

Sygn. akt: KIO 2023/15

WYROK
z dnia 24 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2015 r. przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **K. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KBUD K. Ł.**, ul. H.Probusa 18, 55-110 Prusice oraz **Przedsiębiorstwo Budowlano Doradcze MUR-BETON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Zduńskiej Woli przy ul. Sportowej 4A, 98-220 Zduńska Wola

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska w Krakowie** ul. Pl. Szczepański 5, 31-011 Kraków

przy udziale

wykonawcy **Firmy Budowlanej Anna-Bud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Bilczy przy ul. Marmurowej 60, Bilcza, 26-026 Morawica zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 11 września 2015 r., tj. wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie KBUD K. Ł. i Przedsiębiorstwo Budowlano Doradcze MUR-BETON Sp. z o.o. i nakazuje wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie KBUD K. Ł. i Przedsiębiorstwo Budowlano Doradcze MUR-BETON Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu opisanych w rozdziale IX pkt 2.1, 3.2.5, 3.2.1 lub 3.2.2 siwz.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska w Krakowie i:**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie KBUD K. Ł., Prusice oraz Przedsiębiorstwo Budowlano Doradcze MUR-BETON Spółka z o.o. z siedzibą w Zduńskiej Woli tytułem wpisu od odwołania.

2.2 Zasądza od Zamawiającego – Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska w Krakowie na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie KBUD K. Ł., Prusice oraz Przedsiębiorstwo Budowlano Doradcze MUR-BETON Spółka z o.o. z siedzibą w Zduńskiej Woli kwotę **13.998 zł 88 gr.** (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem, wynagrodzeniem pełnomocnika oraz kosztami dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Krakowie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska w Krakowie, w trybie przetargu nieograniczonego na *budowę budynku laboratorium dla Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska w Krakowie i Krajowego Laboratorium Referencyjnego i Wzorcującego Głównego Inspektoratu Ochrony Środowiska z siedzibą w Krakowie w II etapach* (nr postępowania: SZ.272.4.2015), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 sierpnia 2015 r., poz. 202842, wobec czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegający się o zamówienie KBUD K. Ł. i Przedsiębiorstwo Budowlano Doradcze MUR-BETON Sp. z o.o. i odrzucenia ich oferty, w dniu 15 września 2015 r. zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2023/15).

Informację o czynności stanowiącej podstawę odwołania Zamawiający przekazał wykonawcom wnoszącym odwołanie w dniu 11.09.2015 r. (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz podstawie wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty), faksem.

Do postępowania odwoławczego przystąpił w dniu 18.09.2015 r. po stronie Zamawiającego wykonawca, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą – Firma Budowlana Anna-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Bilczy.

Odwołujące konsorcjum zarzuciło Zamawiającemu dokonanie czynności z naruszeniem przepisów Ustawy, tj. art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1, do jakich doprowadziło zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, bezpodstawne wykluczenie go z postępowania oraz odrzucenie jego oferty, których skutkiem było wskazanie jako najkorzystniejszej oferty AB Anna-Bud Sp. z o.o.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia Odwołującego z postępowania, odrzucenia oferty Odwołującego i dokonania ponownego badania ofert, w tym wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy.

W uzasadnieniu podstawy faktycznej zarzutów, Odwołujący wskazał na zawiadomienie z dnia 11 września 2015 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty. Zamawiający uznał, iż załączone do oferty dokumenty zawierają błędy i nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu:

1. Opisanego w rozdziale IX pkt 3.2.5 siwz w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (osobą do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych);

2. Opisanego w rozdziale IX pkt 2.1. siwz w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem (wykonania roboty budowlanej polegającej na budowie, przebudowie lub rozbudowie budynku o powierzchni użytkowej co najmniej 3000 m², w którym zlokalizowano laboratorium);
3. Opisanego w rozdziale IX pkt 3.2.1 i 3.2.2 siwz w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (osobami do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu i kierownika budowy).

Zamawiający nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia poprawnych dokumentów w zakresie wskazanym w pkt 1 i 2, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, do czego był zobowiązany, tylko wykluczył Odwołującego z postępowania. Ponieważ Odwołujący nie mógł być wykluczony w postępowaniu przed wezwaniem do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy, również odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy było bezpodstawne. Równocześnie Odwołujący wskazał, iż art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy nie mógł mieć zastosowania w postępowaniu jednoetapowym, w którym przy wykluczeniu z postępowania znajduje zastosowanie art. 24 ust. 4 Ustawy.

