniu, związanych z oceną spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał na braki w dokumentach, jakie zostały złożone w dniu 2.01.2020 r., między innymi dotyczące braku poświadczenia należytego wykonania robót dla dwóch zadań związanych z budową oświetlenia zewnętrznego na kwotę 100 tyś. zł. każde. Poświadczenie dotyczące rozbudowy drogi wojewódzkiej nr 710 potwierdza należyte wykonanie robót przez Konsorcjum. Z poświadczenia tego nie wynika jednak wartość oraz zakres robót wykonywanych przez INTOP Warszawa Sp. z o.o. Ponadto, Zamawiający stwierdził, iż nie zostało wykazane dysponowanie osobami posiadającymi uprawnienia do kierowania robotami w specjalności mostowej oraz do projektowania w specjalności mostowej, jak również osobami z uprawnieniami elektrycznymi do projektowania oraz do kierowania robotami elektrycznymi. Uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy w dniu 15.01.2020 r. dokumenty nie potwierdziły, iż Wykonawca spełnia warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej – z przedłożonego wykazu robót nadal nie wynika, że Wykonawca wykonał należycie co najmniej 2 zadania związane z budową oświetlenia zewnętrznego na kwotę co najmniej 100 tyś zł. każde. Ponadto, Wykonawca nie wykazał, że dysponuje osobą posiadającą uprawnienia elektryczne do projektowania. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy oferta złożona przez Odwołującego została odrzucona.

Oddzielnym pismem z dnia 16.01.2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o zatrzymaniu na podstawie art. 46 ust. 4a i 5 Ustawy wadium wskazując w uzasadnieniu, iż z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy, Wykonawca nie złożył dokumentów, które potwierdzają brak podstaw do wykluczenia z postępowania.



**Na podstawie poczynionych powyżej ustaleń Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.**

Na wstępie należy zauważyć, iż odwołanie podlegało rozpoznaniu w zakresie zarzutów, które dotyczyły czynności mieszczących się w katalogu wskazanym w art. 180 ust. 2 Ustawy, tj. wykluczenia Odwołującego z postępowania. Mając na uwadze ograniczenie zakresu zaskarżenia, jakie zostało dopuszczone dla postępowań o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy, Izba nie mogła odnieść się do zarzutów skierowanych wobec czynności zatrzymania wadium. Niezależnie od istniejącego powiązania pomiędzy czynnością wykluczenia z postępowania i zatrzymaniem wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Ustawy, zakresem zarzutów podniesionych w odwołaniu nie mogła być skutecznie objęta czynność inna niż wymieniona wprost w art. 180 ust. 2 Ustawy. Zgodnie bowiem z art. 189 ust. 2 pkt 6 Ustawy takie odwołanie podlegałoby odrzuceniu. Należy również zauważyć, iż dla oceny zasadności zatrzymania wadium w okolicznościach niniejszej sprawy nie było wystarczające samo odniesienie się poprawności decyzji o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania. Ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu dokonywana jest zero-jedynkowo, natomiast dla oceny, czy wadium mogło zostać przez zamawiającego zatrzymane znaczenie ma również to, czy brak właściwej reakcji na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy mógł wynikać z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy. Ocena pod tym kątem wymagałaby uwzględnienia okoliczności, których istnienie nie ma wpływu na ustalenie, czy złożone na wezwanie Zamawiającego dokumenty potwierdzały spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W tym stanie Izba ograniczyła swoje rozstrzygnięcie do zarzutów skierowanych wobec decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy.

Rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu Izba miała na uwadze stan wynikający z dokumentów złożonych przez Odwołującego na podstawie wezwań kierowanych przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 i 2 oraz art. 26 ust. 3 Ustawy. Nie budziło wątpliwości, iż komplet dokumentów, jakie ostatecznie zostały złożone Zamawiającemu w toku czynności weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie zawierał wszystkich niezbędnych informacji, pozwalających pozytywnie ocenić zdolność techniczną lub zawodową Wykonawcy. Ustalenia poczynione w toku rozprawy potwierdziły poprawność ustaleń Zamawiającego, z których wynika, iż Wykonawca nie wykazał należytego wykonania co najmniej 2 zadań związanych z budową oświetlenia zewnętrznego na kwotę co najmniej 100 tys. zł. każde, jak również nie wykazał, że dysponuje osobą posiadającą uprawnienia elektryczne do projektowania.

Przedłożone na rozprawie dokumenty, które miały zostać przez nieuwagę Wykonawcy pominięte przy przekazywaniu dokumentów do Zamawiającego, nie mogły być wzięte pod uwagę.

Izba nie przychyliła się do argumentów Odwołującego o istnieniu podstawy do uznania, że zachodziły okoliczności uzasadniające przyjęcie zaistnienia braku możliwości uzupełnienia dokumentów w sposób skuteczny. W pierwszej kolejności należy odnieść się do kwestii szeroko omawianej przez strony i związanej z wyznaczeniem terminu na złożenie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 i 2 Ustawy. Wprawdzie Zamawiający wyznaczył pierwotnie termin do 31.12.2019 r., to na wniosek Odwołującego, zgodnie z sugestią Wykonawcy wydłużył ten termin do 10.01.2020 r. Wydłużenie terminu miało ten skutek, iż niezależnie od dokumentów przekazanych Zamawiającemu przesyłką poleconą w dniu 2.01.2020 r. Wykonawca mógł dostać dokumenty w terminie wskazanym, nie czekając na wezwanie do ich uzupełnienia. Ustalenia poczynione w toku rozprawy wskazują na brak staranności po stronie Wykonawcy, który wiedząc, iż przekazane dokumenty nie są kompletne, nie podjął dalszych czynności pozwalających na złożenie właściwych dokumentów w terminie wydłużonym. Skoro przesyłka została nadana do Zamawiającego zanim Wykonawca otrzymał formalne stanowisko w sprawie terminu na złożenie dokumentów, to przy pozytywnym rozpoznaniu wniosku, Wykonawca mógł skutecznie dostać brakujące dokumenty, jako składane na podstawie art. 26 ust. 1 i 2 Ustawy. Nie budziło wątpliwości Izby, iż Wykonawca miał świadomość istniejących braków w dokumentach przekazanych Zamawiającemu, gdyż nie przekazał kompletu poświadczeń, a informacje prezentowane w wykazach nie odnosiły w całości do treści wymagań podmiotowych. Jedynym uzasadnieniem, jakie prezentował w odwołaniu i na rozprawie, miała być presja czasu, pod jaką działał przygotowując dokumenty oraz brak wzorów dokumentów w siwz. Odnosząc się do tej drugiej okoliczności należy zauważyć, iż Zamawiający nie ma obowiązku opracowania wzoru wykazu, który technicznie sprowadzałby się do przekopiowania treści wymagań. Istotną treść wykazu sporządza sam Wykonawca przedstawiając dane niezbędne do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i ponosi odpowiedzialność za przedstawioną treść.

Niezależnie od możliwości dostania dokumentów w terminie wydłużonym, Wykonawca miał możliwość uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy i pomimo wyraźnego wskazania w wezwaniu z dnia 9.01.2020 r. na zakres brakujących dokumentów, nie przedstawił niezbędnych dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu oświadczeń i dokumentów.

Podsumowując, Izba nie dopatrzyła się w działaniu Zamawiającego naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 Ustawy.

Odnosząc się natomiast do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy, należy zauważyć, iż wezwanie do wyjaśnienia treści dokumentów, w stanie faktycznym sprawy, oznaczałoby kolejne wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 Ustawy. Skoro dokumenty przekazane Zamawiającemu nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu (były niekompletne), to samo złożenie wyjaśnień co do przyczyn braku przekazania na wezwanie Zamawiającego nie usuwałoby stanu dokumentów, jakie Zamawiający mógł ocenić w trybie przewidzianym w Ustawie. Próba uzupełnienia brakujących dokumentów w trybie złożenia wyjaśnień nie mogła skutecznie prowadzić do uzdrowienia oferty Wykonawcy, co czyniło zarzut, jak i żądanie Odwołującego niezasadnymi.

W świetle powyższego, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 10.000,00 zł. i obciążyła nimi Odwołującego.

**Przewodniczący: .....**