

Sygn. akt: KIO 1045/15

WYROK

z dnia 2 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 2 czerwca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2015 r. przez **wykonawcę AJ Profibud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Chmielniku 277B** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Rzeszowska Agencja Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Szopena 51**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy **AJ Profibud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Chmielniku 277B** do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), w pozostałym zakresie Izba uznała żądania odwołania za nieuzasadnione,
2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego Rzeszowską Agencję Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Szopena 51** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę AJ Profibud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Chmielniku 277B** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **zamawiającego Rzeszowską Agencję Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Szopena 51** na rzecz **wykonawcy AJ Profibud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Chmielniku 277B** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy

sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów uiszczanego wpisu oraz kosztów zastępstwa prawnego.

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 **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie miejsc parkingowych dla Kompleksu Inkubatora Technologicznego PPNT zostało wszczęte przez zamawiającego Rzeszowską Agencję Rozwoju Regionalnego ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 marca 2015r. za numerem 2015/S 052-089818.

W dniu 13 maja 2015r. zamawiający poinformował wykonawców faksem o unieważnieniu postępowania.

W dniu 18 maja 2015r. odwołanie na czynności zamawiającego polegające na wykluczeniu wykonawcy AJ PROFIBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Chmielniku 277 B – zwanego dalej odwołującym i unieważnieniu postępowania oraz na zaniechaniu zamawiającego tj. zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia nowych wyjaśnień i zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów wniósł odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 15 maja 2015r. udzielonego przez prezesa zarządu komplementariusza odwołującego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji komplementariusza, zgodnie z odpisami z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu bezpośrednio na biuro podawcze w dniu 18 maja 2015r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349 – dalej ustawy) przez zaostrenie wymagań siwz na etapie oceny ofert, co doprowadziło do przeprowadzenia postępowania w sposób naruszający tak zachowanie uczciwej konkurencji, jak i zasady bezstronności i obiektywizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
2. art. 8 ust. 1 ustawy przez samodzielne ustalenie przez zamawiającego zakresu wykonanych robót w ramach wskazanego przez odwołującego doświadczenia, bez notyfikacji ww. informacji odwołującemu oraz bez umożliwienia mu wypowiedzenia się co do powziętych przez zamawiającego wątpliwości co do spełniania warunków siwz,
3. przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez wykluczenie z postępowania odwołującego spełniającego warunki udziału w postępowaniu;
4. przepisu art. 26 ust. 4 i 3 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień treści oferty w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, a także - w przypadku uznania, iż przedłożone dokumenty i oświadczenia nie potwierdzają

warunków udziału w postępowaniu - przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

5. naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy przez dokonanie nadinterpretacji postanowień siwz, nadając jej odmienne od ogłoszonego brzmienia,

6. przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji złożenia w postępowaniu oferty nie podlegającej odrzuceniu;

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

2. unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego, a w konsekwencji, unieważnienia czynności uznania jego oferty za odrzuconą,

3. dokonanie ponownej oceny oferty odwołującego, z uwzględnieniem zastrzeżeń zgłoszonych w niniejszym odwołaniu, z zachowaniem zasady bezstronności i obiektywizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

4. wybór oferty odwołującego się jako najkorzystniejszej, jedynej niepodlegającej odrzuceniu oferty, złożonej w toku niniejszego postępowania.

Ewentualnie wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny oferty odwołującego poprzedzonego precyzyjnym wezwaniem odwołującego do złożenia wyjaśnień lub wezwaniem do przedłożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia.

W konsekwencji wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, poniesionymi przez odwołującego się z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości wskazanej w wykazie kosztów przedstawionym podczas rozprawy.

Odwołujący stwierdził, że posiada interes do wniesienia niniejszego odwołania, bowiem w sytuacji potwierdzenia się podnoszonych przez odwołującego zarzutów oferta odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą, jedyną niepodlegającą odrzuceniu ofertę złożoną w przedmiotowym postępowaniu. Gdyby zamawiający prawidłowo i w sposób zapewniający zgodny z przepisami dokonał oceny złożonych ofert i - bądź to uznał spełnianie przez odwołującego warunków stawianych przez siwz, bądź to w sposób prawidłowy wezwał do wyjaśnień i uzupełnień, odwołujący się nie zostałby bezprawnie pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zatem odwołujący uważa, że wskutek niezgodnych z przepisami ustawy działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutów wskazał, że celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zamawiający wymagał, by wykonawca legitymował się doświadczeniem polegającym na wykonaniu w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednego zamówienia polegającego na wykonaniu wiat parkingowych z instalacją fotowoltaiczną dla minimum 80 miejsc parkingowych na funkcjonującym parkingu.