W zakresie podstawy wykluczenia dotyczącej braku wykazania spełnienia warunku opisanego w rozdziale IX pkt 3.2.1 i 3.2.2 siwz (pkt 3), Odwołujący wskazał, iż stanowisko Zamawiającego jest niezgodne z treścią siwz, w której nie zaznaczył, iż do pełnienia funkcji inżyniera kontraktu oraz i kierownika budowy nie może być wyznaczona ta sama osoba, mimo spełnienia przez nią wymagań postawionych w siwz dla obu funkcji. Obie funkcje w zakresie umocowania względem wykonawcy są bardzo zbliżone zgodnie z par. 3 ust. 2 wzoru umowy – inżynier kontraktu jest pełnomocnikiem wykonawcy umocowanym do reprezentowania i składania oświadczeń w jego imieniu, a kierownik budowy działa w imieniu i na rachunek wykonawcy. Z punktu podziału ról w procesie budowlanym, nie było konieczne zgłaszanie dwóch osób.

Stanowisko Izby

Izba na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 24 września 2015 r. uznała, iż nie zachodzą przeszkody formalne uniemożliwiające rozpoznanie merytoryczne zarzutów i skierowała odwołanie na rozprawę, do udziału w której dopuszczony został wykonawca - Firma Budowlana Anna-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Bilczy, który w terminie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst

jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Skutkiem zaskarżonych czynności było wykluczenie Odwołującego z postępowania i przeprowadzenie oceny ofert z pominięciem oferty Odwołującego (odrzuconej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy). Odwołanie zmierza do uchylecia niekorzystnych dla Odwołującego czynności skierowanych wobec niego i jego oferty, a tym samym ma na celu ochronę interesu tego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, poprzez przywrócenie do oceny oferty Odwołującego i stworzenie szansy na uzyskanie zamówienia. W świetle powyższego należało uznać, iż spełnione zostały przesłanki określone w art. 179 ust. 1 Ustawy do merytorycznego rozpoznania odwołania.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie przy rozstrzygnięciu w przedmiocie podniesionych zarzutów, które to ustalenia znajdują się poniżej.

Podstawa faktyczna zarzutów sprowadza się zasadniczo do uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty zawartego w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 11 września 2015 r.

Zamawiający w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania wskazał, iż zachodziły przesłanki określone przepisem art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy, gdyż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, tj. nie dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (kierownikiem robót w branży instalacyjnej-sanitarnej z pięcioletnim doświadczeniem na stanowisku kierownika robót), nie spełnia warunku w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia (wykonania pracowni przygotowania leków) oraz nie wykazał, że będzie dysponował oddzielnymi osobami na stanowiskach inżyniera kontraktu i kierownika budowy (do pełnienia obu funkcji wykonawca przewidział jedną osobę). Konsekwentnie w piśmie procesowym (odpowieź na odwołanie z dnia 21.09.2015 r.) Zamawiający prezentował stanowisko o braku możliwości wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, które dotknięte są brakiem nieusuwalnym, gdyż wskazują na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie podstawy faktycznej braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania kierownikiem robót w branży instalacyjno-

sanitarnej, Zamawiający zakwestionował fakt posiadania przez wskazaną w wykazie osobę wymaganego, minimalnego 5 letniego okresu doświadczenia, przeciwko czemu świadczy uzyskane dopiero w styczniu 2011 roku uprawnień o numerze KUP/0139/OWOS/10, a także uzyskanie na ich podstawie wpisu na listę członków izby samorządu zawodowego. W opisie wymagań dla kierownika robót w zakresie robót sanitarnych (rozdział IX, pkt 3.2.5 siwz) Zamawiający oczekiwał od osoby wskazanej do pełnienia tej funkcji posiadania co najmniej 5 letniego doświadczenia na stanowisku kierownika robót branży instalacyjnej-sanitarnej w tym pełnienie w tym okresie funkcji kierownika robót przy budowie, przebudowie lub rozbudowie co najmniej dwóch budynków o powierzchni użytkowej co najmniej 3000m².

