

WYROK

z dnia 10 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2014 r. przez **wykonawcę: Perfector Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Nauki Kopernik z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności oceny ofert a także unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy : Perfector Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 11.1.2 SIWZ z zastosowaniem procedury określonej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Centrum Nauki Kopernik z siedzibą w Warszawie**
i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę: Perfector Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **Centrum Nauki Kopernik z siedzibą w Warszawie** na rzecz **wykonawcy: Perfector Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczanego wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Nauki Kopernik z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Świadczenie usług sprzątnia pomieszczeń budynku Centrum Nauki Kopernik w Warszawie, terenów do niego przyległych oraz biura Zamawiającego w Warszawie”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca Perfector Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 18 marca 2014 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp;
- 3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego od otwarcia ofert;
- 3) nakazanie Zamawiającemu ponowną ocenę ofert i zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

Odwołujący podkreślił w odwołaniu, że Zamawiający nie uznał złożonych przez Odwołującego wyjaśnień stwierdzając, że złożona oferta nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, określonego w pkt. 11.1.2 SIWZ, t.j. posiadania wiedzy i doświadczenia: wykazanie, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres

prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonali lub wykonują co najmniej dwie usługi, obejmujące swoim zakresem usługi sprzątania budynków o łącznej powierzchni nie mniej niż 20 000 m² i wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto. Zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami z dnia 4 marca 2014 r. Odwołujący szczegółowo poinformował Zamawiającego o warunkach i wartości realizowanych umów - zał. nr 3. Zamawiający nie podzielił stanowiska Odwołującego wykluczając go z postępowania. Wobec powyższego Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez niezastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do czego bezwzględnie był zobowiązany. Zgodnie z zapisem przytoczonego przepisu Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w wyznaczonym terminie nie złożyli wymaganych oświadczeń lub dokumentów albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Zamawiający nie uczynił koniecznej czynności i dokonał oceny ofert. Tym samym naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie przepisami ustawy Pzp. Zamawiający naruszył przepisy art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez niezastosowanie przepisów art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 12 marca 2014 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko wskazał, iż z postępowania wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. jednym z warunków udziału określonego przez Zamawiającego w pkt. 11.1.2 SIWZ, było posiadanie wiedzy i doświadczenia, tj. wykazanie, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonali lub wykonują co najmniej dwie (2) usługi, obejmujące swoim zakresem usługi sprzątania budynków o łącznej powierzchni nie mniej niż 20 000 m² i o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 złotych brutto (słownie: jeden milion złotych brutto) każda. W celu potwierdzenia spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający żądał, aby Wykonawcy złożyli: wykaz wykonanych lub wykonywanych usług, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane należycie. Odwołujący w celu potwierdzenia ww. warunku udziału w Postępowaniu, przedstawił „Wykaz usług wykonanych i wykonywanych”, w którym wykazał dwie usługi: • usługi porządkowe - sprzątanie budynków o powierzchni 21 000 m², wykonaną w okresie 01.09.2009 r do 30.04.2012 r., na rzecz Topex Sp. z o.o., Sp. k., ul. Pograniczna 2/4, 02-285 Warszawa, o wartości usług 1 384

032,00 PLN brutto; • usługa sprzątnięcia kompleksu budynków o powierzchni 45 829,11 m², umowa na okres 01.02.2014 r. do 31.01.2016 r., wykonywana na rzecz TVP SA, ul. J.P. Woronicza 17, 00-999 Warszawa, o wartości 3 624 807,27 PLN brutto. Zamawiający, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia, wezwał Wykonawcę, pismem z dnia 28 lutego 2014 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie wartości usług zrealizowanych w ramach świadczenia dla TVP S.A. w dniu złożenia oferty, wskazanego w poz. numer 2 wykazu usług wykonanych lub wykonywanych. Ze złożonych przez Odwołującego wyjaśnień wynika, iż wartość zrealizowanych usług, na dzień składania ofert wynosiła 0 złotych (słownie: zero złotych) z uwagi na fakt, iż znajdowała się we wczesnej fazie realizacji. W związku z powyższym Zamawiający uznaje, iż Wykonawca, mimo iż miał prawo wykazać posiadane doświadczenie za pomocą usług jeszcze niezakończonych, ze względu na ich wartość, nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt. 11.1.2 SIWZ. Zamawiający wyjaśnił, iż zgodnie z wyrokiem Głównej Komisji Orzekającej, z dnia 28 listopada 2011 r. sygn. nr BDF1/49GQ/98/104/RN~29/11/3056, w przypadku ustalania wartości usług niezakończonych, w przypadku ustalania ich wartości należy brać pod uwagę jedynie wartość usług już zrealizowanych. W przypadku usług ciągłych, ich należyte wykonanie należy oceniać pod względem wyłącznie zrealizowanej części umowy i w odniesieniu do zakresu faktycznie zrealizowanej części, porównując jej wartość i zakres do ustanowionego w SIWZ warunku. Oznacza to, że nie wystarczy powołać się na doświadczenie nabyte w wyniku realizacji umowy, której łączna wartość opiewa na kwotę wskazaną w SIWZ, jeżeli została zrealizowana w niewielkim stopniu. Konieczne jest wykazanie, że jej realizacja nastąpiła w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. W innym przypadku byłoby to posługiwanie się doświadczeniem na przyszłość, co jest niedopuszczalne. Według reguł znaczeniowych języka polskiego, doświadczenie to umiejętności oraz wiadomości zdobyte na podstawie obserwacji, przeżyć, wydarzeń. Doświadczenie wynika z określonych zdarzeń, które zaistniały w przeszłości, a nie ze zdarzeń przyszłych. Dodatkowo Zamawiający wyjaśnił, iż pewnego rodzaju usługi nie mogą zostać wykonane jednorazowo, w krótkim okresie czasu. Jeżeli zatem nie można wykonać czegoś na raz, to i nie można nabyć odpowiednio dużego doświadczenia w krótkim okresie czasu. Reasumując nie można posiadać doświadczenia o ile nie wykonało się jeszcze pewnego zakresu prac wynikającego z zawartych umów. Zatem zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę Perfector Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Perfector Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 19 marca 2014 r.

Następnie Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym postępowaniu żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zawierała m. in. następujące postanowienia:

11. Warunki udziału w Postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków 11.1. W Postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w Postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust 1 Ustawy dotyczące:

2. Posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. wykażą że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania Ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonali bądź wykonują co najmniej 2 (dwie) usługi, obejmujące swoim zakresem usługi sprzątnięcia budynków o łącznej powierzchni nie mniej niż 20 000 m² i o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 złotych brutto (słownie: jeden milion złotych brutto) każda.

Ponadto wraz z ofertą należało złożyć: Wypełniony Wykaz wykonanych lub wykonywanych usług, dalej „Wykaz Usług”, w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, opisanego w pkt 11.1.2) SIWZ, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania Ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców - zgodny z Załącznikiem Nr 7 do SIWZ. Do Wykazu Usług należało załączyć dowody potwierdzające, że zamówienia te zostały wykonane lub są wykonywane należycie, np.: listy referencyjne.

Zamawiający w dniu 27 stycznia 2014 r. udzielał odpowiedzi na zadane przez wykonawców pytania, w tym w szczególności na pytanie 22, na które wykonawcy uzyskali następującą odpowiedź: Zamawiający informuje, iż dokonuje modyfikacji treści Załącznika nr 7 do SIWZ w niżej wymienionym zakresie:

- Załącznik nr 7 do SIWZ – Wykaz Usług, kolumna nr 2 otrzymuje nową, następującą nazwę: „Przedmiot usługi z podaniem powierzchni budynków w m²”;
- Załącznik nr 7 do SIWZ – Wykaz Usług, kolumna nr 4 otrzymują nową, następującą nazwę: „Całkowita wartość brutto zrealizowanego zamówienia”.

W niniejszym postępowaniu ofertę złożył m. in. wykonawca Perfector Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający pismem z dnia 28 lutego 2014 r. wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym wykazu wykonanych lub wykonywanych usług, stanowiącego Załącznik numer 7 do SIWZ. W poz. numer 2 w/w wykazu, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, opisanego w pkt 11.1.2 SIWZ, wskazana została usługa nadal wykonywana, tj. w okresie od 01.02.2014 r. do 31.01.2016 r. (str. 6 oferty), o całkowitej wartości brutto 3 624 807,27 zł (słownie brutto: trzy miliony sześćset dwadzieścia cztery tysiące osiemset siedem złotych dwadzieścia siedem groszy). Z uwagi na charakter zamówienia, którego przedmiotem są usługi o charakterze ciągłym, w wykazie należało wskazać wartość usług już zrealizowanych. W związku z powyższym Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie wartości usług zrealizowanych w ramach świadczenia, wskazanego w poz. numer 2 wykazu usług wykonanych lub wykonywanych (strona numer 6 oferty - Załącznik numer 7 do SIWZ).

Odwołujący w dniu 5 marca 2014 r. – na wezwanie Zamawiającego – złożył stosowne wyjaśnienia, wskazując, że w poz. numer 2 wykazu usług stanowiącego Załącznik nr 7 do SPWZ omyłkowo została wpisana kwota na jaką opiewa kontrakt zamiast kwoty na jaką

został zrealizowany. Omyłka powstała na skutek błędnej interpretacji postanowień SIWZ. Zamawiający w treści SIWZ podał warunek z którego wynika że Wykonawca powinien zrealizować lub być w trakcie realizacji usługi o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 złotych brutto (jeden milion złotych brutto) bez zastrzeżenia na jaką kwotę na dzień składania ofert usługa winna być zrealizowana. Mimo faktu że przedmiotem zamówienia są usługi o charakterze ciągłym Zamawiający przyjął ponadto kryterium wielkość powierzchni budynku, a nie czas trwania zrealizowanych lub realizowanych usług. Jak wynika z załączonych dokumentów usługa wykazana w poz. numer 2 wykazu usług stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ na dzień składania ofert znajdowała się we wczesnej fazie realizacji tzn. przed zakończeniem pierwszego okresu (jednego z dwudziestu czterech) rozliczeniowego. Zatem należy przyjąć, że w poz. nr 2 wykazu usług stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ powinna zostać wpisana kwota „0” na dzień składania ofert. Natomiast na dzień składania wyjaśnień kwota ta wynosi: 151446,39 zł (brutto). Jednocześnie odnośnie zapisów SIWZ pkt. 11.1.2. cyt. *„Posiadania wiedzy i doświadczenia, t.j. wykaże że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania Ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonali bądź wykonują co najmniej 2 (dwie) usługi, obejmujące swoim zakresem usługi sprzątania budynków o łącznej powierzchni nie mniej niż 20.000 m² o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 złotych brutto (słownie: jeden milion złotych brutto) każda”,* Odwołujący podkreślił, że w jego ocenie Zamawiający w sposób wyraźny określił swoje żądanie jako otwarte tj. dopuścił potencjalnie wykonawców którzy wykonali (tj. zakończyli wykonywanie) 2 usługi lub są w trakcie ich wykonywania (usługi nie zakończone, trwające), o sumarycznej powierzchni dla 2 usług nie mniejszej niż 20 000 m². W zakresie wartości zamawiający dookreślił, że wartości zleceń nie mogą być mniejsze niż 1 mln zł dla każdej z usług oddzielnie. W jego ocenie w żądaniu spełnienia wymogu wartości nie dookreślono, że mają to być usługi zrealizowane (zakończone, zafakturowane), natomiast w wezwaniu zamawiający dookreśla, że z uwagi na charakter usług - ciągły w wykazie winny zostać wskazane usługi już zrealizowane. W jego opinii Zamawiający winien w sposób nie budzący, żadnych wątpliwości określać swoje wymagania na etapie poprzedzającym otwarcie ofert.

Zamawiający pismem z dnia 12 marca 2014 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Izba oceniając zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z ww. postępowania - wzięła pod uwagę następujące okoliczności:

Po pierwsze – co do rozumienia postanowień SIWZ, w tym przytoczonego warunku – Izba zgodziła się z Zamawiającym, iż wobec postanowień SIWZ w kolumnie czwartej załącznika nr 7 „całkowita wartość brutto zrealizowanego zamówienia” w przypadku usług ciągłych jeszcze nie zakończonych, należało wskazać wartość usług już zrealizowanych. Jak wskazał Zamawiający w przypadku usług ciągłych, ich należyte wykonanie należało oceniać pod względem wyłącznie zrealizowanej części umowy i w odniesieniu do zakresu faktycznie zrealizowanej części, porównując jej wartość i zakres do ustanowionego w SIWZ warunku. Wobec powyższego nie wystarczającym było powołanie się na doświadczenie nabyte w wyniku realizacji umowy, której łączna wartość opiewa na kwotę wskazaną w SIWZ, jeżeli została zrealizowana tylko w niewielkim stopniu, gdyż byłoby to posługiwanie się doświadczeniem na przyszłość. Nie ulega wątpliwości – na co wskazał Zamawiający – iż, zdobyte doświadczenie wynika z określonych zdarzeń, które zaistniały w przeszłości, a nie ze zdarzeń przyszłych. Zatem wobec wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, skoro usługa zawarta w poz. nr 2 nie została jeszcze wykonana - gdyż jej realizacja została rozpoczęta dopiero w dniu 1 lutego 2014 r. - nie może ona potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w punkcie 11.1 ppkt 2 SIWZ.

Niezależnie od powyższego – co jest bezsporne - Zamawiający wezwał Odwołującego jedynie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jednocześnie nie korzystając z procedury określonej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba przywołuje w tym zakresie treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wzywa wykonawców, w którzy określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą 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.

Biorąc pod uwagę przywołaną powyżej dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie ma racji Zamawiający opierając wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, arbitralnie zakładając, że Odwołujący postawionego warunku nie spełnia. Należy pamiętać, iż wezwanie wykonawcy do złożenie wyjaśnień nie zwalnia Zamawiającego – wobec stwierdzenia po złożonych wyjaśnieniach, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu – od obowiązku wystąpienia do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Podkreślić należy, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp formułuje po stronie Zamawiającego bezwzględny obligatoryjny obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, niezależnie od trybu w jakim toczy się postępowanie oraz od szans wykonawcy na uzyskanie zamówienia, a wyjątkiem jest jedynie sytuacja, w której mimo uzupełnienia dokumentów istniałby obowiązek odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania. Ponadto należy również jednoznacznie stwierdzić, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczy nie tylko sytuacji nieprzedłożenia żadnego dokumentu czy złożenia dokumentów zawierających wady formalne, ale każdej sytuacji niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem Zamawiający nie jest uprawniony zamiennie – dowolnie wobec swego uznania – stosować procedury przewidziane w art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 ustawy Pzp. Należy pamiętać, że czynność wykluczenia z postępowania może nastąpić jedynie po uprzednim obligatoryjnym wezwaniu wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, a dopiero niepotwierdzenie spełniania warunków po wezwaniu przez Zamawiającego uprawnia go do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Niezależnie czy wykonawca jest w stanie wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz czy posiada wymagane specyfikacją dokumenty wykonawca ma gwarantowaną prawem możliwość ich uzupełnienia, w zakresie, w jakim potwierdzają one spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Na skutek wezwania może więc, potwierdzić, spełnienie warunków udziału w postępowaniu, bądź nie. Jednak Zamawiający nie jest zwolniony z zastosowania procedury wzywania do uzupełnienia, za wyjątkiem sytuacji przewidzianych w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dlatego też nawet jeśli z przedłożonych wraz z ofertą dokumentów wynika, że wykonawca nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku, nie można arbitralnie wykluczyć, że wykonawca jest w posiadaniu innych niż przedłożonych wraz z ofertą dokumentów, które potwierdzają spełnienie postawionego warunku. Wykonawca może również potwierdzić spełnianie

warunku innym, nieprzedstawionym wcześniej dokumentem (czy też niewykazanym doświadczeniem). Ponadto wobec treści art. 26 ust. 2 b) ustawy Pzp – czego również nie można wykluczać – wykonawca może polegać na potencjale podmiotów trzecich. Taki zakres uzupełnienia został przewidziany w ustawie i nie powoduje naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponadto niezastosowanie przez Zamawiającego w niektórych wybranych przez niego sytuacjach procedury przewidzianej dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp prowadzić może do dowolności w ocenie czy wykonawca de facto jest w stanie wykazać się spełnianiem warunków udziału a uzależnianie od tego możliwości stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp prowadzić może w konsekwencji do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji.

Wobec powyższego w świetle dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcę do uzupełnienia brakujących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału, a wykonawca ma prawo w sposób przewidziany w ustawie dowieść, że warunki udziału w postępowaniu spełnia. Gdyby na skutek wezwania to wykazał i przedłożył wymagane dokumenty, jego oferta powinna zostać poddana dalszemu badaniu i ocenie.

Ponadto na marginesie zasadnym wskazanie jest Zamawiającemu – za wyrokiem KIO z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1971/09 oraz KIO/UZP 1980/09 – iż „(...) *bezwzględny obowiązek Zamawiającego, w przypadku wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów, jest zawsze dokładne opisanie dlaczego Zamawiający uznał dokument za wadliwy lub niepełny i w jaki sposób oczekuje, iż wykonawca usunie stwierdzone uchybienie (...). Wezwanie Zamawiającego z dnia 17 listopada 2009 r. nie zawiera enumeratywnie wymienionych braków w wykazie osób Odwołującego B. samo żądanie uzupełnienia, polega jedynie na przytoczeniu treści odnośnych wymagań zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu, i to w sposób niepełny, ponieważ Zamawiający pominął przytoczenia ewidentnie niespełnionego w pierwszym spełnionym wykazie tego wykonawcy, warunku legitymowania się przez wymienione osoby minimum 3 letnim doświadczeniem zawodowym w danej dziedzinie. Wezwanie należy uznać za nieprecyzyjne, ograniczające się do wykazania sposobu spełniania wymagań, bez przywołania stosownego warunku udziału, dla którego zostały ustanowione. Bez względu na sposób odczytania tych wymagań i prawidłowości ich wypełnienie przez innych uczestników tego postępowania, wykonawcy zawsze przysługuje uprawnienie, aby został wezwany do uzupełnienia wadliwego lub złożenia brakującego dokumentu, z grupy wskazanej w art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.*” Zatem wezwanie do uzupełnienia brakujących

dokumentów, musi być na tyle precyzyjne, aby wykonawca wiedział, w jakiej części nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku udziału.

W konsekwencji wobec potwierdzenia się zarzutu przedwczesnego wykluczenia Odwołującego z postępowania – wobec niezastosowania procedury przewidzianej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności oceny ofert, a także unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwaniu wykonawcy: Perfactor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 11.1.2 SIWZ z zastosowaniem procedury określonej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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:

.....