Dla wykazania ww. warunku, odwołujący w treści Załącznika nr 4 do siwz ZP/6/2015/CZP („Wykaz wykonanych robót budowlanych”) wskazał, iż w okresie od marca 2014 r. do lipca 2014 r. zrealizował na rzecz Wyższej Szkoły Prawa i Administracji w Przemyślu (Zamiejscowy Wydziału Prawa i Administracji w Rzeszowie) roboty budowlane polegające na wykonaniu na istniejących parkingach obejmujących ponad 80 miejsc parkingowych instalacji fotowoltaicznej o mocy 150,9 kW, na zadaszonych car portów z panelami grzewczo-fotowoltaicznymi wykonanymi w technologii krzemowej back-contact z systemem ogrzewania przeciwooblodzeniowego NoFrost, o wartości 5 168 000 zł netto.

Pomimo jednoznacznej treści ww. oświadczenia, zgodnego z danymi wskazanymi w treści przedłożonych referencji, pismem z dnia 24 kwietnia 2015 r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia, czy roboty wykonane w ramach ww. zamówienia „polegały na wykonaniu wiat parkingowych z instalacją fotowoltaiczną czy wykonaniu instalacji fotowoltaicznej na istniejących zadaszonych”. W odpowiedzi na powyższe, odwołujący wskazał m.in., iż:

„wykonane przez Spółkę prace polegały na ściągnięciu warstw kostki drogowej oraz podbudowy na parkingu zewnętrznym obejmującym 80 miejsc parkingowych. (...) Spółka wykonała konstrukcję stalową nośną oraz wykonała montaż paneli fotowoltaicznych wraz z podłączeniem do przygotowanej wcześniej instalacji. W zakres prac realizowanych przez AJ Profibud wchodziło również wykonanie kompletnej dokumentacji wykonawczej i powykonawczej. Prace drogowe, instalacyjne i fundamentowe wykonywane były na 80 miejscach parkingowych wraz z przyległymi podjazdami. W ramach robót wykonano również zadaszona nad 75 miejscami parkingowymi oraz prace instalacyjne nad kolejnymi 2 miejscami znajdującymi się w parkingu podziemnym.”

Zestawiając powyższe wyjaśnienia z treścią otrzymanej od Wyższej Szkoły Prawa i Administracji w Przemyślu informacji (powołanej w treści zawiadomienia o unieważnieniu postępowania), zamawiający uznał, że „roboty budowlane wykonane na parkingu na 80 miejsc lecz tylko 75 miejsc parkingowych zostało zadaszonych przez wiaty na których zainstalowano instalacje fotowoltaiczną. Tym samym wykonawca nie wykazał spełnienia warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia”.

Odwołujący z takim rozstrzygnięciem zamawiającego się nie zgadza. Wskazał, iż prawidłowe przeprowadzenie postępowania przetargowego, tj. prawidłowa treść skierowanego do

wykonawcy wezwania, przy prawidłowej interpretacji treści siwz (o czym dalej), pozwoliłaby na stwierdzenie, iż odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający wymagał „co najmniej jednego zamówienia polegającego na wykonaniu wiat parkingowych z instalacją fotowoltaiczną dla minimum 80 miejsc parkingowych na funkcjonującym parkingu.” Natomiast w ramach inwestycji zrealizowanej na rzecz Wyższej Szkoły Prawa i Administracji w Przemyśle odwołujący wykonał komplet prac budowlano instalacyjnych, w tym prace ziemne, drogowe, konstrukcyjne, montażowe i instalacyjne. Prace polegające na rozbiórce kostki, wykonaniu fundamentowania, instalacyjne, oraz polegające na odtworzeniu miejsc parkingowych prowadzone były na wszystkich 80 miejscach parkingowych, co zostało, według odwołującego, wykazane w dokumentach przekazanych zamawiającemu. Podkreślił, iż celem instalacji fotowoltaicznej jest zasilanie w prąd elektryczny. Wykonana instalacja na Wyższej Szkole Prawa i Administracji w Przemyśle - O. Zamiejscowy w Rzeszowie w pełni zasila wszystkie 80 miejsc parkingowych oraz dodatkowo przyległe budynki szkoły. Instalacja wykonana została zatem „dla” co najmniej 80 miejsc parkingowych.

Z uwagi na powyższe, ww. instalacja spełnia wymogi stawiane w siwz, gdyż zamawiający wyraźnie wskazał, że instalacja ma być wykonana dla 80 miejsc parkingowych, tj. że dana instalacja powinna obejmować zakresem swojego działania (pracy) konkretną liczbę miejsc postojowych. Użycie przez zamawiającego w treści siwz przyimka „dla”, komunikującego co do zasady o przeznaczeniu obiektu lub celu czynności, wskazuje, zdaniem odwołującego, w sposób bezsporny, iż wystarczające dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest to, by wykonane przez oferenta roboty dedykowane były 80-ciu miejscom parkingowym, tj. by tak projekt budowlany oraz dokumentacja wykonawcza, jak i prace zgodnie z nimi wykonane, obejmowały co najmniej 80 stanowisk.

W sytuacji natomiast, w której zamawiający wymagałby „zadaszenia” 80 miejsc parkingowych, treść siwz powinna w sposób wyraźny i precyzyjny wskazywać na konieczność „wykonania zadaszenia”, a dane instalacje powinny być wykonane „nad” - a nie „dla”. - określoną ilością miejsc parkingowych. Co więcej, na intencje zamawiającego co do oczekiwania od wykonawców wykonania „zadaszenia” nie tylko nie wskazuje sama treść siwz, lecz także woli takiej nie można wyprowadzić pośrednio, z podejmowanych w toku postępowania przez zamawiającego czynności. Przykładowo odwołujący podał, że zamawiający w trakcie prowadzonego postępowania nie zażądał od wykonawców informacji (wyjaśnień) o ilości i rodzaju „wykonanych zadaszeń”, stąd też najprawdopodobniej informacja ta nie miała dla zamawiającego znaczenia.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający nie sprecyzował także w treści siwz, jakiej wielkości mają być wykonane w ramach wskazywanego doświadczenia miejsca parkingowe. I tak, przykładowo, „zadaszenie” przez odwołującego 75 miejsc postojowych dla samochodów

osobowych, jakie miało miejsce w przypadku obiektu referencyjnego oznacza jednocześnie „zadaszenie” 150 miejsc dla motocykli lub „zadaszenie”, co najmniej 200 miejsc dla rowerów, a więc nawet w tym względzie referencja powinna być uznana.

Odwołujący podsumowując podał, że wykonał wskazywaną w wykazie wykonanych robót inwestycję dla 80 miejsc parkingowych, gdzie prace budowlane i instalacyjne również prowadzone były na co najmniej 80 miejscach parkingowych, a instalacyjne dodatkowo na 2 miejscach w podziemnym parkingu. Fakt, iż w ramach realizacji ww. zadania odwołujący wykonał zadaszenie nad 75 miejscami, pozostaje, w ocenie odwołującego, w sprawie bez znaczenia. Ww. parametr nie był bowiem objęty treścią siwz, a niedoprecyzowanie przez zamawiającego w treści siwz ww. wymogu, nie może, w świetle obowiązujących przepisów prawnych, powodować jakichkolwiek negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, który wskazał w wykazie wykonanych robót doświadczenie odpowiadające literalnej treści siwz.

Z ostrożności odwołujący poniósł, iż nawet uznanie przez zamawiającego ww. argumentacji za chybioną nie pozwoliłoby na wykluczenie odwołującego z postępowania. Przed podjęciem decyzji w ww. zakresie zamawiający był bowiem zobowiązany do wezwania odwołującego do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co pozwoliłoby odwołującemu chociażby na wskazanie innych, wykonanych robót, potwierdzających, iż daje on rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazał także, iż treścią siwz zamawiający wymagał, by wykonawca posiadał doświadczenie obejmujące wykonanie „wiat parkingowych z instalacją fotowoltaiczną dla minimum 80 miejsc parkingowych na funkcjonującym parkingu”, nie zaś „zadaszenia 80 miejsc parkingowych”. Powyższe pojęcia nie są tożsame, gdyż wykonanie wiat dla 80 miejsc postojowych nie oznacza, że każde z nich musi być „zadaszone”, a nawet jeśli, to z treści siwz nie sposób wywieść, by każde z 80 miejsc parkingowych posiadało pełne zadaszenie. Jakikolwiek natomiast byłby zakres prac wykonanych przez odwołującego się w ramach wskazywanej inwestycji, i jakkolwiek nie definiować by budowy ww. „wiat”, podkreślić należy, że na etapie oceny ofert zamawiający nie może zaostrzyć wymagań, przez rozszerzającą interpretację postanowień zawartych w siwz, gdyż prowadziłoby to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Wszelkie wątpliwości co do treści siwz, wynikające z błędów (nieścisłości) zamawiającego przy sporządzaniu siwz, należy interpretować na korzyść wykonawców, co potwierdza jednoznacznie orzecznictwo KIO w tym zakresie. (Tak przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2014 r., sygn. KIO 47/14, wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r. sygn. KIO/UZP 653/09. Nawet zatem, według odwołującego jeśli intencją zamawiającego byłby wybór wykonawcy, który „zadaszył” 80 miejsc parkingowych, a nie jedynie „wykonał wiaty dla 80 miejsc parkingowych”, to doprecyzowanie tego warunku na tym etapie postępowania było niedopuszczalne. W ocenie odwołującego wymaganie od wykonawców „zadaszenia 80 miejsc parkingowych”, w sytuacji, w której tak w

treści siwz, jak i w treści ogłoszenia, wskazano jedynie na konieczność wykonania wiat „dla minimum 80 miejsc parkingowych” świadczyć mogłoby nadto o naruszeniu art. 38 ust. 4 ustawy. Zaakceptowanie tego rodzaju nadinterpretacji postanowień siwz, doprowadziłoby zdaniem odwołującego do zmiany wymogów siwz po upływie terminu do składania ofert.

W świetle powyższego, przy uwzględnieniu zasady rozstrzygania wszelkiego rodzaju nieścisłości treści siwz na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego odwołujący uważa, że przyjęć należy, iż zamawiający powinien dokonać oceny wskazanego przez odwołującego doświadczenia tylko i wyłącznie w zakresie wykonania wiat parkingowych z instalacją fotowoltaiczną dla co najmniej 80-postojowego parkingu. Ilość i rodzaj wykonanych zadasznień, jako nieobjęty treścią siwz, dla oceny doświadczenia odwołującego pozostaje całkowicie bez znaczenia.

Odwołujący nadto podkreślił, iż decyzja zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania jako niespełniającego wymagań stawianych przez siwz nie była poprzedzona wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. W ocenie odwołującego, jeżeli uzyskane od wykonawcy wyjaśnienia byłyby niewystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu lub wskazywałyby na niespełnianie tego warunku, zamawiający ma obowiązek zastosować procedurę przewidzianą w art. 26 ust. 3 ustawy, to znaczy ma obowiązek wezwania wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku. (Tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2014 r. KIO 62/14) Powszechnie przyjmuje się bowiem, iż wezwanie do wyjaśnień zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy nie zastępuje wezwania do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ww ustawy. Wyjaśnienia służyć mają jedynie wykładni wątpliwej dla zamawiającego treści złożonego dokumentu. Jednak jeżeli wynik wyjaśnień pozwoli na ustalenie, że złożone dokumenty nie są wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to zamawiającego obciąża ustawowy obowiązek wezwania do uzupełnienia takich dokumentów zgodnie z treścią ww. przepisów.

Innymi słowy odwołujący uważa, że wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy jest czynnością obligatoryjną, bez której niedopuszczalnym jest wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Już tylko zatem zaniechanie przez zamawiającego wykonania ww. obowiązku, bez względu na pozostałą, przedstawioną w treści odwołania argumentację, świadczy o zasadności niniejszego odwołania.

Niezależnie od powyższego odwołujący podkreślił, iż sama treść wezwania z dnia 24 kwietnia 2015 r. nie wskazywała odwołującemu na wątpliwości zamawiającego co do wykonania „zadaszenia” nad każdym z miejsc parkingowych. Zamawiający żądał bowiem jedynie wskazania, czy wykonawca wykonał wiaty z instalacją fotowoltaiczną, czy oparł się na istniejących zadaszniach. Decyzję co do stwierdzenia, iż „w ramach zadania, które było

wskazane w wykazie robót wykonano wiaty parkingowe z instalacją fotowoltaiczną dla 75 miejsc parkingowych”, zamawiający podjął samodzielnie, bez jakichkolwiek wyjaśnień odwołującego w tym zakresie. Odwołujący w treści kierowanej do zamawiającego korespondencji w sposób wyraźny rozdzielał „wykonanie instalacji” od „zadaszenia”, i nigdy nie potwierdził, iż wykonał wiaty parkingowe jedynie dla 75 miejsc parkingowych.

W ocenie odwołującego, dopiero precyzyjne wskazanie przez zamawiającego na wątpliwości w zakresie ilości i rodzaju obiektów budowlanych wykonanych przez odwołującego w ramach podanej inwestycji, oraz przedłożenie - przykładowo, dokumentacji projektowej lub szczegółowego opisu rodzaju wykonanych wiat pozwoliłoby na ustalenie, czy wskazywane przez odwołującego doświadczenie spełnia wymogi stawiane przez siwz. Ilość wykonanych wiat nie może być bowiem utożsamiana (i nie musi być, z przyczyn czysto technicznych, tożsama) z ilością zadaszeń czy z ilością miejsc parkingowych. Nawet zatem w przypadku uznania, iż wbrew literalnej treści siwz, zamawiający był uprawniony do wymagania od wykonawców wykonania zadaszeń w ilości sztuk 80, to ustalenie ww. okoliczności winno być dokonane przy pełnej współpracy z odwołującym, który powinien mieć możliwość ustosunkować się do powziętych przez zamawiającego wątpliwości i w razie potrzeby - udzielić stosownych wyjaśnień.

W ocenie odwołującego, zaniechanie wezwania go do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie wątpliwości zamawiającego skutkujących następnie wykluczeniem odwołującego z prowadzonego postępowania świadczy nie tylko o naruszeniu art. 26 ust. 4 powoływanej ustawy, lecz także o naruszeniu zasady jawności prowadzonego postępowania. O fakcie możliwości wykluczenia odwołującego z uwagi na wykonanie zadaszeń (a nie wiat) dla mniejszej ilości miejsc parkingowych odwołujący dowiedział się dopiero z treści Informacji o unieważnieniu postępowania. Zasada jawności, wynikająca m.in. z treści art. 8 ustawy, wymaga nie tylko udostępniania - na żądanie - dokumentacji przetargowej czy publikacji informacji o prowadzonym postępowaniu w sposób w ustawie wskazany, lecz także obliguje zamawiającego do prowadzenia postępowania w sposób transparentny i czytelny dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wezwanie odwołującego do udzielenia wyjaśnień w przypadku powzięcia wątpliwości co do spełniania danego wymogu siwz - spełnia także ww. funkcję informacyjną, pozwalającą odwołującemu na podjęcie odpowiednich kroków faktycznych czy prawnych dla wykazania spełniania określonych warunków. Żaden wykonawca nie może się domyślać czy zgadywać intencji zamawiającego i przedkładać - z własnej inicjatywy, dodatkowo i na wszelki wypadek - dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zwłaszcza w sytuacji, w której oczekiwania zamawiającego wykraczają poza ramy siwz.

W świetle powyższego, unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokonano z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, gdyż odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

W dniu 19 maja 2015r. zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, siwz wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz, oferty odwołującego, wezwania zamawiającego do odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy oraz udzielonej odpowiedzi, informacji o wyniku postępowania.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, że

W sekcji III.1.2.w pkt 1.2. zamawiający wskazał, że wymaga posiadania wiedzy i doświadczenia i opisał sposób dokonywania oceny spełniania tego warunku:

Zamawiający uzna, że warunek ten jest spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał:

— co najmniej jedno zamówienie polegające na wykonaniu wiat parkingowych z instalacją fotowoltaiczną dla minimum 80 miejsc parkingowych na funkcjonującym parkingu.

Identyczne postanowienia zawiera rozdział 5 pkt. 1.2 siwz.

Wymaganie to nie było przedmiotem wyjaśnień. Natomiast w dniu 1 kwietnia 2015r. w odpowiedzi na pytanie nr 1 zamawiający wyjaśnił, że użyty w treści siwz zwrot „zadaszenie” nie wymaga od wykonawców pokrycia wiat dachem „szczelnym”, a jedynie wykonania wymaganej konstrukcji pokrytej ażurowo żaluzjami Pv. Wyraz „zadaszenie” tj. wykonanie przez wykonawcę pochylej/poziomej konstrukcji osłaniającej od góry dane miejsce postojowe użyty został w potocznym rozumieniu tego słowa, bez odwoływania się do definicji dachu przyjmowanej potocznie dla budowli. (...). Przedmiotem zamówienia jest wykonanie „lekkich” wiat parkingowych o nowoczesnej konstrukcji, zapewniającej maksymalizację uzysków energetycznych – między innymi przez zawarty w PFU wymóg możliwość ustawiania kąta nachylenia lameli fotowoltaicznych, nie zaś garaży, stąd też oferowane wiaty parkingowe nie muszą spełniać wszelkich funkcjonalności charakterystycznych dla budynków.

W świetle powyższych dokumentów Izba ustaliła, że przedmiotem doświadczenia ma być wykonanie wiat parkingowych z instalacją fotowoltaiczną dla minimum 80 miejsc parkingowych na funkcjonującym parkingu. Prawidłowa jest zatem interpretacja postawionego warunku poczyniona przez zamawiającego, że to ilość wykonanych przez

danego wykonawcę wiat parkingowych z instalacją fotowoltaiczną ma służyć minimum 80 miejsc parkingowym.

Zatem nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia to, w jakim celu przeznaczone było miejsce parkingowe (tj. dla jakiego rodzaju pojazdów), natomiast ocenie podlegało to czy wykonywane wiaty służyły czyli były wykonane dla 80 miejsc parkingowych. W ocenie Izby zatem na taki ukształtowanym warunku to wymagania podmiotu dla którego realizowana była robota, której doświadczeniem wykazywał się wykonawca, decydowały o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu.

W ofercie odwołującego na str. 5 znajduje się wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym powołano się na zadanie „Rozbudowa infrastruktury energetycznej Wyższej Szkoły Prawa i Administracji w Przemyśle w oparciu o odnawialne źródła energii”, w rodzaju robót, w tym ilości miejsc parkingowych objętych wiatami parkingowymi oraz moc instalacji fotowoltaicznej wskazano „Wykonanie na istniejących parkingach obejmujących ponad 80 miejsc parkingowych instalacji fotowoltaicznej o mocy 150,9 kW na zadaszeniach car portów z panelami grzewczo-fotowoltaicznymi wykonanymi w technologii krzemowej „back-contact” z systemem ogrzewania przeciwooblodzeniowego NoFrost.”

W referencji na str. 6 z dnia 31 marca 2015r. wskazano na zrealizowanie zadaszonych wiat parkingowych wraz z zintegrowaną instalacją fotowoltaiczną o mocy 150,9 kW na wraz z panelami grzewczo-fotowoltaicznymi wykonanymi w technologii krzemowej „back-contact” z systemem ogrzewania przeciwooblodzeniowego NoFrost. Zadanie inwestycyjne obejmowało opracowanie w formule „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej oraz wykonanie robót budowlanych na istniejących parkingach obejmujących ponad 80 miejsc parkingowych Zamawiający w dniu 24 kwietnia 2015r. wystąpił do Wyższej Szkoły Prawa i Administracji w Przemyśle z prośbą o przedłożenie informacji lub dokumentów, które szczegółowo doprecyzowują:

1. Czy zamówienie wskazane w wykazie wykonanych robót budowlanych odwołującego zostało mu zlecone i przez niego wykonane,
2. Czy w ramach tego zadania wykonano roboty polegające na wykonaniu wiat parkingowych z instalacją fotowoltaiczną dla minimum 80 miejsc parkingowych na funkcjonującym parkingu,
3. Doprecyzowanie czy zamówienie polegało na wykonaniu wiat parkingowych z instalacją fotowoltaiczną czy na wykonaniu instalacji fotowoltaicznej na istniejących zadaszeniach,
4. Doprecyzowanie czy roboty były wykonane na funkcjonującym parkingu,
5. Dla ilu dokładnie miejsc parkingowych,
6. W jakim terminie były wykonane roboty
7. Czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty.

Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w dniu 4 maja 2015r. w zakresie spornym odpowiedziała, że w zakres zadania wchodziło wykonanie ogniw fotowoltaicznych wraz z konstrukcją. Parking na którym wykonano przedmiot umowy przeznaczony jest na 80 miejsc. W ramach realizacji przedmiotu umowy 75 miejsc zostało zadaszonych przez wiaty na których zamontowano instalację fotowoltaiczną.

W dniu 24 kwietnia 2015r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnienia, czy roboty wykonane w ramach zamówienia pn. „Przebudowa infrastruktury energetycznej Wyższej Szkoły Prawa i Administracji w Przemyślu w oparciu o odnawialne źródła energii” polegały na wykonaniu wiat parkingowych z instalacją fotowoltaiczną, czy wykonaniu instalacji fotowoltaicznej na istniejących zadaszeniach.

W dniu 4 maja 2015r. odwołujący wyjaśnił, że w ramach wykazanego zamówienia wykonał:

- projekt, rozebrał i ponownie ułożył kostkę brukową, wykopy, stopy fundamentowe wraz ze zbrojeniem, prefabrykację i montaż konstrukcji stalowej, montaż paneli fotowoltaicznych oraz okablowanie, a także uruchomił instalację. Dodatkowo w dniu 5 maja 2015r. odwołujący wyjaśnił, że prace były prowadzone na funkcjonującym parkingu i polegały na ściągnięciu warstw kostki brukowej oraz podbudowy na parkingu zewnętrznym obejmującym 80 miejsc parkingowych. Wykonano fundamenty i odtworzono podbudowy oraz ponownie ułożono kostkę betonową. Następnie wykonano konstrukcję stalową nośną oraz montaż paneli fotowoltaicznych wraz z podłączeniem do przygotowanej wcześniej instalacji. Prace drogowe, instalacyjne i fundamentowe wykonywane były na 80 miejscach parkingowych z przyległymi podjazdami. W ramach robót wykonano zadaszenia nad 75 miejscami parkingowymi oraz prace instalacyjne nad kolejnymi 2 miejscami znajdującymi się w parkingu podziemnym.

W ocenie Izby powyższe dowody świadczą o tym, że podmiot na zlecenie którego były wykonywane roboty budowlane tj. WSPiA w Rzeszowie określił, że przedmiotem zamówienia było wykonanie wiat z instalacją fotowoltaiczną dla 75 miejsc parkingowych na funkcjonującym parkingu, na którym znajduje się 80 miejsc parkingowych.

Izba ustaliła, że z treści postawionego przez zamawiającego warunku ilość miejsc dostępnych ogólnie na danym parkingu, była irrelevantna dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Z dowodów przedłożonych przez odwołującego wynika, że :

Wiaty wykonane na parkingu WSPiA w Rzeszowie stanowią pełnowymiarowe zadaszenie 75 stanowisk postojowych dla samochodów osobowych, lub 113 stanowisk postojowych dla motocykli lub 188 stanowisk postojowych dla rowerów, według twierdzeń mgr inż. P. B. oraz przedłożonych planów wykorzystania wiat parkingowych przez samochody osobowe i przez motocykle.

W ocenie Izby przedstawione przez odwołującego dowody nie odnoszą się do wymagań WSPiA określonych w przedmiocie zamówienia będącego podstawą wykazywanego zamówienia, z tego względu fakt, że dane miejsce parkingowe może być wykorzystywane przez więcej niż jeden pojazd nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody spełniając przesłanki wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 4 i 3 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień treści oferty w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, a także - w przypadku uznania, iż przedłożone dokumenty i oświadczenia nie potwierdzają warunków udziału w postępowaniu - przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut potwierdził się częściowo. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy 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, 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.

Według zaś art. 26 ust. 4 ustawy zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Z ustaleń stanu faktycznego wynika, że zamawiający zastosował instytucję wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy. Izba ustaliła, że zamawiający w toku wyjaśnień uzyskał informację zarówno od WSPiA w Rzeszowie jak i od odwołującego, że w ramach

wykazanego przez odwołującego doświadczenia 75 miejsc zostało zadaszonych przez wiaty na których zamontowano instalację fotowoltaiczną. Izba ustaliła także, że treść opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia jest ilość miejsc parkingowych dla których wykonano wiaty z instalacją fotowoltaiczną. Z tych ustaleń należało wywieść wnioszek, że złożone wyjaśnienia były dla zamawiającego wystarczające dla wyjaśnienia treści wykazu robót oraz referencji zawartych w ofercie i umożliwiały ocenę czy złożono dokumenty lub oświadczenia potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy). Izba uznała, że zamawiający prawidłowo ustalił, że nie złożono dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jednak zamawiający nieprawidłowo zastosował normę art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, która stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu i zaniechał zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy. Art. 26 ust. 3 ustawy jest przepisem obligatoryjnym dla zamawiającego. Zatem w sytuacji, gdy zamawiający stwierdza w postępowaniu wobec wykonawcy, że nie złożył on dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, to był zobowiązany wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. W świetle utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej jak i Sądów Okręgowych fakt niezłożenia dokumentów jest traktowany szeroko i obejmuje zarówno faktyczne nie złożenie dokumentów lub oświadczeń, jak i złożenie dokumentów lub oświadczenie nie potwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu. Taka interpretacja, która Izba w niniejszej sprawie w całości podziela, wynika z konieczności zachowania zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy). Jak słusznie bowiem podnosi się w orzecznictwie, wykonawca składający nieprawidłowe dokumenty nie może być w sytuacji gorszej, od wykonawcy, który takich dokumentów w ogóle nie składa. W sprawie bezsporne jest, że takiego wezwania zamawiający nie wystosował, tym samym konieczne było uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy AJ Profibud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Chmielniku 277B do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez wykluczenie z postępowania odwołującego spełniającego warunki udziału w postępowaniu

Zarzut potwierdził się. Norma art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków

udziału w postępowaniu. Jak wskazano w uzasadnieniu rozstrzygnięcia zarzutu poprzedzającego, wykluczenie wykonawcy z postępowania może nastąpić dopiero w sytuacji wyczerpania obligatoryjnego trybu uzupełniania dokumentów lub oświadczeń określonego w art. 26 ust. 3 ustawy. Bezsporne jest, że zamawiający nie zastosował art. 26 ust. 3 ustawy w stosunku od odwołującego, zatem w konsekwencji zastosowanie przez niego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy było przedwczesne i nieprawidłowe. W ocenie Izby zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez jego zastosowanie i w konsekwencji konieczne stało się nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, które to unieważnienie konsumuje się w nakazie powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 2 ustawy przez zaostrzenie wymagań siwz na etapie oceny ofert, co doprowadziło do przeprowadzenia postępowania w sposób naruszający tak zachowanie uczciwej konkurencji, jak i zasady bezstronności i obiektywizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 7 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zaś przepis art. 7 ust. 2 nakazuje aby czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonywały osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy i przedwczesne wykluczenie go z postępowania. W ocenie Izby takie działanie zamawiającego w świetle obligatoryjnego charakteru normy art. 26 ust. 3 ustawy prowadzi do nierównego traktowania wykonawców, a w konsekwencji do naruszenia generalnej zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie zasługuje na ochronę. Natomiast Izba nie znalazła w zgromadzonym materiale dowodowym potwierdzenia zasadności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 2 ustawy, gdyż w dokumentacji postępowania brak jest dowodów na to, aby osoby, którymi zamawiający posługiwał się przy przygotowywaniu i prowadzeniu postępowania nie były obiektywne i bezstronne. Przeciwnie wszystkie osoby złożyły stosowne oświadczenia w trybie art. 17 ust. 2 ustawy, zaś odwołujący tezy przeciwnej nie udowodnił.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 ustawy przez samodzielne ustalenie przez zamawiającego zakresu wykonanych robót w ramach wskazanego przez

odwołującego doświadczenia, bez notyfikacji ww. informacji odwołującemu oraz bez umożliwienia mu wypowiedzenia się co do powziętych przez zamawiającego wątpliwości co do spełniania warunków siwz

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 8 ust. 1 ustawy stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zdaniem odwołującego przejawem naruszenia jawności jest zwrócenie się przez zamawiającego do WSPiA w Rzeszowie z prośbą o udzielenie informacji o zakresie realizowanej na jego rzecz inwestycji przez odwołującego i brak poinformowania o tym fakcie odwołującego. W ocenie Izby odwołujący pominął w tym zakresie treść § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013r. poz. 231), który daje zamawiającemu uprawnienie do zwracania się bezpośrednio do właściwego podmiotu (tu WSPiA w Rzeszowie), na rzecz którego roboty budowlane były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu. Przepis ten zawiera otwarty katalog sytuacji, w których zamawiający ma prawo wystąpić do właściwego podmiotu, jak również nie określa obowiązku dla zamawiającego, informowania o tym wykonawcy, którego wystąpienie dotyczy. W świetle powyższego, w ocenie Izby nie doszło do naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy, w sytuacji, gdy zamawiający skorzystał z przyznanych mu przepisami prawa uprawnień.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 38 ust. 4 ustawy przez dokonanie nadinterpretacji postanowień siwz, nadając jej odmienne od ogłoszonego brzmienia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść siwz. Dokonaną zmianę zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano siwz, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza ją także na tej stronie.

W ocenie Izby przepis ten przez zamawiającego nie został naruszony, gdyż ze zgromadzonego materiału dowodowego nie wynika, aby zamawiający dokonywał zmiany treści siwz w zakresie spornym pomiędzy stronami. Natomiast odwołujący wskazał w odwołaniu na zakaz zmiany treści siwz po upływie składania ofert, który to zakaz koresponduje z normą art. 38 ust. 4b ustawy. Zarzut w tym zakresie nie został jednak skonkretyzowany. Nawet gdyby przyjąć, że odwołujący podniósł zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 38 ust. 4b ustawy, to w ocenie Izby przedmiotem sporu pomiędzy stronami nie był tak naprawdę fakt wykonywania „zadaszeń”, ale to czy dla oceny spełniania

warunku istotna jest ilość miejsc parkingowych, dla których wykonano wiaty, czy też ogólna ilość miejsc parkingowych występująca na parkingu, na którym montowano wiaty z instalacją fotowoltaiczną. Izba ustaliła, że prawidłowo, dla oceny warunku, miała znaczenie ilość miejsc parkingowych, dla których wykonano wiaty, a skoro tak, to użycie słowa „zadaszenie”, było stosowane przez zamawiającego w tym właśnie rozumieniu i nie stanowiło niedopuszczalnej w świetle art. 38 ust. 4b ustawy zmiany postanowień siwz.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji złożenia w postępowaniu oferty nie podlegającej odrzuceniu

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu do wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu. Przepis ten należy wyłożyć w ten sposób, że jeśli istnieją wątpliwości co do możliwości odrzucenia oferty w oparciu o przesłanki wynikające z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy lub wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ustawy, to brak jest podstaw do zastosowania tego przepisu. W przedmiotowej sprawie Izba oceniła, że zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy było przedwczesne, gdyż zamawiający zaniechał zastosowania wobec odwołującego instytucji wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. W konsekwencji zatem zamawiający nie miał pewności, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, a to z kolei powodowało wadliwe zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy. Mając powyższe na uwadze należało nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2, 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 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) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci uiszczanego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz poniesionych przez odwołującego i udowodnionych fakturą VAT kosztów zastępstwa prawnego, nakazując zamawiającemu zwrot tych kosztów odwołującemu.

Przewodniczący: