

Sygn. akt: KIO 1429/15

WYROK

z dnia 20 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 lipca 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2015 r. przez **HYDROWODKAN Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Infrastruktury Miejskiej w Słupsku,**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz powtórzenie czynności oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;**
2. Kosztami postępowania obciąża **Zarząd Infrastruktury Miejskiej w Słupsku** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Zarządu Infrastruktury Miejskiej w Słupsku** na rzecz **HYDROWODKAN Sp. z o.o.** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 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 **Stupsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Infrastruktury Miejskiej w Słupsku – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Utrzymanie separatorów oraz kanalizacji deszczowej zlokalizowanej w pasach drogowych na terenie miasta Słupska.*

W dniu 6 lipca 2015 r. wykonawca HYDROWODKAN Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 6 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1, art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 25 czerwca 2015 r. dokonał wyboru – jako najkorzystniejszej – oferty złożonej przez R. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe WIGOR R. D. . Jednocześnie Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 w związku z art. 22 ust. 1 oraz na podstawie art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, z uwagi na to, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia. W uzasadnieniu czynności wykluczenia Zamawiający podał: *Dokonując zatem oceny oferty nr 1 oraz przedłożonych dokumentów zdaniem Zamawiającego Wykonawca nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia poprzez nieudokumentowanie, iż na dzień składania ofert:*

- *osoba sprawująca funkcję w zarządzie Spectare Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Obrońców Tobruku 25/144, 01-494 Warszawa (podmiot, na zasoby którego Wykonawca się powołuje w zakresie wiedzy i doświadczenia, i będzie on brał udział w części zamówienia jako podwykonawca) nie była karana,*
- *w stosunku do Spectare Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Obrońców Tobruku 25/144, 01-494 Warszawa nie otwarto likwidacji lub nie ogłoszono jej upadłości.*

Dodatkowo Zamawiający stwierdził, że: *Wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp polegał na zasobach innego podmiotu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i podmiot ten będzie brał udział w realizacji części zamówienia, nie przedstawił w odniesieniu do tego podmiotu dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia. Na Wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne spoczywa ciężar udowodnienia, iż spełnia warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz nie podlega wykluczeniu z powodów wskazanych w art. 24*

ust. 1 ustawy Pzp. Zatem to obowiązkiem Wykonawcy jest złożenie prawidłowych i kompletnych dokumentów, z których jednoznacznie wynikać będzie spełnienie wymaganych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. W niniejszym zamówieniu Wykonawca nie załączając pierwotnie do oferty niezbędnych dokumentów, wziął na siebie ryzyko, że w przypadku uzupełnienia musi złożyć dokumenty prawidłowe, inaczej bowiem podlegał będzie wykluczeniu z postępowania, ponieważ nie będzie mu dana kolejna – trzecia – szansa na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający błędnie ocenił jego ofertę oraz bezpodstawnie ją odrzucił, co skutkowało bezprawnym wykluczeniem Odwołującego z postępowania i w dokonaniem błędnego wyboru najkorzystniejszej oferty. Jest rzeczą bezsporną, że jedynym powodem wykluczenia Odwołującego się z postępowania było rzekomo niewłaściwe złożenie przez niego na wezwanie Zamawiającego o uzupełnienie dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie wymogów opisanych w rozdziale VIII w pkt .4 i pkt 8 SIWZ. Zamawiający uznał uzupełnione dokumenty prawdopodobnie za niewystarczające i ofertę odrzucił (nie przedstawiając na tę okoliczność szczegółowego i konkretnego uzasadnienia), z wyjątkiem stwierdzenia, że Wykonawca wprowadził inny podmiot trzeci, tj. Spectare Sp. z o.o. w Warszawie, który przedłożył niewłaściwą informację z KRS ze stanem na dzień 08.06.2015 r. (zamiast ze stanem na dzień 19.05.2015 r.), a także nie dołączył wymaganego zaświadczenia o niekaralności pana A. M. – drugiego członka zarządu spółki upoważnionego do jej reprezentacji.

Odwołujący wskazał, że jedynym uzasadnionym powodem wykluczenia Odwołującego z postępowania przetargowego były zdaniem Zamawiającego dwa braki formalne dotyczące dokumentacji przedłożonej przez podmiot trzeci, tj. Spectare Sp. z o.o., na której zasoby w zakresie doświadczenia rzekomo powoływał się Odwołujący.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego Odwołujący przyznał, że istotnie dokumentacja dotycząca spółki Spectare zawiera uchybienia, jednakże nie mają one żadnego znaczenia dla prawidłowej oceny treści całej oferty oraz treści odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 17 czerwca 2015 r., ponieważ Odwołujący w sposób należyty wykazał spełnienie wszelkich wymogów zawartych w SIWZ, jak również wykazał brak podstaw do wykluczenia go z postępowania w oparciu o przepisy ustawy Pzp, w szczególności w art. 24 ust. 1 tej ustawy. Za prawidłowością takiego rozumowania Odwołującego przemawia fakt, iż podmiot trzeci, tj. Spectare Sp. z o.o., został jedynie dodatkowo wskazany przez Odwołującego z „ostrożności procesowej”, gdyby z jakichś względów niewystarczające były właściwości samego Odwołującego, czy innych wcześniej wskazanych podmiotów trzecich (i nie wycofanych z tego postępowania w świetle

oświadczenia zawartego w piśmie uzupełniającym przez Odwołującego dokumentację z dnia 17 czerwca 2015 r.), co w niniejszej sprawie okazało się zbyteczne, gdyż Odwołujący wraz z firmami EKOS Poznań i INODRUK Sp. z o.o. spełniał wszystkie warunki i nie było potrzeby odwoływania się do zasobów Spectare.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający przy ocenie oferty Odwołującego wadliwie całą uwagę skupił na kwestiach formalnych związanych z załączonymi dokumentami, natomiast bezzasadnie przyjął kwestię spełnienia wymogów zawartych w SIWZ, które jednoznacznie potwierdzają zasadność twierdzeń Odwołującego o prawidłowości i ważności jego oferty. W ocenie Odwołującego, nie można mówić o zaistnieniu okoliczności usprawiedliwiającej wykluczenie Odwołującego z postępowania przetargowego z tego względu, że nie wykazał spełnienia warunków udziału w tym postępowaniu.

Odwołujący załączył do odwołania zestawienie potwierdzające spełnienie przez niego (oraz dwa inne podmioty, co do których Zamawiający nie miał żadnych zastrzeżeń) warunków dotyczących doświadczenia, potencjału technicznego oraz personelu kierowniczego.

Odwołujący wskazał, iż ma świadomość, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący i jeżeli wykonawca złoży dokumenty nieodpowiadające wymaganiom Zamawiającego, a więc niepotwierdzające warunków udziału w postępowaniu, to w przypadku błędu pozbawia się możliwości ponownego skorzystania z dobrodziejstwa art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższa teza nie przeczy jednak twierdzeniu, że Zamawiający nie może wykluczyć z postępowania wykonawcy lub odrzucić oferty nie mając absolutnej pewności co do odpowiedniego wykazania lub niewykazania spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. W niniejszej sprawie, jak wyżej wykazano, zarzuty Zamawiającego dotyczyły jedynie firmy Spectare, a skoro bez zasobów tego podmiotu Odwołujący i tak spełnia wszystkie wymogi, to oczywistym jest, że nie może być wykluczony z tego postępowania, a jego oferta odrzucona.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w postępowaniu przetargowym nie może naruszać naczelną zasadę postępowania przetargowego uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), jak również działać sprzecznie z innymi uregulowaniami prawnymi. Naruszenie przepisów, których dopuścił się Zamawiający może mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta Odwołującego się przy ponownej czynności Zamawiającego (ocena ofert) może być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty R. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe WIGOR R. D.,

unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania i uznania oferty Odwołującego za ważną, dokonanie ponownej czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentu dołączonego do odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem VII pkt 2.2 SIWZ, Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania, że posiadają wiedzę i doświadczenie, a za spełnienie warunku Zamawiający uzna udokumentowanie wykonania, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywania usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej:

a) jednej usługi prowadzonej w ruchu ulicznym, która była lub jest realizowana przez okres ciągle trwający co najmniej 12 miesięcy, obejmującej co najmniej:

- czyszczenie, udrażnianie sieci kanalizacji deszczowej o wartości minimum 170.000 zł brutto rocznie,
- czyszczenie separatorów wraz z osadnikami o wartości minimum 170.000 zł brutto rocznie,
- usuwanie awarii, remonty na sieci kanalizacji deszczowej o wartości minimum 150.000 zł brutto rocznie,

lub

b) jednej usługi prowadzonej w ruchu ulicznym, która była lub jest realizowana przez okres ciągle trwający co najmniej 12 miesięcy, obejmującej czyszczenie, udrażnianie sieci kanalizacji deszczowej o wartości minimum 170.000 zł brutto rocznie i jednej usługi, która była lub jest realizowana przez okres ciągle co najmniej 12 miesięcy, obejmującej czyszczenie separatorów wraz z osadnikami o wartości minimum 170.000 zł brutto rocznie i jednej usługi prowadzonej w ruchu ulicznym, która była lub jest realizowana przez okres ciągle trwający co najmniej 12 miesięcy, obejmującej usuwanie awarii, remonty na sieci kanalizacji deszczowej o wartości minimum 150.000 zł brutto rocznie.

W rozdziale VIII pkt 8 SIWZ Zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te

będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia.

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia Odwołujący przedstawił wraz z ofertą wykaz wykonanych lub wykonywanych usług, w którym przedstawił następujące usługi:

- 1) Eksploatacja i konserwacja sieci kanalizacji deszczowej, rowów melioracyjnych, przepompowni wód opadowych i studni na terenie miasta Olsztyna, wykonana przez Odwołującego na rzecz Urzędu Miasta Olsztyn w terminie od 22.03.2011 r. do 31.12.2013 r.; wartość czyszczenia, udrażniania sieci kanalizacji deszczowej wyniosła według wykazu 3.069.520,00 zł;
- 2) Awaryjne naprawy i regulacje wysokościowe włączów studni kanalizacji deszczowej i wpustów ulicznych, wykonane przez PHU KASIL A. L. na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Poznaniu w okresie 02.01.2013-31.12.2013; wartość usług usuwania awarii i remontów na sieci kanalizacji deszczowej wyniosła 77.975,00 zł;
- 3) Przegląd i czyszczenie układów podczyszczania ścieków deszczowych zlokalizowanych w ciągu dróg krajowych województwa wielkopolskiego, wykonane przez Ekos Sp. z o.o. na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, w okresie 2010-2012; wartość usług przeglądu i czyszczenia układów podczyszczania ścieków deszczowych wyniosła 276.427,89 zł.

Do wykazu Odwołujący załączył referencje i zobowiązania (kserokopie) o oddania do jego dyspozycji zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, tj.:

- zobowiązanie KASIL Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe, zgodnie z którym formą udostępnienia zasobów będzie podwykonawstwo,
- zobowiązanie Ekos Poznań Sp. z o.o., zgodnie z którym formą udostępnienia zasobów będzie podwykonawstwo,

W dniu 11 czerwca 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia m.in. wykazu głównych usług. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że:

- W poz. 1 wykazu wskazano jedynie łączną kwotę brutto na usługę obejmującą swoim zakresem poza eksploatacją i konserwacją sieci kanalizacji deszczowej, również eksploatację i konserwację rowów melioracyjnych, przepompowni wód opadowych i studni. Nie wyszczególniono kwoty na „czyszczenie, udrażnianie sieci kanalizacji

deszczowej”. Wobec tego wykazana usługa nie potwierdza wykonania czyszczenia, udrażniania sieci kanalizacji deszczowej o wartości minimum 170.000 zł rocznie brutto.

- W poz. 2 wykazu wskazana jest usługa wykonana przez podmiot trzeci dot. awaryjnych napraw i regulacji wysokościowych włączów studni kanalizacji deszczowej i wpustów ulicznych o wartości 77.975,00 zł. Wskazana została łączna kwota brutto na usługę obejmującą poza awaryjnymi naprawami również regulację wysokościową włączów studni kanalizacji deszczowej i wpustów ulicznych. Zatem wyszczególniona kwota w wysokości 77.975,00 jest zdecydowanie niższa od wymaganej przez Zamawiającego (minimum 150.000 zł brutto rocznie).
- W poz. 3 wykazu wskazana jest usługa wykonana przez podmiot trzeci, dot. przeglądu i czyszczenia układów podczyszczania ścieków deszczowych zlokalizowanych w ciągu dróg krajowych województwa wielkopolskiego, która była realizowana od 2010 do 2012 r. o wartości 276.427,89 zł. Usługa ta nie zawiera wprost czyszczenia separatorów wraz z osadnikami. Zdaniem Zamawiającego wskazane układy podczyszczania ścieków deszczowych to nie tylko separatory, ale również piaskowniki i kraty. Jednocześnie wskazano kwotę łącznie za lata 2010-2012, która to kwota nie spełnia wymogu Zamawiającego. Nadto okres realizacji zamówienia określony ogólnie w latach 2010-2012 jest terminem dłuższym od wymaganego, bowiem usługi powinny być zrealizowane nie później niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert (przed 19 maja 2015 r.). Ponadto z referencji nie wynika potwierdzenie prawidłowego wykonania usługi, a jedynie, że „nie zanotowano zaniedbań i zachowań niezgodnych z treścią warunków umowy oraz przyjętymi standardami”.

Ponadto Zamawiający wezwał do uzupełnienia oryginałów zobowiązań do udostępnienia zasobów, w tym wiedzy i doświadczenia, tj. zobowiązania A. L. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe KASIL A. L. oraz zobowiązania Ekos Poznań Sp. z o.o. Zamawiający wezwał również Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wskazanych w rozdz. VII SIWZ pkt 4 i 5, dotyczących braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp podmiotów, na których potencjał się powołuje, a które będą brały udział w wykonywaniu zamówienia, w tym: A. L. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe KASIL A. L., Ekos Poznań Sp. z o.o.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przedstawił m.in. poprawiony i uzupełniony wykaz robót wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, gdzie w kolumnie 5 wskazano wartości wykonanych robót z podziałem na zadania objęte zamówieniem. Odwołujący przedstawił również opis nowego wykazu, wskazując, że:

- w części robót związanych z eksploatacją separatorów wykonawca wskazał podwykonawcę EKOS Sp. z o.o. i przedstawił nową referencję spełniającą kryteria zamawiającego (wartość robót w okresie 12 miesięcy przekracza kwotę 170.000 zł brutto i obejmuje m.in. czyszczenie separatorów wraz z osadnikami; w tej części wykonawca zrezygnował z udziału firmy PORTKA Sp. z o.o., gdyż wskazany sprzęt niezbędny do wykonania tej usług jest w posiadaniu podanego podwykonawcy;
- w części dotyczącej czyszczenia sieci, udrażniania sieci deszczowej o wartości minimum 170.000 zł brutto wykonawca wskazał własną referencję z ZDM Poznań, obejmującą wyłącznie czyszczenie kanalizacji deszczowej.
- w części dotyczącej czyszczenia sieci, udrażniania sieci deszczowej wykonawca wskazał dodatkowe poświadczenie z UM Olsztyna wraz z własnym oświadczeniem, że zakres robót obejmował m.in. zarówno udrażnianie jak i czyszczenie sieci kanalizacji deszczowej o wartości przekraczającej kwotę 170.000 zł.
- w części dotyczącej usuwania awarii i remontów na sieci kanalizacji deszczowej wykonawca wskazał własną referencję (poświadczenie wystawione przez UM Olsztyn) wraz z oświadczeniem, że w ramach umowy wykonano remonty awaryjne kanalizacji deszczowej w ulicach m. Olsztyna o wartości 150.000 zł; jednocześnie wykonawca poinformował, że jedynie z ostrożności wskazuje jako podwykonawcę firmę Spectare Sp. z o.o., która wykonała usługę polegającą na wykonaniu remontów na sieci kanalizacji deszczowej miasta Białystok, z czego część przypadająca na wykonanie robót w trybie awaryjnym przekraczała wymaganą kwotę 150.000 zł; części dot. usuwania awarii, remontów na sieci kanalizacji deszczowej zrezygnowano z udziału podwykonawcy KASIL.

W dniu 25 czerwca 2015 r. Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania. Uzasadniając tę czynność Zamawiający podał, że wykonawca, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego, powołał się na zasoby innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia jako podwykonawcy. Zamawiający wskazał, że badając ofertę Odwołującego stwierdził, iż wśród złożonych do oferty oświadczeń i dokumentów brak jest jakichkolwiek oświadczeń i dokumentów dotyczących tych podmiotów dla wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z powyższym

Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia oświadczeń i dokumentów szczegółowo wskazanych i opisanych w rozdziale VIII pkt 4 SIWZ, dotyczących wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotów, na których zasoby powołał się wykonawca. Zamawiający wskazał, że Odwołujący, odpowiadając na wezwanie, złożył dokumenty, z których wynika, że wykonawca zrezygnował z polegania na wiedzy i doświadczeniu podmiotów: A. L. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe KASIL A. L. oraz PORTKA Sp. z o.o. i tym samym podmioty te nie będą brały udziału w części wykonywania zamówienia jako podwykonawcy. Jednocześnie Wykonawca wprowadził inny podmiot trzeci, tj. Spectare Sp. z o.o., na zasobach którego polega w zakresie wiedzy i doświadczenia i który będzie uczestniczył w wykonywaniu części zamówienia jako podwykonawca.

Zamawiający wskazał, że wykonawca na dowód braku podstaw do wykluczenia podmiotu SPECTARE Sp. z o.o. przedłożył m.in. Informację Krajowego Rejestru Sądowego ze stanem na dzień 8 czerwca 2015 r., czyli nieaktualnym na dzień składania ofert, tj. 19 maja 2015 r. (wykazuje stan na okres późniejszy niż dzień otwarcia ofert). Zatem informacja z Krajowego Rejestru Sądowego potwierdzała stan na dzień po upływie terminu składania ofert. W żadnym z uzupełnionych dokumentów nie było wzmianki, że dotyczy stanu z daty innej niż data wydania, dlatego nie mogła być uwzględniona. Wykonawca był obowiązany złożyć wraz z ofertą zaświadczenie dotyczące niekaralności każdej osoby fizycznej będącej członkiem zarządu tej Spółki, czyli o osobach: M. W. i A. M. w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i 10-11 ustawy Pzp. Wykonawca w złożonych w ramach uzupełnienia dokumentach zamieścił tylko zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego, które poświadcza, że na dzień 19 grudnia 2014 r. na podstawie bazy danych nie odnotowano przeszłości karnej Pana M. W. . Brak jest zaś zaświadczenia niekaralności Pana A. M. . Wobec tego Wykonawca nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia poprzez nieudokumentowanie, iż na dzień składania ofert:

- osoba sprawująca funkcję w zarządzie Spectare Sp. z o.o. nie była karana,
- w stosunku do Spectare Sp. z o.o. nie otwarto likwidacji lub nie ogłoszono jej upadłości.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez

Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Biorąc pod uwagę dokumenty przedstawione przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z 11 czerwca 2015 r. oraz dokonaną przez Zamawiającego ocenę wyrażoną w uzasadnieniu czynności wykluczenia z dnia 25 czerwca 2015 r. Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wskazanym przez Zamawiającego jako podstawa prawna czynności wykluczenia, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Z przedstawionej przez Zamawiającego na piśmie oceny wynika, że jedyną przyczyną wykluczenia Odwołującego z postępowania było nieprzedłożenie kompletnych i prawidłowych dokumentów potwierdzających, że spółka Spectare nie podlega wykluczeniu z postępowania. Wadliwość dokumentów dotyczących tego podmiotu jest okolicznością bezsporną, zauważyć jednak należy, że Odwołujący, uzupełniając dokumenty na wezwanie Zamawiającego powołał się na własne doświadczenie w zakresie usuwania awarii i remontów na sieci kanalizacji deszczowej, przedstawiając nowy wykaz z nowym opisem usługi wykonanej na rzecz miasta Olsztyn i wyjaśnienia do tego wykazu. Odwołujący próbował wykazać ten element wymaganego doświadczenia właśnie przede wszystkim tą usługą, o czym świadczy fakt, iż wskazał Zamawiającemu, że na potencjał spółki Spectare powołuje się tylko z ostrożności. Tymczasem Zamawiający de facto nie ocenił nowego wykazu (nie przedstawił tej oceny Odwołującemu), ograniczając się wyłącznie do oceny dokumentów dotyczących spółki Spectare. W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający w najmniejszym nawet stopniu nie odniósł się do tego, dlaczego doświadczenie własne Odwołującego uznał za niewystarczające. Dopiero podczas rozprawy przed Izbą Odwołujący dowiedział się, że – zdaniem Zamawiającego – bez potencjału spółki Spectare nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Podkreślić należy, że po uzupełnieniu dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający dysponował nowymi dokumentami w postaci wykazu ze zmienionym opisem usługi i wyjaśnieniami Odwołującego i był zobowiązany poddać je ocenie, bowiem miały one nową treść w stosunku do tej zakwestionowanej w wezwaniu do uzupełnienia. Nie zwalnia z tego obowiązku fakt, że treść referencji dotycząca usług wykonanych na rzecz Urzędu Miasta Olsztyna była tożsama z referencjami przedłożonymi wraz z ofertą. Referencje te zostały przedstawione na potwierdzenie należytego wykonania usługi, co do której zakresu i wartości wykonawca przedstawił nowe oświadczenie. Zatem całościowy kształt dokumentów powinien zostać poddany ocenie, a jeśli

w treści referencji Zamawiający upatrywał braków lub wad, to miał obowiązek poinformować o tym wykonawcę i wyjaśnić motywy swojej decyzji.

Zatem czynność wykluczenia Odwołującego była niezgodna z przepisami ustawy Pzp przez sam fakt nieoceny wszystkich uzupełnionych dokumentów (bądź nieprzedstawienia wyników tej oceny i jej uzasadnienia faktycznego). Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający ma bezwzględny obowiązek podania uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na Zamawiającego obowiązek podania wykonawcom pełnych podstaw faktycznych wykluczenia jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania wyczerpującej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn wykluczenia. Uzasadnienie faktyczne wykluczenia wykonawcy musi przedstawiać wszystkie przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby wykonawca miał możliwość ustosunkowania się do wskazanych przez Zamawiającego uchybień.

Stanowczego podkreślenia wymaga, że wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w złożonych dokumentach. W niniejszej sprawie, na podstawie uzasadnienia wykluczenia, Odwołujący nie powziął wiedzy, w jakim zakresie i z jakich przyczyn doświadczenie wskazane w uzupełnionych dokumentach okazało się niewystarczające. Jediną okolicznością, o jakiej Odwołujący się dowiedział, to braki w dokumentach dotyczących spółki Spectare.

W związku z nieprzekazaniem przez Zamawiającego oceny wszystkich złożonych dokumentów, Odwołujący, podejmując decyzję o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej, nie miał wiedzy co do podstaw wykluczenia go z postępowania. Nie wiedział na przykład, czy Zamawiający pominął przez przeoczenie inne usługi wskazane w wykazie, czy też poddał je analizie i ocenił negatywnie z sobie tylko znanych powodów. Gdyby Odwołujący miał pełną wiedzę co do przyczyn wykluczenia go z postępowania, mógłby się do nich rzeczowo odnieść, nie wiadomo również, czy w ogóle zdecydowałby się na skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Tymczasem Odwołujący dowiedział się o przyczynach wykluczenia go z postępowania dopiero podczas rozprawy przed Izbą, dopiero wówczas bowiem Zamawiający wyartykułował ocenę, zgodnie z którą wykonawca nie posiada własnego doświadczenia w zakresie usuwania awarii i remontów na sieci kanalizacji deszczowej (i przedstawił zastrzeżenia co do zakresu przedmiotowego zrealizowanego przez wykonawcę zadania w kontekście treści referencji z Urzędu Miasta Olsztyna).

Z uwagi na powyższe, odwołanie podlega uwzględnieniu, niezależnie od tego, czy ocena uzupełnionych dokumentów przedstawiona przez Zamawiającego na rozprawie jest prawidłowa. Przedmiotem rozstrzygnięcia Izby nie mogła być bowiem prawidłowość wykluczenia wykonawcy z przyczyn, o których został on poinformowany dopiero w toku rozprawy i których nie mógł objąć wniesionym odwołaniem. Nie można też wymagać od wykonawcy, by dowiedziawszy się dopiero podczas rozprawy o ocenie Zamawiającego, podjął bez przygotowania polemikę z tą oceną. Dlatego też, na mocy niniejszego wyroku, Zamawiający zobowiązany jest do dokonania oceny wszystkich przedstawionych przez Odwołującego dokumentów i zawiadomienia go o wynikach tej oceny wykonawcy, w tym – w przypadku uznania, że spełnianie warunku nie zostało wykazane – do przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego. Tak dokonana i przedstawiona ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, dająca wykonawcy pełną wiedzę na temat stanowiska Zamawiającego, będzie mogła być zakwestionowana przez wniesienie odwołania.

Wobec stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w stopniu mogącym mieć wpływ na wynik postępowania, odwołanie podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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: