

WYROK

z dnia 7 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 kwietnia 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2021 r. przez wykonawcę **Agencja Inwestycyjna Terra sp. z o.o. i Wspólnicy sp.k., ul. Botaniczna 24/3; 60-586 Poznań**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Fundacja dla Ostrowa Tumskiego we Wrocławiu, ul. Katedralna 13; 50-328 Wrocław**,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy Agencja Inwestycyjna Terra sp. z o.o. i Wspólnicy sp.k., ul. Botaniczna 24/3; 60-586 Poznań, dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Fundacja dla Ostrowa Tumskiego we Wrocławiu, ul. Katedralna 13; 50-328 Wrocław** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Agencja Inwestycyjna Terra sp. z o.o. i Wspólnicy sp.k., ul. Botaniczna 24/3; 60-586 Poznań**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Fundacja dla Ostrowa Tumskiego we Wrocławiu, ul. Katedralna 13; 50-328 Wrocław** na rzecz wykonawcy **Agencja Inwestycyjna Terra sp. z o.o. i Wspólnicy sp.k., ul. Botaniczna 24/3; 60-586 Poznań** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Fundacja dla Ostrowa Tumskiego we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Pełnienie funkcji Nadzoru Inwestorskiego na zadaniu „Przebudowa i remont budynków Muzeum Archidiecezjalnego we Wrocławiu”*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 grudnia 2020 r., pod nr 2020/S 242-598272.

Dnia 22 lutego 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 4 marca 2021 roku wykonawca Agencja Inwestycyjna Terra sp. z o.o. i Wspólnicy sp.k. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne uznanie, że odwołujący nie wykazał warunków spełnienia udziału w postępowaniu i wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, a także naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, przez niezgodne z ustawą dokonanie czynności odrzucenia oferty i zaniechanie dokonania czynności wezwania odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym w sytuacji uznania, że odwołujący przedstawił dokumenty, które według zamawiającego wymagają uzupełnienia lub wyjaśnienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu badania ofert, wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu oferty odwołującego oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) powtórzenia czynności badania ofert, wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty odwołującego, jako nie podlegającej odrzuceniu, ewentualnie
- 2) nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów lub do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a następnie powtórzenia czynności badania ofert, wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty odwołującego, po przedmiotowym wezwaniu (jedynie w przypadku uznania, że zamawiający był uprawniony do żądania dokumentów wskazanych w wezwaniu z dnia 23 stycznia 2021 roku),

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) dalej jako: „nowa ustawa” albo „nPzp”.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 nPzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1nPzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W dniu 22 lutego 2021 roku, zamawiający opublikował zawiadomienie o wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty. Jako podstawę wykluczenia zamawiający wskazał nie wykazanie przez odwołującego spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadzenie zamawiającego w błąd co do informacji, że odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania i spełnia warunki udziału w tym postępowaniu.

Zamawiający wskazał, że w dniu 23 stycznia 2021 roku wezwał odwołującego do przedłożenia w terminie do 3 lutego 2021 roku aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ustawy Pzp:

- 1) odpisu z właściwego rejestru,
- 2) zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego o nie zaleganiu z opłacaniem podatków,

- 3) zaświadczenia ZUS potwierdzającego nie zaleganie z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,
- 4) dokumentów potwierdzających, że nadzór nad każdą z inwestycji wskazanych w załączonym do oferty „Wykazie usług nadzoru inwestorskiego” dotyczył wskazanych przez zamawiającego branż,
- 5) dokumentów potwierdzających, że inwestycje wskazane w punktach 2 i 3 załączonego do oferty „Wykazu usług nadzoru inwestorskiego” były osobnymi instytucjami,
- 6) dokumentów potwierdzających, że osoby wskazane w załączonym do oferty „Wykazie osób” spełniają warunki określone w art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami lub posiadają odpowiednie uprawnienia,
- 7) dokumentów potwierdzających, że osoby wskazane w załączonym do oferty „Wykazie osób” posiadają odpowiednie doświadczenie,
- 8) dokumentów potwierdzających, że osoba wskazana w załączonym do oferty „Wykazie osób” (K. L.) pełniła funkcję inspektora nadzoru w okresie ostatnich 10 lat na co najmniej 3 budowach wskazanych obiektów budowlanych,
- 9) dokumentów potwierdzających odpowiednie ubezpieczenie Odwołującego.

Odwołujący przesłał zamawiającemu odpowiedź w dniu 2 lutego 2021 roku, załączając stosowne dokumenty dotyczące każdego z punktów wezwania zamawiającego.

Odwołujący przedstawił następujące dokumenty, aktualne na dzień ich złożenia:

- 1) odpis z właściwego rejestru – załącznik nr 1 – odwołujący przedstawił odpis z rejestru KRS odwołującego oraz jego komplementariusza, uprawnionego do reprezentacji odwołującego,
- 2) zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego o nie zaleganiu z opłacaniem podatków – załącznik nr 2,
- 3) zaświadczenie ZUS potwierdzające nie zaleganie z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne – załącznik nr 3,
- 4) dokumenty potwierdzające, że nadzór nad każdą z inwestycji wskazanych w załączonym do oferty „Wykazie usług nadzoru inwestorskiego” dotyczył wskazanych przez zamawiającego branż – załącznik nr 4 – odwołujący przedstawił oświadczenie dotyczące branż, w którym jednoznacznie potwierdzono, że nadzór nad każdą inwestycją dotyczył łącznie następujących branż: architektonicznej, konstrukcyjno-budowlanej, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych wodociągowych i kanalizacyjnych, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych oraz że nadzór nad każdą z inwestycji był pełniony przez inspektorów każdej z czterech wymienionych branż,
- 5) dokumenty potwierdzające, że inwestycje wskazane w punktach 2 i 3 załączonego do oferty „Wykazu usług nadzoru inwestorskiego” były osobnymi instytucjami – załącznik nr 5

– odwołujący przedstawił oświadczenie dotyczące osobnych inwestycji, w którym jednoznacznie potwierdzono, że inwestycje wskazane w punkcie 2 i 3 Wykazu były osobnymi inwestycjami i zakończyły się wydaniem osobnych decyzji dopuszczających do użytkowania,

- 6) dokumenty potwierdzające że osoby wskazane w załączonym do oferty „Wykazie osób” spełniają warunki określone w art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami lub posiadają odpowiednie uprawnienia – załącznik nr 6 – odwołujący przedstawił oświadczenie potwierdzające praktykę zawodową przy zabytkach nieruchomych wyznaczonych osób, w którym jednoznacznie potwierdzono, że wskazana przez zamawiającego osoba posiada doświadczenie wymagane przez zamawiającego. Załączono też dodatkowe, niewymagane przez zamawiającego dokumenty, które potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- 7) dokumenty potwierdzające, że osoby wskazane w załączonym do oferty „Wykazie osób” posiadają odpowiednie doświadczenie – załącznik nr 7 – odwołujący przedstawił dokumenty dotyczące doświadczenia zawodowego osób wyznaczonych do realizacji zadania – w tym oświadczenia i zaświadczenia, z których wynika, że doświadczenie zawodowe liczone od daty uzyskania stosowanych uprawnień jest zgodne z wymogami s.i.w.z. w tym zakresie,
- 8) dokumenty potwierdzające, że osoba wskazana w załączonym do oferty „Wykazie osób” (K.L.) pełniła funkcję inspektora nadzoru w okresie ostatnich 10 lat na co najmniej 3 budowach wskazanych obiektów budowlanych – załącznik nr 8 – odwołujący przedstawił oświadczenie potwierdzające doświadczenie inspektora konstrukcyjno-budowlanego z okresu ostatnich 10 lat, w którym jednoznacznie potwierdzono, że wskazana przez zamawiającego osoba posiada doświadczenie wymagane w przedmiotowym postępowaniu,
- 9) dokumenty potwierdzające odpowiednie ubezpieczenie odwołującego – załącznik nr 9, dokument polisy wykazujący zwiększenie wartości sumy ubezpieczenia wraz z potwierdzeniami zapłaty składek, aktualny na dzień złożenia dokumentów, obejmujący okres realizacji zamówienia.

Mimo uzupełnienia dokumentacji zgodnie z wezwaniem, zamawiający uznał, że odwołujący nie przedłożył następujących dokumentów:

- 1) potwierdzających, że nadzór nad każdą z inwestycji wskazanych w załączonym do oferty „Wykazie usług nadzoru inwestorskiego” dotyczył wskazanych przez zamawiającego branż,
- 2) potwierdzających, że inwestycje wskazane w punktach 2 i 3 załączonego do oferty „Wykazu usług nadzoru inwestorskiego” były osobnymi instytucjami,

- 3) potwierdzających, że osoby wskazane w załączonym do oferty „Wykazie osób” spełniają warunki określone w art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami lub posiadają odpowiednie uprawnienia,
- 4) potwierdzających, że osoba wskazana w załączonym do oferty „Wykazie osób” (K.L.) pełniła funkcję inspektora nadzoru w okresie ostatnich 10 lat na co najmniej 3 budowach wskazanych obiektów budowlanych,
- 5) potwierdzających, że odwołujący w chwili składania oferty był ubezpieczony zgodnie z wymogami zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że oświadczenia dotyczące powyższych okoliczności, które przedstawione zostały do powyżej wskazanych zapytań nie stanowią dokumentu w rozumieniu art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, który rozróżnia dokumenty od oświadczeń.

Odwołujący wskazał, iż stanowisko zamawiającego jest nieprawidłowe i bezpodstawne, a uzupełnienie wezwania zamawiającego z dnia 23 stycznia 2021 roku zostało wykonane przez odwołującego prawidłowo, wobec czego brak było podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania i w konsekwencji – do odrzucenia jego oferty.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przed udzieleniem zamówienia wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1., tj. potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji; spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego i brak podstaw wykluczenia, które wcześniej zostały wskazane w s.i.w.z. W przypadku postępowania prowadzonego na podstawie art. 24aa badanie czy wykonawca nie podlega wykluczeniu i czy spełnia warunki udziału w postępowaniu może być przeprowadzona przez zamawiającego po dokonaniu oceny ofert, jeśli taka możliwość została przewidziana w s.i.w.z.

Odwołujący wskazał, iż w treści s.i.w.z. zamawiający wskazał na taką możliwość w rozdziale VI ust. 6, a dokumenty, których będzie mógł żądać na etapie badania podstaw do wykluczenia wykonawcy i spełniania warunków postępowania wskazał w rozdziale VI ust. 7. Odwołujący podkreślił, że żaden z dokumentów żądanych przez zamawiającego w wezwaniu z dnia 23 stycznia 2021 roku, który następnie został zakwestionowany przez zamawiającego, nie został wskazany w tym punkcie. Już więc na tym etapie postępowania, tj. na etapie wystosowania do odwołującego wezwania, działanie zamawiającego było nieuprawnione i nie miało podstaw prawnych. Również rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1282) nie przewiduje możliwości żądania przez zamawiającego dokumentów, które wskazuje zamawiający w treści zawiadomienia o wykluczeniu odwołującego. O ile na etapie wezwania

odwołujący był gotowy potwierdzić okoliczności, które wskazywał zamawiający w wezwaniu, poprzez złożenie dodatkowych oświadczeń, o tyle wskazanie przez zamawiającego, że w celu potwierdzenia tych okoliczności konieczne było przedstawienie dodatkowych dokumentów, innych niż oświadczenia, innych niż dokumenty wskazane w s.i.w.z. i w przywołanym powyżej rozporządzeniu, które to dokumenty w dodatku nie zostały wprost wskazane przez zamawiającego w wezwaniu – stanowi przekroczenie uprawnień zamawiającego i jest pozbawione podstaw prawnych.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z §2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia, w zakresie wykazu osób zamawiający może żądać jedynie wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Zdaniem odwołującego, warunki zostały spełnione przez odwołującego zarówno w składanej ofercie jak i w uzupełnionym na wezwanie zamawiającego oświadczeniu.

Z ostrożności, na wypadek uznania przez Izbę, że zamawiający był uprawniony do żądania dodatkowych dokumentów od odwołującego, których odwołujący nie przedłożył zamawiającemu odwołujący wskazał, że w takim przypadku zamawiający winien był wezwać odwołującego do ich złożenia, uzupełnienia odpowiedzi, poprawienia jej lub do udzielenia dodatkowych wyjaśnień we wskazanym przez zamawiającego terminie. Zgodnie z bowiem z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.”.

Odwołujący odnosząc się do zarzutu zamawiającego jakoby odwołujący nie wykazał, że był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej wskazał, że zgodnie z rozdziałem XIV ust. 2 s.i.w.z., wykonawca był zobowiązany do przedstawienia zamawiającemu aktualnej polisy ubezpieczeniowej zgodnej z warunkami określonymi przez zamawiającego przed podpisaniem umowy, tj. po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej. Nie ma wątpliwości, że dokumenty przedstawione przez odwołującego wykazywały spełnienie tego warunku.

Dodatkowo odwołujący wskazał, iż w odpowiedzi na wezwanie przedstawił odpis z rejestru KRS odwołującego oraz jego komplementariusza, wobec czego brak jest podstaw

do twierdzenia, że w tym zakresie wystąpiły jakiegokolwiek rozbieżności. Ponadto dokumenty te są ogólnodostępne, a zatem zgodnie z art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, wykonawca nie jest zobowiązany do ich składania.

Odwołujący podkreślił, że w sytuacji wydatkowania środków publicznych zamawiający powinien był dochować najwyższe staranności i podjąć działania mające na celu zbadanie ofert (a w tym przypadku najkorzystniejszej oferty odwołującego) wnikliwie i rzetelnie, tak aby dokonać wyboru uwzględniającego interes zamawiającego oraz interes publiczny. W konsekwencji zamawiający powinien był zweryfikować ofertę odwołującego na podstawie złożonej oferty i przedstawionych dokumentów i oświadczeń i nie miał podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania.

Podsumowując odwołujący wskazał, iż:

1. zamawiający nie był uprawniony do żądania w wezwaniu z 23 stycznia 2021 roku przedłożenia dokumentów nie wymienionych w s.i.w.z. i w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
2. odpowiedź na wezwanie zamawiającego zawierała odpowiedź na wezwanie w zakresie wystarczającym dla uznania, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania,
3. nawet gdyby uznać, że zamawiający był uprawniony do żądania od odwołującego przedłożenia tych dokumentów (czemu odwołujący zaprzecza), to powinien był oznaczyć je jednoznacznie w wezwaniu, a w przypadku uznania, że są one niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości zamawiającego, powinien był on wezwać odwołującego do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Podzielając w pełni argumentację odwołującego Izba stwierdziła, co następuje.

Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w rozdziale V opisał warunki udziału w postępowaniu, jakie mają spełnić wykonawcy w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie z rozdziałem V ust. 2 lit. a) s.i.w.z. zamawiający wskazał, iż ocena spełniania ww. warunku będzie prowadzona w oparciu o dokumenty wskazane w rozdziale VI ust. 1 pkt 2), według kryterium spełnia/nie spełnia. Analogicznie w odniesieniu do warunku opisanego w rozdziale V ust. 2 litera b) s.i.w.z. zamawiający podał, iż ocena spełniania ww. warunku będzie prowadzona w oparciu o dokumenty wskazane w rozdziale VI ust. 1 pkt 3), według kryterium spełnia/nie spełnia.

W rozdziale VI s.i.w.z. opisanym przez zamawiającego jako, wykaz oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak

podstaw do wykluczenia, zamawiający w odniesieniu do warunku opisanego w rozdziale V ust. 2 lit. a) wskazał, iż dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku będzie wykaz usług budowlanych, wg. wzoru oświadczenia stanowiącego załącznik nr 3 do s.i.w.z. Analogicznie w zakresie warunku opisanego w rozdziale V ust. 2 lit. b) zamawiający wskazał, iż dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku będzie wykaz osób, wg. wzoru oświadczenia stanowiącego załącznik nr 4 do s.i.w.z.

Zamawiający nie dookreślił ww. warunków, w zakresie w jakim należało potwierdzić ich spełnienie, dlatego też na tym etapie postępowania stwierdzić trzeba, iż zamawiający nie był uprawniony do żądania dodatkowych dokumentów, ponad te wyszczególnione w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Obowiązującymi dokumentami składanymi na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu były zatem dwa wykazy: 1) wykaz usług budowlanych, nazwany przez zamawiającego we wzorze – wykazem usług nadzoru inwestorskiego – dla warunku z rozdziału V ust. 2 lit. a) oraz 2) wykaz osób – dla warunku z rozdziału V ust. 2 lit. b) s.i.w.z.

Przyjmując zatem powyższe ustalenia za prawidłowe, Izba stwierdziła, że czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu odwołującego z postępowania, była czynnością wadliwą. Wskazać bowiem należy, iż zamawiający poza skonkretyzowaniem kryteriów kwalifikacji, obowiązany jest również wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu, s.i.w.z. lub zaproszeniu do składania ofert, jakich oświadczeń lub dokumentów żąda od wykonawców w celu potwierdzenia spełniania kryteriów kwalifikacji (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Unormowanie to zapewnia wykonawcom wiedzę na temat okoliczności i dokumentów, w oparciu o które zamawiający zweryfikuje spełnianie postawionych warunków udziału w postępowaniu. Materię oświadczeń lub dokumentów uszczegóławiają regulacje rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...). Jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy w Nowym Sączu - III Wydział Cywilny Odwoławczy, w wyroku z dnia 18 marca 2015 r., sygn. akt III Ca 70/15 „Określenie warunków udziału w postępowaniu służy do weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, których niespełnienie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu. Dlatego też ich określenie jest jedną z najważniejszych czynności zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania i musi być przez to precyzyjnie określona w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Warunki ubiegania się o udzielenie zamówienia nie mogą być przez zamawiającego w toku postępowania zmieniane, niezależnie od tego, że niektóre z nich nie odpowiadają ściśle przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych. Dlatego też warunki udziału w postępowaniu i dokumenty składane w celu ich potwierdzenia, jako istotne elementy decydujące o udziale danego wykonawcy w postępowaniu powinny być interpretowane ściśle, zgodnie z ich literalnym brzmieniem.”.

O dopuszczalność żądania wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wypowiedział się również Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 5 lutego 2020 roku, w sprawie o sygn. akt I GSK 1571/18, który wskazał, iż „Zamawiający może żądać wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia. Może jednak żądać tylko oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Nie może natomiast żądać przedłożenia dokumentów potwierdzających kwalifikacje kadry technicznej.”.

W zakresie polisy OC, Izba wskazuje, co następuje. Wymaganie w ramach warunków udziału w postępowaniu posiadania przez wykonawców ubezpieczenia na odpowiednim minimalnym poziomie nie może być utożsamiane z wymaganiami posiadania ubezpieczenia na etapie realizacji zamówienia. Ubezpieczenie to nie jest ubezpieczeniem realizacji konkretnego kontraktu, lecz ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej wykonawcy z tytułu prowadzenia określonej działalności gospodarczej (zob. m.in. wyr. KIO z 12.2.2015 r., KIO 179/15). Rodzaj tej działalności często jest wymieniony w dokumencie ubezpieczenia. Nie oznacza to jednak, że ma być on w pełni zgodny z przedmiotem zamówienia, o realizację którego ubiega się wykonawca w postępowaniu. Jak już wspomniano, ubezpieczenie OC nie oznacza ubezpieczenia realizacji konkretnego przedmiotu zamówienia, lecz jest ubezpieczeniem wykonawcy i ma służyć do potwierdzania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Jak się wskazuje w wyrokach KIO, działalność objęta ubezpieczeniem OC powinna być jedynie związana z przedmiotem zamówienia, a nie pokrywać się z nim w całej rozciągłości (tak m.in. w wyr. z 14.4.2014 r., KIO 564/14), nie musi być zgodna z przedmiotem zamówienia, ale powinna w minimalnym przynajmniej zakresie być związana z tym przedmiotem (wyr. KIO z 2.7.2013 r., KIO 1515/13) [Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Jerzy Pieróg, 2019].

Dokument polisy OC, jest dokumentem z katalogu potwierdzających zdolność podmiotową wykonawcy do realizacji zadania. Zatem w odniesieniu do tego rodzaju dokumentu znajdują zastosowanie przepisy o możliwości jego uzupełniania czy też walidowania błędów w nim zawartych. Tym samym wskazać należy, iż odwołujący składając dokumenty podmiotowe (na wezwanie zamawiającego) był uprawniony do samodzielnego walidowania złożonej pierwotnie polisy, przedstawiając jej prawidłową treść uwzględniającą wysokość wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. W powyższym zakresie Izba nie stwierdziła wadliwego działania odwołującego. Nadto stwierdzić należało, iż zgodnie z przepisem art. 25a ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, do oferty lub wniosku

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Omawiany przepis reguluje kwestie aktualności składanych przez wykonawcę oświadczeń wskazując, iż po pierwsze jest to wstępne oświadczenie, a po drugie, że musi być ono aktualne na dzień składania ofert. Z kolei przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp reguluje kwestię aktualności oświadczeń i dokumentów składanych na wezwanie zamawiającego precyzując, iż zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Powyższe wskazuje w sposób bezpośredni, iż odwołujący wypełniając żądanie zamawiającego z wezwania prawidłowo się do niego ustosunkował przedstawiając polisę OC (która i tak będzie żądana przez zamawiającego na etapie przed podpisaniem umowy, albowiem dotyczy odpowiedzialności cywilnej wykonawcy w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej) wraz z aneksami, rozszerzającymi kwotę odpowiedzialności wykonawcy do wymaganej przez zamawiającego wartości. Tym samym wstępne oświadczenie odwołującego złożone wraz z ofertą nie pozostaje w sprzeczności z wysokością polisy OC wykonawcy. Jedynie na marginesie Izba zwraca uwagę, że zamawiający określając wysokość polisy na poziomie minimum 1 mln euro, nie sprecyzował przy jakim kursie zł/euro, będzie przeliczał wysokość polisy wystawionej w PLN, co w przypadku bardzo zbliżonych wartości mogłoby wywołać kwestię sporu między stronami.

Rekapitulując, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej brak było podstaw do stwierdzenia, iż odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy Pzp. Jak wynika z akt sprawy odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu (pkt 12). Stwierdzić również należało, iż zamawiający nie wykazał, jakie okoliczności faktyczne stanowiły podstawę do zastosowania przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Zamawiający poza przytoczeniem podstawy prawnej nie uzasadnił prawidłowości jej zastosowania.

Zdaniem Izby, w zakresie oznaczenia firmy odwołującego nie występują żadne rozbieżności, dlatego też brak było podstaw do stwierdzenia, iż odwołujący nie wyjaśnił „rzekomych” rozbieżności, na które wskazywał zamawiający w informacji o wykluczeniu odwołującego. Spółka komandytowa, którą jest odwołujący, jest spółką prawa handlowego

zaliczaną do spółek osobowych, w zakresie której regulacje odnajdujemy w dziale III Kodeksu spółek handlowych.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: