

WYROK

z dnia 29 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 lipca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2014 r. przez **Odwolującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – **Konsorcjum: Demetrix Sp. z o.o. Sp. k., Termowent Technology P..... J....., 41 – 940 Piekary Śląskie, ul. 1-go Maja 35** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., 41 – 914 Bytom, ul. Strzelców Bytomskich 41**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usługowe "B&WJ" Sp. z o.o., 47 – 400 Racibórz, ul. Stalowa 4** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., 41 – 914 Bytom, ul. Strzelców Bytomskich 41 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Konsorcjum: Demetrix Sp. z o.o. Sp. k., Termowent Technology P..... J....., 41 – 940 Piekary Śląskie, ul. 1-go Maja 35 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zamawiającego - Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., 41 – 914 Bytom, ul. Strzelców Bytomskich 41** na rzecz **Odwołującego Konsorcjum: Demetrix Sp. z o.o. Sp. k., Termowent Technology P..... J....., 41 – 940 Piekary Śląskie, ul. 1-go Maja 35** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 9 sierpnia 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Wykonanie kolektora zrzutowego Etap II i Etap III - Pompownia „Pstrowski” - Etap III Zakres I - Zabudowa odcinków rurociągów od studni KI2 do studni K 35 - zgodnie z projektem, Zakres II Połączenie kolektora od studni K35 do istniejącej studni k9 - zgodnie z projektem, Zakres III Remont mnichów oraz ich podłączenie do kolektora - zgodnie projektem”

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 3 czerwca 2014 r w Biuletynie Urzędu Zamówień Publicznych pod numerem 119305 - 2014. Odwołujący Demetrix Sp. z o.o. Sp.k. Termowent Technology P..... J..... zwani dalej jako „Konsorcjum Demetrix” wniósł odwołanie wobec dokonania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania o udzielenie Zamówienia Konsorcjum Demetrix, a w konsekwencji odrzucenia wspólnej oferty tychże wykonawców, w sytuacji gdy wykonawcy ci wykazali spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 5.3.2 SIWZ (s. 3 SIWZ), tj. wykazali się należytych wykonaniem robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, (...), w tym co najmniej jedną robotą budowlaną w ramach jednej umowy polegającą na budowie kolektorów wodnych na powierzchni o przekroju minimum 0 400 mm wartości minimum 1 300 000 zł brutto wraz z dowodami dotyczącymi realizacji najważniejszych robót, określających ich wykonanie w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone; czym Zamawiający naruszył art. 7 ust 1 i 3 PZP oraz art. 24 ust 2 pkt 4 i ust. 4 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP; a w przypadku niepotwierdzenia się powyższego zarzutu: wobec zaniechania przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum Demetrix do uzupełnienia dokumentów zobowiązania podmiotów trzecich do oddania Konsorcjum Demetrix zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia w zakresie wymaganym pkt 5.3.1. SIWZ w sytuacji gdy Zamawiający negatywnie ocenił przedłożone wraz z ofertą Konsorcjum Demetrix dokumenty zobowiązań do oddania Konsorcjum Demetrix niezbędnych zasobów, skutkującego bezprawnym wykluczeniem Konsorcjum Demetrix z postępowania o udzielenie Zamówienia, czym Zamawiający naruszył art 7 ust 1 i 3 PZP oraz art. 26 ust 3 PZP oraz art. 24 ust 2 pkt 4 i ust. 4 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP; wobec zaniechania przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum Demetrix do złożenia wyjaśnień co do treści załączonych do oferty zobowiązań podmiotów trzecich do oddania Konsorcjum Demetrix zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia w zakresie wymaganym pkt 5.3.1. SIWZ w sytuacji gdy Zamawiający negatywnie ocenił przedłożone wraz z ofertą Konsorcjum Demetrix dokumenty zobowiązania, skutkującego bezprawnym wykluczeniem Konsorcjum Demetrix z postępowania o udzielenie Zamówienia czym

Zamawiający naruszył art 7 ust 1 i 3 PZP oraz art. 26 ust 4 PZP oraz art. 24 ust 2 pkt 4 i ust. 4 PZP w zw. z art 89 ust. 1 pkt 5 PZP.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie przedmiotowego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze w postępowaniu o udzielenie Zamówienia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe „B&WJ” Sp. z o.o.; powtórzenie czynności wyboru ofert z udziałem Konsorcjum Demetrix oraz ponowne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z treścią pkt 5.1 SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art 22 ust. 1 ustawy Pzp tj. warunki dotyczące: posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, każdy z warunków określonych w pkt. 5.1.1. do 5.1.4 winien spełniać co najmniej jeden z Wykonawców lub wszyscy ci Wykonawcy wspólnie.

Zgodnie z treścią pkt 5.3.3. SIWZ Zamawiający uzna warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się należytym wykonaniem robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w tym co najmniej jedną robotą budowlaną w ramach jednej umowy polegającą na budowie kolektorów wodnych na powierzchni o przekroju minimum 0 400 mm wartości minimum 1 300 000,00 zł brutto wraz z dowodami dotyczącymi realizacji najważniejszych robót, określających czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujący, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone oraz jeżeli pozytywnie zweryfikowana zostanie przez Zamawiającego zdolność Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia zgodnie z postanowieniami pkt. 5.3.3. SIWZ.

Zgodnie z treścią pkt 5.3.4. SIWZ Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Odwołujący w ramach swojej oferty dla wykazania spełnienia ww. warunku, korzystając z

dyspozycji art. 26 ust 2 b PZP, powołał się na zasoby podmiotów trzecich (PPHUR „WADMAR” Sp.j. oraz Geosa Desarrollos Geologicos S.A.), przedstawiając zobowiązania tych podmiotów do udzielenia odwołującemu niezbędnych zasobów. W wykazie wykonanych robót budowlanych wykazał roboty zrealizowane przez siebie jak i przez podmioty udzielające swe zasoby (s. 12-13 oferty) oraz załączył stosowne referencje, w tym referencje z tytułu robót wykonanych przez ww. podmioty trzecie (s. 23 - 27).

W ocenie Zamawiającego podstawą faktyczną wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia była okoliczność, iż treść zobowiązań podmiotów udostępniających Odwołującemu posiadane zasoby (s. 36-39 oferty) nie wskazuje na rzeczywisty udział tych podmiotów w wykonaniu Zamówienia a w ocenie Zamawiającego tylko udział polegający na podwykonawstwie w ramach realizacji Zamówienia pozwala „zaliczyć” posiadane przez podmioty trzecie doświadczenie jako doświadczenie Odwołującego, któremu te zasoby są udzielane. Jako podstawę prawną wykluczenia Zamawiający powołał art. 24 ust 2 pkt 4 PZP. Odwołujący podniósł, że Zamawiający winien był przed wykluczeniem Odwołującego z postępowania wdrożyć procedurę z art. 26 ust 3 PZP lub art. 26 ust 4 PZP.

Odwołujący wskazał, że przedstawił pisemne zobowiązania podmiotów trzecich do udzielenia mu przez czas realizacji Zamówienia posiadanych zasobów (doświadczenia) polegających na świadczeniu kompleksowego doradztwa technicznego jak i organizacyjnego nad realizacją robót budowlanych przez odwołującego a także nadzoru merytorycznego i technicznego nad wykonywanymi robotami przez osoby posiadające ku temu kwalifikacje i doświadczenie. Podniósł, że czynności tego rodzaju niejednokrotnie składają się na typowy proces realizacji robót budowlanych przez konsorcja tworzone przez dwa lub więcej podmiotów, gdzie jeden podmiot realizuje prace stricte budowlane podczas gdy drugi zapewnia nadzór nad ich realizacją i je organizuje, dokonując wewnętrznej kontroli i weryfikacji postępu prac. W konsekwencji uznać należy, iż zawierają się one w procesie realizacji robót budowlanych a ujęte w zobowiązaniu (przyrzeczeniu) powołującym Zamówienie, wskazują w sposób wystarczający na realne zaangażowanie tych podmiotów w realizację tego konkretnego Zamówienia. Wskazał za orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, że oddanie do dyspozycji przez podmiot trzeci zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia musi łączyć się z koniecznością udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, przy czym udział ten może przybrać dowolną formę, nie tylko podwykonawstwa, ale także doradztwa, konsultacji czy innej formy merytorycznego wsparcia.

Pod względem formy zobowiązania te stanowią oświadczenie woli podmiotów je wydających zawiązują pomiędzy odwołującym a tymi podmiotami umowę cywilnoprawną, co do realizacji wskazanych tam świadczeń.

Odwołujący podkreślał, że w ramach oferty przedłożył na stronie 28 i stronie 29 oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy, gdzie

wskazał w jakim zakresie zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie części zamówienia oraz nazwy podwykonawców (PPHUR „WADMAR” Sp.j. oraz Geosa Desarrollos Geologicos S.A.), na których zasoby odwołujący powołuje się na zasadzie art. 26 ust 2 b w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zatem odwołujący wyraźnie wskazał, iż podmioty które udzielają mu zasobów udzielają ich w ramach podwykonawstwa w realizacji Zamówienia.

Odwołujący wskazywał, że przedłożone na stronie 28 oferty oświadczenie wskazujące PPHUR „WADMAR” Sp.j. jako podwykonawcę na którego zasoby odwołujący powołuje się na zasadzie art. 26 ust. 2 b w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zostało przez ten podmiot sygnowane zgodnie z zasadami reprezentacji. Jak stwierdził Odwołujący, stanowi to zobowiązanie PPHUR „WADMAR” Sp.j. do realizacji jako podwykonawca części Zamówienia w razie jego udzielenia odwołującemu. W ocenie Odwołującego, mając na uwadze zakres doświadczenia ww. podmiotu ujęty w wykazie wykonanych robót budowlanych oraz dokumentującą je referencję uznać należy, iż zobowiązanie ww. podmiotu na zasadzie art. 26 ust 2 b PZP do udzielenia zasobów odwołującemu poprzez kompleksowe doradztwo konsultacje, nadzór jak i podwykonawstwo na jego rzecz, w sposób wystarczający dokumentuje spełnienie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu opisanego w pkt 5.3.3 SIWZ w zw. z pkt 5.1.2 SIWZ.

Odwołujący podniósł (z ostrożności), że Zamawiający w sposób niezgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania dokonując przedwczesnego wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe B&WJ Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu. W ocenie Odwołującego, działanie takie uznać należy za przejaw nierównego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie Zamówienia, co stanowi naruszenie art. 7 ust 1 i może doprowadzić do naruszenie wyrażonej w ust 3 powołanego artykułu zasady, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami PZP. Zamawiający zaniechał czynności określonej w art. 26 ust 3 PZP, tj. zaniechał czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu zobowiązania z uwagi na jego wadliwość. Zamawiający nie jest uprawniony do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy w oparciu o art. 24 ust 2 pkt 4 PZP, w sytuacji braku uprzedniego zastosowania obligatoryjnej procedury wezwania do uzupełnienia dokumentu wskazanej w art 26 ust PZP. Odwołujący wskazywał, że zaniechanie dokonania wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uznać należy za przejaw nierównego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co stanowi naruszenie art. 7 ust 1 i może doprowadzić do naruszenie wyrażonej w ust 3 powołanego artykułu zasady, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami PZP.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający bezprawnie zaniechał czynności określonej w

art. 26 ust 4 PZP, która w ocenie Odwołującego pozwoliłaby wyjaśnić charakter planowanego udziału PPHUR „WADMAR” Sp.j. oraz Geosa Desarrollos Geologicos S.A. w realizacji Zamówienia nie tylko na zasadzie kompleksowych konsultacji i doradztwa przy realizacji Zamówienia ale także na zasadzie podwykonawstwa. Zaniechanie to zdaniem Odwołującego stanowi przejaw nierównego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie Zamówienia, tj. naruszenie art 7 ust 1 i może doprowadzić do naruszenie wyrażonej w ust 3 powołanego artykułu zasady, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami PZP.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu, w przypadku potwierdzenia stawianych zarzutów, miałby szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła, że Odwołujący w ofercie przedstawił oświadczenie – zobowiązanie podmiotu Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe i Usług Różnych „WADMAR” sp. j. W.D....., H. M..... oraz podmiotu Geosa Desarrollos Geologicos S.A., do udostępnienia niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W oświadczeniu wskazano, że korzystanie z zasobów przez Odwołującego odbywać się będzie poprzez: kompleksowe doradztwo techniczne i organizacyjne odnośnie realizacji robót budowlanych na podstawie doświadczenia zdobytego przez określony podmiot w toku realizacji robót wymienionych w załączonym do oferty wykazie robót budowlanych i popartych stosownymi referencjami, nadzór merytoryczny i techniczny nad wykonywanymi robotami przez osoby posiadające odpowiednie ku temu kwalifikacje i doświadczenie, bieżące konsultacje wszystkich zagadnień technicznych związanych z realizacją robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia, udzielanie informacji związanych z przygotowaniem dokumentacji niezbędnej do realizacji robót stanowiących przedmiot zamówienia, przedstawienie propozycji zastosowania określonych rozwiązań technicznych i organizacyjnych przy realizacji zadania.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, stwierdzając w treści uzasadnienia swojej decyzji, że Odwołujący nie udowodnił Zamawiającemu w sposób nie budzący wątpliwości, że będzie dysponował zasobami wiedzy, a zwłaszcza doświadczeniem innych podmiotów przez czas wykonywania zamówienia w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, gdyż samo posługiwanie się referencjami innego podmiotu i odwoływanie się do konsultacji i doradztwa w trakcie wykonywania zamówienia, a nie rzeczywisty udział przy wykonywaniu umowy, jest dla tych celów niewystarczającym. Jest to o tyle istotne, że Odwołujący nie posiada w ogóle własnego doświadczenia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła, że Zamawiający nie kwestionował doświadczenia podmiotów trzecich udzielających swoich zasobów Odwołującemu, pod kątem wypełnienia warunków wskazanych w pkt 5.3.2 SIWZ.

Izba stoi na stanowisku, że udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, w tym zasobów wiedzy i doświadczenia, musi łączyć się z zaangażowaniem podmiotu udostępniającego w realizację przedmiotu umowy. Zaangażowanie może przybrać formę przekazania know-how, mieć formę konsultacji, doradztwa, nadzoru. Warunkiem powołania się na taki sposób przekazania zasobów jest wykazanie, że przekazanie to realnie nastąpi. Zdaniem Izby, nie jest wykluczona sytuacja przekazania potencjału wiedzy i doświadczenia poprzez realizowanie umowy w formie podwykonawstwa. Jednakże, w ocenie Izby fakt, że podmiot udostępniający potencjał wiedzy i doświadczenia nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, nie przesądza jednoznacznie o bezwzględnej niemożliwości udostępnienia wykonawcy wiedzy i doświadczenia.

Należy podkreślić, że za wzorem załącznika do SIWZ, Wykonawca wypełnił oświadczenie o zamiarze powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy, w którym wskazał w wierszu: wykaz firm – nazwy podwykonawców, na których zasoby powołał się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1, wykonawców Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe i Usług Różnych „Wadmar” sp. j. W. D....., H. M..... oraz Geosa Desarrollos Geologicos S.A.

Nawet gdyby przyjąć, za argumentacją Zamawiającego, że powyższe oświadczenie nie stanowi bezwzględnego stwierdzenia, że podmiot udostępniający zasoby wiedzy i doświadczenia będzie uczestniczył w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, to należy mieć na uwadze okoliczność wskazaną powyżej, że zaangażowanie podmiotu trzeciego w realizację umowy (czyli jego udział w tej realizacji) może przybrać różną formę, w tym nadzoru, konsultacji, czy też doradztwa.

Zamawiający w treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazał, że „samo posługiwanie się referencjami innego podmiotu i odwoływanie się do konsultacji i doradztwa w trakcie wykonywania zamówienia, a nie rzeczywisty udział przy wykonywaniu umowy jest dla tych celów niewystarczającym. Jest to o tyle istotne, że Wykonawca nie posiada w ogóle własnego doświadczenia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.” Należy ponownie podkreślić, że nie jest tak, iż aby skutecznie udostępnić swój potencjał, osoba trzecia musi brać udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy.

Należy wskazać, że ustawodawca dopuścił możliwość realizacji zamówienia przy udziale podmiotu trzeciego. Sposób tego uczestnictwa nie został określony, może więc mieć dowolną, prawem określoną formę, w tym podwykonawstwo, doradztwo, czy konsultacje. Tym samym, samo stwierdzenie Zamawiającego, że udział wykonawcy nie jest rzeczywisty, jest niewystarczające do uznania, że Wykonawca podlega wykluczeniu, skoro z przepisów prawa nie wynika obowiązek osobistego uczestniczenia jako podwykonawca w realizacji zamówienia i skoro dopuszczona jest forma konsultacji i doradztwa.

Należy podkreślić, że art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych został wprowadzony celem umożliwienia realizacji zamówień także podmiotom, które nie posiadają samodzielnego doświadczenia. Tym samym istnieje możliwość realizacji przedmiotu zamówienia przy udziale podmiotów, które posiadają doświadczenie. Udział tych podmiotów może przyjmować różną formę. Nadzór budowlany może odbywać się na kilku poziomach. Odwołujący wyjaśnił, że w niniejszym postępowaniu prace będą wykonywane pod nadzorem kierowników różnego szczebla (delegowanych przez podmiot udostępniający zasoby), innych niż kierownik robót budowlanych, będą także miały miejsca spotkania i konsultacje.

W świetle powyższego, zdaniem Izby, wykluczenie Odwołującego z uwagi na fakt, że powołał się on na konsultacje i doradztwo podmiotu trzeciego, „a nie rzeczywisty udział przy wykonywaniu umowy”, jest nieuprawnione. Co więcej, uzasadnione było także stanowisko Odwołującego, że w sytuacji powzięcia wątpliwości, Zamawiający ma możliwość skorzystania z instytucji wyjaśnień treści oferty, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, z czego Zamawiający w niniejszej sprawie nie skorzystał.

Nadto, Zamawiający oświadczył w trakcie rozprawy, że nie dokonywał czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. Wyjaśnił, że nawet po wezwaniu, oferta Odwołującego podlegałaby odrzuceniu, ponieważ Wykonawca ten nie wykonał przedmiotowych robót samodzielnie, a tym samym nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do tych stwierdzeń Zamawiającego, po pierwsze należy wskazać, że sam Zamawiający dopuścił możliwość realizacji przedmiotu zamówienia przy udziale podmiotu trzeciego w treści SIWZ (co wynikało chociażby z treści przygotowanego przez

Zamawiającego załącznika – oświadczenia). Zatem twierdzenie Zamawiającego na obecnym etapie postępowania, że oferta Odwołującego podlegałaby odrzuceniu, ponieważ Wykonawca ten nie wykonał przedmiotowych robót samodzielnie, jest nieuprawnione. Po drugie, z treści art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że w sytuacji, gdy wykonawcy nie złożyli wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu lub złożone dokumenty zawierają błędy, Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Obowiązek taki wynika z przepisu prawa i nie może zostać zastąpiony arbitralnym uznaniem Zamawiającego przed dokonaniem takiego wezwania, że z całą pewnością wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i w związku z powyższym nie należy go wzywać do uzupełnienia dokumentów. Tym samym, nawet w sytuacji uznania, że pierwotnie złożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający ma obowiązek zastosować dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....