Odwołujący w wykazie osób (str. 47 oferty) wskazał do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie robót sanitarnych Pana M. A., deklarując posiadane 5 letnie doświadczenie oraz uprawnienia budowlane KUP/0139/OWOS/10 z 22.12.2010 r.

Zamawiający w toku badania oferty ustalił na podstawie bazy elektronicznej portalu Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa, iż wskazana w wykazie osoba zdobyła uprawnienia oznaczone KUP/0139/OWOS/10 dopiero w styczniu 2011 r., od kiedy to rozpoczęła opłacanie składek i uzyskała wpis na listę członków oznaczony numerem KUP/IS/0061/11. W oparciu o powyższe ustalenia, mając na uwadze treść art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządzie zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa, przyznającym prawo do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wyłącznie osobom wpisanym na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, Zamawiający uznał, iż brak wymaganego doświadczenia zawodowego przez wskazaną osobę nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy, gdyż oceniana jest na zasadzie spełnia-nie spełnia na daną datę.

Odnosnie wiedzy i doświadczenia jakim wykazał się Odwołujący Zamawiający zakwestionował zakres rzeczowy roboty budowlanej wskazanej w pozycji pierwszej wykazu, która nie obejmowała laboratorium.

W siwz Zamawiający wymagał w rozdziale IX pkt 2.1 doświadczenia w wykonaniu w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch zadań – robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie budynku o powierzchni użytkowej co najmniej 3000 m², a w przynajmniej jednym z nich zlokalizowano laboratorium. Na potwierdzenie spełnienia warunku, Zamawiający wymagał przedłożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, wykazu wykonanych robót, dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane w sposób należyty i wskazujących, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone oraz pisemnego zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia zasobów wiedzy i

doświadczenia (o ile dotyczy). Treść warunku była przedmiotem zapytania i odpowiedzi Zamawiającego z dnia 17 sierpnia 2015 r., w której odmówił wprowadzenia zmiany do opisu warunku poprzez dopuszczenie obok laboratoriów alternatywnie również pracowni przygotowania leków (pytanie nr 99).

Odwołujący w ofercie na stronie 23 załączył wykaz obejmujący dwie roboty budowlane, z których pierwsza dotyczyła „Rozbudowy i doposażenia Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala Dziecięcego w Olsztynie (...)” o powierzchni użytkowej budynku 5900 m², w tym laboratorium – pracownia przygotowania leków. Pozycja druga wykazu dotyczyła budowy budynku biurowo-handlowo-usługowego o powierzchni użytkowej 4088 m².

W opisie wymagań dotyczących inżyniera kontraktu (rozdział IX pkt 3.2.1 siwz) Zamawiający określił konieczne do spełnienia warunku udziału w postępowaniu doświadczenie zawodowe osoby wskazanej do pełnienia tej funkcji, tj. co najmniej 5-letnie doświadczenie na stanowisku inżyniera kontraktu przy budowie, przebudowie lub rozbudowie co najmniej dwóch budynków o powierzchni użytkowej co najmniej 3000 m².

W opisie wymagań dotyczących kierownika budowy (rozdział IX, pkt 3.2.2 siwz) Zamawiający opisał konieczne, co najmniej 5-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy w tym pełnienie w tym okresie funkcji kierownika budowy przy budowie, przebudowie lub rozbudowie co najmniej dwóch budynków o powierzchni użytkowej co najmniej 3000 m², gdzie przynajmniej w jednym z nich zlokalizowano laboratoria.

Ocena spełnienia warunków prowadzona miała być w oparciu o oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, wykazu osób, informacji o osobach, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, oświadczeniu o uprawnieniach tych osób i w zależności od potrzeby, pisemne zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia zasobów (osób).

W wykazie osób, na stronie 46 oferty Odwołujący wskazał na oba stanowiska Pana J. A. z 30-letnim doświadczeniem, w tym 6-letnim przy realizacji trzech budów jako kierownik kontraktu (poz. 1) oraz doświadczeniem jako kierownik budowy w latach 1984-1994 (poz. 2). Zamawiający uznał, iż wskazanie na dwa stanowiska jednej osoby było niedopuszczalne, a tym samym wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba uznała, iż czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania naruszała przepisy Ustawy poprzez zastosowanie sankcji przewidzianej przepisem art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy bez uprzedniego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Na wstępie należy poczynić ogólną uwagę, iż podstawa zarzutów wynikała z uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i ta czynność Zamawiającego poddana została kontroli instancyjnej. Nie mogły wpływać na rozstrzygnięcie Izby dalsze, nie wskazane w informacji z dnia 11 września 2015 r. okoliczności przywoływane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, których konsekwencją miałyby być uznanie, iż oferta Odwołującego podlegała również odrzuceniu. Izba poddała wyłącznie ocenie zasadność uznania przez Zamawiającego, iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a co jednocześnie miało wykluczać zastosowanie trybu z art. 26 ust. 3 Ustawy.

Odnosząc się do tak określonego zakresu zarzutów istotnym z punktu widzenia okoliczności faktycznych było rozstrzygnięcie, czy wykluczenie Odwołującego z postępowania mogło być skuteczne bez wcześniejszego wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy. Zasadniczo Odwołujący nie kwestionował stanowiska Zamawiającego, iż załączone przez niego dokumenty nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu z postępowania. Jedynie w zakresie potwierdzenia spełnienia warunków określonych dla inżyniera kontraktu oraz kierownika budowy Odwołujący wskazał na brak stosownego zastrzeżenia w treści siwz wyłączającego możliwości wskazania dla obu funkcji jednej osoby spełniającej oba wymagania jednocześnie.

Izba uwzględniła odwołanie uznając, iż w sprawie nie zachodziły przesłanki wyłączające zastosowanie art. 26 ust. 3 Ustawy, wskazane w jego treści, tj. wystąpienie podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, czy też unieważnienia postępowania. Do żadnej z tych okoliczności Zamawiający nie odnosił się w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. W przypadku stwierdzenia w toku badania oferty, iż zachodzi podstawa do jej odrzucenia Zamawiający był zobowiązany do jej wskazania w informacji o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy, co jednak nie miało miejsca w niniejszej sprawie. Zamawiający w informacji z dnia 11 września 2015 r. wskazał wyłącznie na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu, którą to ocenę Zamawiający wywiódł z treści przedłożonych oświadczeń (wykazy) oraz dokumentów (referencje). W sprawie zasadniczo nie było spornym, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w związku z okolicznościami wskazanymi w podstawie decyzji o wykluczeniu. Izba przyjęła tak jak Odwołujący, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy (przedwcześnie) zastosował sankcję wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy, przyjmując za podstawę tego ustalenia, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Gdyby nie obowiązek skierowania do wykonawcy wezwania o uzupełnienie dokumentów na

podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy, decyzja o wykluczeniu z postępowania znajdowałaby oparcie w treści przedłożonych w ofercie oświadczeń i dokumentów, które nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Istota uchybienia Zamawiającego sprowadzała się w niniejszej sprawie do stwierdzenia, iż nie było możliwym wezwanie do uzupełnienia złożonych dokumentów, które nie zawierały błędów, a potwierdzały jednoznacznie, iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Izba przychyliła się do stanowiska prezentowanego w orzecznictwie, iż za brak dokumentów, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy należy uznać nie tylko sytuację, w której dokumenty wymagane w ogóle nie zostają złożone, ale również takie sytuacje, kiedy przedłożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W obu przypadkach prowadzi to bowiem do ustalenia, iż wykonawca nie wykazuje spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Mając na uwadze zasadę równego traktowania wykonawców, dyskryminującym byłoby umożliwienie wykonawcy, który w ogóle nie złożył dokumentów ich uzupełnienie na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy i odmówienie takiej możliwości wykonawcy, który wprowadził dokumenty, lecz nie potwierdzają one spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Prowadziłoby to do faworyzowania tych wykonawców, którzy w mniejszym stopniu dochowują staranności w przygotowaniu oferty (nie składają wymaganych dokumentów), co nie da się pogodzić z generalną zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 Ustawy i może prowadzić do celowego unikania składania dokumentów, tak aby mieć możliwość ich uzupełnienia w toku postępowania. Jedynie wystąpienie okoliczności wskazanych wprost w przepisie art. 26 ust. 3 Ustawy, tj. zaistnienie podstawy do odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania, zwalnia Zamawiającego z obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Uwzględniając powyższe, stwierdzenie przez Zamawiającego w toku badania oferty, że przedłożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinno skutkować wezwaniem wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy. Zamawiający w informacji o wykluczeniu z postępowania nie wskazał wprost na złożenie nieprawdziwych informacji co do daty uzyskania uprawnień przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych, a do czego odnosił się w odpowiedzi na odwołanie, jako okoliczności uzasadniającej odstąpienie od wezwania. Izba na marginesie wskazuje, iż taka ocena na obecnym etapie postępowania nie mogła odnieść skutku z przyczyn wskazanych w ogólnej uwadze na początku rozważań, ale również z powodu jej nietrafności. Wprawdzie w wykazie podana data uzyskanych uprawnień nie była prawidłowa, to jednak nie odnosi się to już do samej informacji o zakresie i numerze posiadanych uprawnień, pozwalających na zweryfikowanie oświadczenia wykonawcy. Ustalenia poczynione przez Zamawiającego uzasadniały przyjęcie, iż wskazana osoba nie

posiada wymaganego doświadczenia, a tym samym wykaz w tej pozycji nie jest dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Odwołujący powinien być wezwany do uzupełnienia dokumentu (wykazu). Wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentów ma możliwość zamiany osoby pierwotnie wskazanej, co do której popełnił błąd w ustaleniu okresu zdobytego doświadczenia, na inną spełniającą warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wykaze, że dysponował nią na dzień złożenia oferty. Podobna sytuacja występuje w odniesieniu do wykazu robót składanym na potwierdzenie posiadania koniecznej do wykonania zamówienia wiedzy i doświadczenia oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót spełniających wymaganie Zamawiającego. Zamawiający słusznie uznał, iż budowa obiektu, w którym nie było laboratorium ale pracownia przygotowania leków nie mogła być przyjęta jako potwierdzająca spełnienie warunku opisanego w siwz. Zamawiający wprost w odpowiedzi na pytanie nr 99 odmówił możliwości wykazania się doświadczeniem w budowie pracowni przygotowania leków, jako elementu prac prowadzonych w budynku. Tym samym złożony wykaz oraz dokumenty dotyczące pozycji pierwszej nie były dokumentami na podstawie, których Zamawiający mógł stwierdzić, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, co wypełniało przesłankę do wezwania o uzupełnienie brakującego dokumentu. Odnośnie trzeciej z podstaw negatywnej oceny przez Zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dotyczącej wspólnej osoby wskazanej do pełnienia funkcji inżyniera kontraktu oraz kierownika budowy, należy zauważyć, iż Zamawiający nie zakwestionował doświadczenia tej osoby jako spełniającej jednocześnie oba warunki. Prowadziło to zatem do wniosku, iż potencjał wykonawcy odpowiadał jednemu z postawionych w pkt 3.2.1. i 3.2.2 siwz, wymagań, a decyzja o wykluczeniu z postępowania nie mogła być uznana za prawidłową. Wykonawca powinien mieć możliwość uzupełnienia dokumentów (wykazu) przez wskazanie dodatkowej osoby spełniającej odpowiedni warunek udziału w postępowaniu, do czego konieczne było skierowanie wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy.

W świetle powyższego decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania nie mogła być utrzymana jako prawidłowa. Zamawiający nie może samodzielnie decydować, czy zastosować tryb z art. 26 ust. 3 Ustawy, jeżeli w sprawie nie występują okoliczności wyłączające jego zastosowanie wskazane wprost w przepisie Ustawy. Faktycznie Zamawiający niejako z góry przesądził, iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i dlatego nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów. Należy zauważyć, iż instytucja uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu stanowi szczególną procedurę dopuszczoną przez ustawodawcę, której efektem jest uzdrowienie oferty zawierającej braki lub błędy uniemożliwiające potwierdzenie sytuacji faktycznej wykonawcy istniejącej w dacie

złożenia oferty. Dopiero po jej zakończeniu Zamawiający mógłby stwierdzić, iż w sprawie wystąpiły przesłanki uzasadniające wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy.

Mając powyższe na względzie odwołanie podlegało uwzględnieniu na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis od odwołania oraz koszty Odwołującego obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika i koszty dojazdu na posiedzenie Izby, stwierdzone rachunkami złożonymi do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: