

Sygn. akt: KIO/KU 9/19

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 14 lutego 2019 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 16 stycznia 2019 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Ruszów z siedzibą w Ruszowie

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 10 stycznia 2019 r., (znak **UZP/DKZP/WKZ4/420/362(11)/18/SD**) dot. **KU/197/18/DKZP**

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

odbudowę zbiornika retencyjnego Dębowy 13-22-1.1-0.4 wraz z infrastrukturą towarzyszącą w ramach projektu POIS.02.01.00-00-0005/16-00

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Danuta Dziubińska

Dagmara Gałczewska-Romek

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego z dnia 16 stycznia 2019 r. do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 10 stycznia 2019 r. zasługują częściowo na uwzględnienie.

Uzasadnienie

I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany „Prezesem UZP”, „kontrolującym”) wszczął kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „odbudowę zbiornika retencyjnego Dębowy 13-22-1.1-0.4 wraz z infrastrukturą towarzyszącą w ramach projektu POIS.02.01.00-00-0005/16-00” prowadzonego przez Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Ruszów z siedzibą w Ruszowie (zwanego dalej „zamawiającym”).

W dniu 10 stycznia 2019 r. Prezes UZP w informacji o wyniku kontroli wskazał, że stwierdził:

- 1) naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, przez dwukrotne wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy Usługi Budowlane R. W. do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w zakresie informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla podmiotu trzeciego firmy Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. sp. j. oraz dokonanie wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu;
- 2) naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie obowiązku niezwłocznego zwrotu wadium wykonawcy Zakład Budownictwa i Melioracji Wodnych „Ostroga” L. B., B. C.;
- 3) naruszenie 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z § 14 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), dalej jako „rozporządzenie w sprawie dokumentów”, przez żądanie przez zamawiającego złożenia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego – firmy Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. sp. j. potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę;
- 4) naruszenie art. 85 ust. 5 ustawy Pzp, przez błędne określenie terminu związania ofertą.

W uzasadnieniu dotyczącym naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp Prezes UZP podniósł, że z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż wykonawca Usługi Budowlane R. W., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale 6 pkt 6.2. lit. c) SIWZ (dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia oraz potencjału kadrowego) polegał na zasobach innego podmiotu - firmy Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. sp. j. na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp.

W pkt 7.3 SIWZ zamawiający wskazał: „Jeżeli wykonawca wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 b Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22 ust. 1 Pzp, wykonawca będzie zobowiązany do (...) przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt 7.1. lit. d – l)” (tj. dokumentów wskazanych w § 5 pkt 1 – 9 rozporządzenia).

Zamawiający pismem z dnia 08.10.2018 r., działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do wykonawcy Usługi Budowlane R. W. z prośbą o złożenie dokumentów (określonych w § 2 ust. 2 pkt 3, § 2 ust. 4 pkt 1, 2, 10 oraz § 5 pkt 1 – 5, 7-9 rozporządzenia) potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w terminie do dnia 19.10.2018 r.

Ww. wykonawca uzupełnił dokumenty w terminie (wpływ 18.10.2018 r.). Wykonawca nie przedłożył dokumentów dla podmiotu trzeciego - firmy Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. sp. j., na zasoby którego powoływał się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz potencjału kadrowego.

Pismem z dnia 19.10.2018 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Usługi Budowlane R. W. do uzupełnienia w terminie do dnia 31.10.2018 r. dokumentów określonych w § 5 pkt 1 – 5, 7-9 rozporządzenia dla podmiotu trzeciego - firmy Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. sp. j.

Wykonawca uzupełnił dokumenty w terminie (wpływ 23.10.2018 r.). Z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż wykonawca na ww. wezwanie zamawiającego nie przedłożył KRK dla wspólników spółki jawnej.

W związku z powyższym pismem z dnia 25.10.2018 r. zamawiający ponownie wezwał wykonawcę Usługi Budowlane R. W. do uzupełnienia (w terminie do dnia 31.10.2018 r.) dokumentów w zakresie informacji z KRK dotyczącej wspólników spółki w spółce jawnej. Wykonawca uzupełnił ww. dokumenty w terminie (wpływ 26.10.2018 r.).

Prezes UZP wskazał, że zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Prezes UZP argumentował, że - jak potwierdza liczne orzecznictwo oraz doktryna - wezwanie do uzupełnienia poszczególnego wadliwego dokumentu lub braku dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp może być zastosowane jednokrotnie. Norma zawarta w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi bowiem wyjątek od zasady, iż wszystkie dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu należy złożyć wraz z ofertą albo wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a więc do upływu terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W związku z powyższym jako wyjątek od zasady regulacja zawarta w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp powinna być interpretowana ściśle. Dlatego też wskazuje się, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów wymienionych w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w tym dokumentów podmiotowych, powinno mieć charakter jednokrotny, również z tego powodu, aby nie doprowadzić do konsultacji zamawiającego z wykonawcami, co prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Prezes UZP podniósł, że z dokumentacji postępowania wynika, iż zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcę Usługi Budowlane R. W. do uzupełnienia informacji z KRK dla wspólników spółki jawnej firmy Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. Sp. J. dwukrotnie, tj. pismem z dnia 19.10.2018 r. poprzez wskazanie w pkt 4 ww. pisma, iż wykonawca zobowiązany jest przedłożyć „informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy (...)” oraz w dniu 25.10.2018 r., poprzez wskazanie, iż „(...) stosownie do postanowień art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp, wykonawca winien przedłożyć również informację z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą wspólników spółki w spółce jawnej”. Tym samym zamawiający, przez dwukrotne wezwanie wykonawcy Usługi Budowlane R. W. do uzupełniania KRK dla wspólników spółki jawnej, tj. dokumentu określonego w § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, naruszył zasadę jednokrotności uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Prezes UZP wskazał ponadto, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie zostali zaproszeni do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazali braku podstaw wykluczenia. Stwierdził, że w przedmiotowej sprawie wykonawca na pierwsze wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z dnia 19.10.2018 r. nie przedłożył KRK dla wspólników spółki jawnej podmiotu trzeciego firmy Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. sp. j. Tym samym, zamawiający zobligowany był do wykluczenia wykonawcy Usługi Budowlane R. W. z udziału w postępowaniu, nie zaś do ponownego wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia

brakującego dokumentu KRK. Tym samym zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Prezes UZP podniósł także, że stwierdzone naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp miało wpływ na wynik postępowania. W związku z tym, że oferta wykonawcy Usługi Budowlane R. W. została wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu, Prezes Urzędu zalecił zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie wykonawcy Usługi Budowlane R. W. z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a następnie dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Niezależnie od powyższego Prezes UZP podniósł, że w toku kontroli stwierdzono, iż wykonawca Usługi Budowlane R. W. nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie personelu kadrowego. W związku z tym należało uzupełnić informacje zawarte w wykazie osób, tj.:

- czy osoba wskazana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy posiada wymagane doświadczenie. W wykazie osób wskazano, iż Pan P. M. legitymuje się 6- cio letnim stażem pracy w bezpośrednim wykonawstwie hydrotechnicznym. Zatem z powyższego nie wynika, iż ww. osoba spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie minimum 5-letniego doświadczenia zawodowego, licząc od dnia uzyskania uprawnień, polegającego na kierowaniu robotami budowlanymi obejmującymi zakres budownictwa wodnego, oraz, czy ww. doświadczenie zostało zdobyte od dnia uzyskania uprawnień budowlanych,
- czy osoba wskazana do pełnienia funkcji Projektanta posiada wymagane minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe, licząc od dnia uzyskania uprawnień, polegające na projektowaniu robót w wymienionym zakresie budownictwa wodnego. W wykazie osób wskazano jedynie, iż Pan K. Z. posiada 30-letnie doświadczenie zawodowe. Z powyższego nie wynika zatem spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Prezes UZP stwierdził, że ze względu na fakt, iż wykonawca Usługi Budowlane R. W. podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, odstępuje od stwierdzenia naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu kadry o informacje potwierdzające, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu.

W dalszej części informacji o wyniku kontroli Prezes UZP przedstawił uzasadnienie zarzutów naruszenia pozostałych wskazanych przez niego przepisów. Uzasadnienie to nie

zostało przytoczone, gdyż w tym zakresie zamawiający nie wniósł zastrzeżeń wobec informacji o wyniku kontroli.

II.

W dniu 16 stycznia 2019 r. zamawiający wniósł zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Nie zgadzając się z oceną Prezesa UZP zamawiający podniósł, że z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wynika, aby zamawiający był uprawniony wyłącznie jednokrotnie wezwać danego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Zasada ta wynika wyłącznie z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i nie ma umocowania w przepisach. Jej celem jest zagwarantowanie wykonawcom, aby byli równo traktowani, a zamawiający nie naruszył uczciwej konkurencji. Biorąc pod uwagę cel wprowadzenia w orzecznictwie zasady jednokrotnego wezwania do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, jakim jest zapewnienie uczciwej konkurencji, trzeba mieć na względzie, że w przypadku gdy zamawiający traktuje każdego wykonawcę tak samo, tj. w danych okolicznościach każdy z wykonawców także byłby wezwany więcej niż jeden raz do złożenia dokumentów, to zasada uczciwej konkurencji nie jest naruszona. W toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferta Usługi Budowlane R. W. została oceniona najwyżej i dlatego ten wykonawca został wezwany w pierwszej kolejności do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Każdy jednak inny wykonawca w takiej samej sytuacji byłby tak samo potraktowany.

Zamawiający wskazał, że postępowanie zostało przeprowadzone w oparciu o procedurę odwróconą z art. 24aa ustawy Pzp, w której zamawiający bada wyłącznie ofertę jednego wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą. Zatem w sytuacji, kiedy czynności zamawiającego skierowane są wyłącznie do jednego wykonawcy, nie można a priori przesądzać o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji, czy też równego traktowania wykonawców. W tym kontekście, za zbyt daleko idący należałoby również uznać zarzut prowadzenia z wykonawcą negocjacji, ponieważ żądanie przez zamawiającego uzupełnienia konkretnego i wskazanego w SIWZ dokumentu urzędowego (zaświadczenia z KRK), nie może stanowić pola do jakichkolwiek negocjacji.

Odnosząc się do zasadności zarzutu dwukrotnego wezwania wykonawcy Usługi Budowlane R. W. zamawiający w pierwszej kolejności wskazał na postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej zwanej „SIWZ”) dotyczące dokumentów, jakie należy złożyć na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z pkt 7.3. SIWZ, (...) *Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1b PZP, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 PZP, Wykonawca będzie zobowiązany do:*

- (...) przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt 7.1. lit. d-l). Dokumenty wymienione w pkt 7.1. lit. d-l) Wykonawca będzie obowiązany złożyć w terminie wskazanym przez Zamawiającego, nie krótszym niż 10 dni, określonym w wezwaniu wystosowanym przez Zamawiającego do Wykonawcy po otwarciu ofert.

Zamawiający wywiódł, że w ślad za tym postanowieniem SIWZ, w dniu 8 października 2018 r. wezwał wykonawcę Usługi Budowlane R. W. do złożenia w wyznaczonym terminie m.in. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp oraz odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca w odpowiedzi na to wezwanie złożył wyłącznie informację z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą jego samego, tj. R.a W.a.

Zamawiający argumentował, że w związku z tym, iż wykonawca nie złożył informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie dotyczącym podmiotu, na zasobach którego polega, tj. Biura Projektowego SYNTECH S. i J. sp. j., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w dniu 19 października 2018 r. wezwał wykonawcę Usługi Budowlane R. W. do złożenia dla ww. podmiotu trzeciego informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp oraz odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający wskazał, że w odpowiedzi na to wezwanie wykonawca Usługi Budowlane R. W. przedłożył wyłącznie informację z Krajowego Rejestru Karnego dla podmiotu zbiorowego, jakim jest spółka jawna Biuro Projektowe SYNTECH S. i J.. Z powyższego wynika, że nie zostały złożone informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie wyżej opisanym dla współników spółki jawnej będącej podmiotem trzecim, przy czym obowiązek złożenia takiego

dokumentu nie wynikał wprost z wezwania z dnia 19 października 2018 r. (jak również z SIWZ, a także z wezwania z dnia 8 października 2018 r.). Dopiero w wezwaniu z dnia 25 października 2018 r. zamawiający wyraźnie wskazał, że wykonawca Usługi Budowlane R. W. zobowiązany jest złożyć informację z Krajowego Rejestru Karnego w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia podmiotu trzeciego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp dotyczącą wspólników spółki w spółce jawnej. W odpowiedzi na to wezwanie zostały złożone prawidłowe informacje z Krajowego Rejestru Karnego.

Zdaniem zamawiającego z powyższego wynika, że treść wezwania z dnia 19 października 2018 r. nie była wystarczająco precyzyjna i jednoznaczna, tak aby wykonawca potrafił ustalić, jakiego dokumentu żąda zamawiający. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się natomiast, że *Aby takie wezwanie do uzupełnienia mogło być uznane za prawidłowe i tym samym skuteczne, musi ono być jasne, precyzyjne i rzeczowe, tj. takie, które w sposób niebudzący wątpliwości, przedstawia zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie przekazanych mu dokumentów służących potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu* (wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2017 r. sygn. akt 2632/17). Ponadto *Wezwaniu kierowanemu na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. musi towarzyszyć jednoznaczne wskazanie przez Zamawiającego dlaczego jest ono kierowane i w jakim zakresie oczekuje wyjaśnienia, uzupełnienia lub zmiany oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania* (wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2017 r. sygn. akt KIO 1682/17). Zasada jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej może mieć wyłącznie wtedy zastosowanie, gdy pierwsze wezwanie było precyzyjne i jednoznaczne: *Wezwanie do uzupełnienia oznaczonego braku określonego dokumentu, usankcjonowany normą art. 26 ust. 3 p.z.p. ma charakter jednorazowy, ale przy zachowaniu warunków, że treść wezwania jest jednoznaczna i jasna.* (wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2017 r. sygn. akt KIO 1583/17). Dodatkowo: *Dopuszcza się powtórzenie czynności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., ale dotyczy to wyłącznie sytuacji, gdy pierwsze wezwanie było nieprawidłowe lub niekompletne.* (wyrok KIO z dnia 27 marca 2018 r. sygn. akt KIO 493/18).

Zdaniem zamawiającego ponieważ wezwanie z dnia 19 października 2018 r. do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie podmiotu trzeciego, na zasobach którego wykonawca Usługi Budowlane R. W. zamierza polegać, nie było wystarczająco precyzyjne i jasne, konieczne było ponowienie tej czynności celem jednoznacznego wskazania, jakiego dokumentu wykonawca ten nie złożył, tj. iż brak dotyczy

informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert dla współników spółki jawnej Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. sp.j. Z tych względów zamawiający wezwał wykonawcę Usługi Budowlane R. W. do złożenia takich dokumentów w dniu 25 października 2018 r. Wykluczenie tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp byłoby więc przedwcześnie, gdyby nastąpiło przed wezwaniem z dnia 25 października 2018 r. Wykonawca Usługi Budowlane R. W. byłby bowiem uprawniony do skutecznego kwestionowania czynności wykluczenia w odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, co potwierdza także orzecznictwo: *Wykonawca kwestionując czynność wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. ma prawo do kwestionowania uprzedniej czynności w zakresie wezwania w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. Prawidłowe wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. musi być bowiem poprzedzone co najmniej jednym, prawidłowym wezwaniem do uzupełnienia braków skierowanym w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p.* (wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 620/17). Stanowisko to potwierdza także doktryna: *zasada jednokrotnego uzupełniania dokumentów, jednak odnosi się ona do sytuacji, gdy zamawiający w jednym wezwaniu dokonuje wezwania kompleksowego, wskazując na wszystkie błędy i wady dokumentu. Jeżeli jego czynność jest wadliwa lub niepełna, nie można tym faktem obciążać wykonawcy, a czynność tę należy skorygować.* (J. E. Nowicki, Art. 26. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany. System Informacji Prawnej LEX, 2018).

Zamawiający podkreślił także, iż w trakcie badania kwestii spełnienia przez wykonawcę - Usługi Budowlane R. W. - warunków udziału w postępowaniu, nie zaistniała najmniejsza wątpliwość, która stanowiłaby dla zamawiającego przesłankę do dalszego i bardziej szczegółowego badania dokumentów wykonawcy. W odniesieniu do pozostałych dokumentów, w ocenie zamawiającego stanowiło to wyłącznie niewielkie uchybienie, które bez szkody dla poprawności postępowania można było konwalidować w drodze ponownego wezwania, szczegółowo precyzującego żądanie zamawiającego, nota bene którego spełnienie przez wykonawcę okazało się zresztą czystą formalnością.

Zamawiający wskazał także, iż jak wynika z licznego orzecznictwa, przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy, należy uwzględniać i brać pod uwagę fundamentalną zasadę ustawy Pzp, która gwarantując realizację wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasad równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, nie może jednak tracić z pola widzenia celu postępowania o zamówienie publiczne, którym jest zawarcie ważnej umowy i w

konsekwencji realizacja przedmiotu zamówienia. W tym kontekście uznane przez Prezesa UZP jako wadliwe, dwukrotne wezwanie w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, skierowane przez zamawiającego do jedynego badanego w postępowaniu wykonawcy, jawi się jako naruszenie niewspółmiernie małe do zakresu czynności zalecanych przez Prezesa UZP w wynikach przeprowadzonej kontroli, a także konsekwencji tych czynności dla stron postępowania, w tym również dla mienia publicznego, którego dysponentem jest zamawiający. Istotnym jest, iż w sytuacji, kiedy żaden z wykonawców nie jest obecnie związany ofertą, a postępowanie znacznie się przedłużyło, powtórzenie czynności badania ofert może się okazać z dużym prawdopodobieństwem czynnością bezprzedmiotową, z uwagi na brak zainteresowania pozostałych wykonawców realizacją zamówienia.

Zamawiający argumentował, że z uwagi na to, iż wezwanie wykonawcy Usługi Budowlane R. W. z dnia 19 października 2018 r. do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie było wystarczająco precyzyjne i jasne (nie wynikało z niego, że wykonawca w związku z poleganiem na zasobach podmiotu trzeciego Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. sp.j. zobowiązany jest złożyć dla wspólników spółki jawnej, a nie tylko wyłącznie dla samej spółki jawnej, informacje z Krajowego Rejestru Karnego), konieczne było powtórne wezwanie z dnia 25 października 2018 r. Zaniechanie dodatkowego wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp skutkowałoby niezasadnym wykluczeniem wykonawcy Usługi Budowlane R. W. z udziału w postępowaniu. Z tych względów należy uznać, że zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp, a więc brak jest podstaw do realizacji zalecenia kontroli uprzedniej tj. dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający podkreślał systematyczne odchodzenie ustawodawcy od formalistycznego podejścia do procedury postępowania i kierowanie się ku zasadzie racjonalnej analizy dokumentów składanych w toku postępowania. Wykonawca nie powinien bowiem zostać wykluczony z postępowania, wyłącznie z uwagi na uchybienia o niewielkim ciężarze gatunkowym, jeżeli z treści pozostałych dokumentów oraz innych okoliczności można wywieść, że czynią one zadość wymogom Zamawiającego. Zasada formalizmu, nie może więc przesłaniać naczelnej zasady udzielania zamówień publicznych tzn. udzielenia zamówienia na rzecz wykonawcy, którego oferta jest najkorzystniejsza oraz zgodna z wymogami SIWZ. Formalizm ten, jak i nadanie przez ustawodawcę jednolitych dla wszystkich uczestników postępowania ram i postawienie jednakowych wymagań podporządkowane są bowiem temu celowi i nie powinny mieć przed nim pierwszeństwa.

Zamawiający podniósł także, że jednocześnie Prezes UZP uznał, iż wykonawca Usługi Budowlane R. W. nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie personelu kadrowego i w związku z tym należało uzupełnić informacje zawarte w wykazie osób, tj.:

- wykazać, że osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika budowy, Pan P. M., posiada wymagane doświadczenie (5 lat), licząc od dnia uzyskania uprawnień, polegające na kierowaniu robotami budowlanymi obejmującymi zakres budownictwa wodnego,
- wykazać, że osoba wskazana do pełnienia funkcji projektanta, Pan K. Z., posiada wymagane doświadczenie (5 lat), licząc od dnia uzyskania uprawnień, polegające na projektowaniu robót w zakresie budownictwa wodnego.

Zamawiający wywiódł, że informacje o długości posiadanego doświadczenia oraz roku uzyskania uprawnień wynikają z odczytywanych łącznie: wykazu osób oraz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówień (JEDZ) złożonego przez wykonawcę Usługi Budowlane R. W.:

- Pan P. M. posiada uprawnienia budowlane nr 41/DOŚ/13 do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej wydane dnia 11 czerwca 2013 r. (informacja zawarta w JEDZ). Posiada więc ponad 5-letnie doświadczenie, które w wykazie osób doprecyzowano jako bezpośrednie wykonawstwo hydrotechniczne. Został więc spełniony warunek udziału określony w pkt 6.2. lit. c tiret 2 pkt 1 SIWZ.
- Pan K. Z. posiada uprawnienia do projektowania w specjalności inżynierii melioracji wodnych, nr uprawnień 2732/94 (informacja zawarta w JEDZ). Posiada więc ponad 5-letnie doświadczenie. Został więc spełniony warunek udziału określony w pkt 6.2. lit. c tiret 2 pkt 2 SIWZ.

Zamawiający podniósł także, że na etapie badania ofert zamawiający nie jest uprawniony do żądania dokumentów potwierdzających posiadane uprawnienia; zamawiający może żądać wyłącznie tych dokumentów, które określone są 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 (Dz. U. poz. 1126 z późn. zm.), w tym 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 (§ 2 ust. 4 pkt 10), których zamawiający zażądał w pkt 7.13. lit. c SIWZ. Brak dowolności żądania dokumentów przez zamawiającego wynika także z art. 25 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp: W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wyjaśniał, iż zakres informacji podanych przez ww. wykonawcę był adekwatny do jego oczekiwań. Zamawiający formułując wymagania w pkt. 6.2 lit. c) SIWZ nie dał bowiem wykonawcom żadnego pola manewru w tym zakresie, oczekując wskazania z imienia i nazwiska osób, które posiadają określone kompetencje i doświadczenia, a które następnie wezmą udział w realizacji zamówienia. Stąd też taki, a nie inny zakres wymaganych oświadczeń został wskazany w załączniku nr 13 do SIWZ. Zamawiający bazował zatem na oświadczeniu wykonawców (załącznik nr 6 do SIWZ), nie wymagając na tę okoliczność dodatkowych wyjaśnień, ani dowodów. W ocenie zamawiającego, wykonawca Usługi Budowlane R. W. wykazał przez złożenie JEDZ oraz wykazu osób, że spełnia warunek udziału określony w pkt 6.2. lit. c tiret 2 SIWZ, a tym samym brak było podstaw, aby go wezwać do uzupełniania wykazu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający podniósł także, że aby mieć pewność, iż wykonawca z którym podpisze umowę w sprawie zamówienia publicznego posiada personel spełniający wymagania określone w SIWZ, w pkt 15.1. lit. d tiret 2 SIWZ wymaga, aby przed zawarciem umowy wykonawca złożył zamawiającemu dokumenty potwierdzające warunek posiadanego wykształcenia oraz uprawnień osób wskazanych przez wykonawcę w JEDZ.

III.

W dniu 30 stycznia 2019 r. Prezes UZP, nie uwzględnił zastrzeżeń zamawiającego do informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

Prezes Urzędu wskazał w pierwszej kolejności, iż zasada jednokrotnego wzywania - w odróżnieniu od podstawowych zasad procesu udzielania zamówień publicznych - nie znajduje bezpośredniego odzwierciedlenia w przepisach ustawy Pzp. Granicę stosowania zasady jednokrotności wzywania, stanowią przede wszystkim podstawowe zasady procesu udzielania zamówień publicznych, w tym zasada równego traktowania wykonawców, która ma na celu zapobieżenie wzywaniu danego wykonawcy „do skutku”, tj. ponawianie wzywania kolejny raz w

oparciu o tę samą podstawę prawną, tj. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w zakresie tych samych oświadczeń lub dokumentów, która to sytuacja w ramach ustalonej linii orzeczniczej i w doktrynie, została uznana za niedopuszczalną.

Prezes UZP wywiódł, że przedmiotowe postępowanie zostało przeprowadzone z wykorzystaniem procedury, o której mowa w art. 24 aa ustawy Pzp, tj. tzw. „procedury odwróconej”, która jest swego rodzaju uproszczeniem etapu badania ofert. Od procedury standardowej odróżnia się tym, że pod kątem przesłanek wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu bada się wyłącznie wykonawcę, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, a nie wszystkich wykonawców. Zatem wybór procedury, w której zamawiający decyduje się przeprowadzić postępowanie, tj. „standardowa”, czy „odwrócona” nie zwalnia zamawiającego z obowiązku przeprowadzenia postępowania w sposób transparentny z poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady równego traktowania wykonawców.

Prezes UZP argumentował, że jak wynika z analizy dokumentacji przedmiotowego postępowania, zamawiający w pkt 7.3 SIWZ wskazał: „Jeżeli wykonawca wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 b Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22 ust. 1 Pzp, wykonawca będzie zobowiązany do (...) przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt 7.1. lit. d – l)” (tj. dokumentów wskazanych w § 5 pkt 1 – 9 rozporządzenia). „Dokumenty wymienione w pkt 7.1. lit. d-l) Wykonawca będzie obowiązany złożyć w terminie wskazanym przez Zamawiającego, nie krótszym niż 10 dni.”.

Kontrolujący wskazał, że w wyniku oceny ofert najwyżej oceniona została oferta wykonawcy Usługi Budowlane R. W.. W związku z powyższym pismem z dnia 08.10.2018 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do ww. wykonawcy z prośbą o złożenie dokumentów (określonych w § 2 ust. 2 pkt 3, § 2 ust. 4 pkt 1, 2, 10 oraz § 5 pkt 1 – 5, 7-9 rozporządzenia) potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w terminie do dnia 19.10.2018 r.

Prezes UZP wskazał, że ww. wykonawca uzupełnił dokumenty w terminie wskazanym przez zamawiającego. Wykonawca nie złożył dokumentów dla podmiotu trzeciego - firmy Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. sp. j., na zasoby którego powoływał się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz potencjału kadrowego.

W związku z niezłożeniem dokumentów dla podmiotu trzeciego, tj. firmy Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. Sp. J. zamawiający pismem z dnia 19.10.2018 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Usługi Budowlane R. W. do uzupełnienia w terminie do dnia 31.10.2018 r. dokumentów określonych w § 5 pkt 1 – 5, 7-9 rozporządzenia dla ww. podmiotu trzeciego. W ww. piśmie Zamawiający wskazał, iż „(...) Zamawiający wzywa (...) do uzupełnienia złożonej oferty poprzez przedłożenie (...) dokumentów, potwierdzających złożone w JEDZ oświadczenie o spełnieniu przez Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. Spółka Jawna (...) podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się wykonawca, warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia (art. 25 ust.1 pkt 1 i 3 w zw. z art. 22 ust 1 ustawy Pzp). Zgodnie z treścią postanowień pkt 7.3 SIWZ (...) wykonawca będzie zobowiązany do przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt 7.1. lit. d-l). (...) Z uwagi na powyższe w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczącego braku przesłanek do wykluczenia z postępowania, wykonawca w zakresie Biura Projektowego Syntech S. i J. Spółka Jawna (...) winien przedłożyć (...) informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13,14 i 21 ustawy (...).”.

Prezes UZP wskazał ponadto, że wykonawca uzupełnił dokumenty w terminie wskazanym przez zamawiającego. Z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż wykonawca na ww. wezwanie zamawiającego nie przedłożył KRK dla wspólników spółki jawnej.

Prezes UZP podniósł, że w związku z powyższym nie sposób zgodzić się z argumentacją zamawiającego, iż treść wezwania z dnia 19.10.2018 r. była nieprecyzyjna, co uniemożliwiało wykonawcy złożenie właściwego dokumentu. Podkreślił, iż od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, jako podmiotu profesjonalnie prowadzącego działalność gospodarczą, należy wymagać określonego poziomu staranności. Z treści postanowień SIWZ (pkt. 7.3 SIWZ), jak również z treści ww. wezwania o uzupełnienie dokumentów w sposób jednoznaczny wynika, jakich dokumentów zamawiający wymagał w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Zamawiający powołując się na ww. zapisy SIWZ dokonał kompleksowego wezwania o wszystkie dokumenty, jakie winny być przedłożone w odniesieniu do podmiotu trzeciego na wykazanie braku podstaw do wykluczenia.

Zamawiający wywiódł, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, w przypadku ich niezłożenia,

jednakże nie rodzi to po stronie zamawiającego obowiązku podejmowania dalszych (innych) czynności, które doprowadzą w efekcie do potwierdzenia przez wykonawcę, iż nie podlega on wykluczeniu z udziału w postępowaniu, takie bowiem działanie, jak już zostało wskazane powyżej, stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez wzywaniem wykonawcy „do skutku” w zakresie uzupełnienia brakującego dokumentu. Obowiązek złożenia dokumentów, które potwierdzają określone okoliczności, spoczywa na wykonawcy i to on musi dołożyć należytej staranności, aby temu obowiązkowi zadośćuczynić, a przez to nie narazić się na negatywne konsekwencje w postaci wykluczenia z postępowania. W związku z powyższym obowiązkiem wykonawcy było wykazanie, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 19.10.2018 r., iż wobec podmiotu trzeciego, tj. firmy Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. sp. j. brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania, przez złożenie wymaganych przez zamawiającego dokumentów. Niewątpliwie w przedmiotowym postępowaniu wykonawca Usługi Budowlane R. W. nie dochował należytej staranności przy uzupełnianiu dokumentów, tym samym zamawiający zobowiązany był do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia – nie zaś do ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów, co miało miejsce w dniu 25.10.2018 r. W powyższym wezwaniu zamawiający bowiem ponownie wezwał wykonawcę Usługi Budowlane R. W. do uzupełnienia dokumentów w zakresie informacji z KRK dotyczącej wspólników spółki w spółce jawnej. Przedmiotowe wezwanie niewątpliwie było kolejnym wezwaniem w oparciu o tę samą podstawę prawną, tj. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów na tą samą okoliczność, tj. w zakresie KRK dla wspólników spółki jawnej, co w świetle utrwalonej linii orzeczniczej oraz doktryny uznać należy za niedopuszczalne.

Prezes UZP podkreślił, iż postępowanie o udzielenie zamówienia ma formalny charakter, tj. stanowi uporządkowane czynności zamawiającego, które mają swe źródło w przepisach ustawy Pzp. Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, tym samym zawarcie umowy z wykonawcą Usługi Budowlane R. W., tj. wykonawcą który w świetle przepisów ustawy Pzp powinien zostać wykluczony z udziału w przedmiotowym postępowaniu, prowadziłoby nie tylko do naruszenia przepisów ustawy Pzp, ale także mogłoby być uznane za naruszenie przepisów dyscypliny finansów publicznych. Tym samym niezasadne jest marginalizowanie przedmiotowego naruszenia przez zamawiającego.

Wobec powyższego Prezes UZP podtrzymał stanowisko odnośnie naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, przez dwukrotne

wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy Usługi Budowlane R. W. do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w zakresie informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla podmiotu trzeciego firmy Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. sp. j. oraz dokonanie wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Odnosząc się natomiast do uwag zamawiającego w zakresie braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego przez wykonawcę Usługi Budowlane R. W. wskazał, iż odstąpił do stwierdzenia naruszenia w ww. zakresie, bowiem ww. wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania.

Z treści zastrzeżeń wynika, iż spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia osób wskazanych do pełnienia funkcji Kierownika Budowy oraz Projektanta zamawiający wywiódł jedynie z daty uzyskania uprawnień budowlanych przez Pana P.M.(11.06.2013 r., nr 41/DOŚ/13) oraz Pana K. Z. (nr 2732/94).

Odnosząc się do powyższego Prezes UZP wskazał, iż z faktu posiadania przez Pana P. M. oraz Pana K. Z. uprawnień o wskazanych oznaczeniach wynika jedynie, że ww. osoby uzyskały uprawnienia budowlane odpowiednio w roku 2013 i 1994. Niemniej w dokumentacji nie wskazano, czy posiadają oni wymagane 5-letnie doświadczenie zawodowe, polegające na kierowaniu robotami budowlanymi obejmującymi zakres budownictwa wodnego w przypadku Pana P. M. oraz w odniesieniu do Pana K. Z. - na projektowaniu robót budowlanych w zakresie budownictwa wodnego. Wykonawca opisując doświadczenie ww. osób wskazał jedynie, iż Pan P. M. posiada - „6 lat pracy w wykonawstwie hydrotechnicznym”, zaś Pan K. Z. – „30-letnie doświadczenie zawodowe”. Podkreślał, iż fakt posiadania uprawnień od 2013 r., czy też od 1994 r. nie jest tożsamy z posiadaniem doświadczenia zawodowego, w tym doświadczenia zawodowego w danym zakresie. Nie ma bowiem obowiązku wykonywania określonego zawodu, mimo posiadania uprawnień do jego wykonywania. Doświadczenie zawodowe wymagane w tym postępowaniu przez Zamawiającego zdobywa się przez pracę w określonym zawodzie. Tym samym okres doświadczenia zawodowego na danym stanowisku nie musi się pokrywać z okresem posiadania konkretnych uprawnień. Doświadczenie nabywa się nie przez posiadanie określonych uprawnień, lecz przez wykonywanie czynności z nich wynikających, które należy wykazać.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy Usługi Budowlane R. W. do uzupełnienia wykazu osób w zakresie:

- Kierownika budowy, tj. czy Pan P. M. posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe, licząc od dnia uzyskania uprawnień, polegające na kierowaniu robotami budowlanymi obejmującymi zakres budownictwa wodnego, oraz czy ww. doświadczenie zostało zdobyte od dnia uzyskania uprawnień budowlanych,

- Projektanta, tj. czy Pan K. Z. posiada wymagane minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe, licząc od dnia uzyskania uprawnień, polegające na projektowaniu robót w zakresie budownictwa wodnego.

Prezes UZP argumentował, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, mając na celu wybór wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie złożonych przez wykonawcę dokumentów żądanych przez zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych oraz dokumentów warunkujących zgodność treści oferty z treścią SIWZ. Podkreślał, że to zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań, uwzględniając wszelkie istotne informacje, w tym specyfikę zamówienia objętego prowadzonym postępowaniem. Wskazane warunki oraz wymagania są wiążące dla zamawiającego i wykonawców w toku postępowania. Oznacza to, że zamawiający miał obowiązek zweryfikować wykonawców pod kątem spełniania opisanego przez siebie warunku. Ponadto Prezes UZP zwrócił uwagę, iż w informacji o wyniku kontroli nie zostało wskazane, iż zamawiający winien wezwać wykonawcę Usługi Budowlane R. W. do uzupełnienia dokumentu - decyzji o nadaniu uprawnień budowlanych. Wskazano natomiast, iż zamawiający zobowiązany był wezwać ww. wykonawcę do uzupełnienia wykazu kadry o informacje, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego, bowiem powyższe - w zakresie wymagań dla osób wskazanych do pełnienia funkcji Kierownika Budowy oraz Projektanta nie wynika ani z oświadczenia JEDZ wykonawcy ani z wykazu osób, przekazanego na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym zaniechanie przez zamawiającego czynności wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia wykazu osób potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, od stwierdzenia którego Prezes Urzędu odstąpił z uwagi na fakt, iż wykonawca Usługi Budowlane R. W. winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

IV.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

V.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania kontrolnego, a także argumentacji zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia zamawiającego zasługują częściowo na uwzględnienie.

Zdaniem Izby Prezes Urzędu błędnie uznał, iż zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, przez dwukrotne wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy Usługi Budowlane R. W. do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w zakresie informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla podmiotu trzeciego firmy Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. Sp. J. oraz przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, 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.

Stosownie do 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.

Ustalono, że w pkt 7.1. g SIWZ zamawiający wskazał, iż będzie wymagał złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy oraz odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W pkt 7.1 SIWZ doprecyzowano także, że dokumenty wskazane w pkt 7.1. lit. b-l Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, będzie obowiązany złożyć w terminie wskazanym przez Zamawiającego, nie krótszym niż 10 dni, określonym w wezwaniu wystosowanym przez Zamawiającego do Wykonawcy po otwarciu ofert.

Ustalono ponadto, że w pkt 7.3 SIWZ zamawiający wskazał: „Jeżeli wykonawca wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 b Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22 ust. 1 Pzp, wykonawca będzie zobowiązany do (...) przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt 7.1. lit. d – l)”. Zamawiający doprecyzował także, że dokumenty wymienione w pkt 7.1. lit. d-l) Wykonawca będzie obowiązany złożyć w terminie wskazanym przez Zamawiającego, nie krótszym niż 10 dni, określonym w wezwaniu wystosowanym przez Zamawiającego do Wykonawcy po otwarciu ofert.

Nie było sporne, że wykonawca Usługi Budowlane R. W., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale 6 pkt 6.2. lit. c) SIWZ (dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia oraz potencjału kadrowego) polegał na zasobach innego podmiotu - firmy Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. sp. j., na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 8 października 2018 r., skierowanym do wykonawcy - Usługi Budowlane R. W., działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wskazał, że w zakresie dokumentów potwierdzających brak przesłanek do wykluczenia z postępowania, Wykonawca winien złożyć:

- 1) zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub inny dokument potwierdzający, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem

zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,

- 2) zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo inny dokument potwierdzający, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub inny dokument potwierdzający, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,
- 3) informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy oraz odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 przed upływem terminu składania ofert,
- 4) oświadczenie Wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo - w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji - dokumenty potwierdzające dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności (w odniesieniu do przesłanki wykluczenia opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 15 PZP) (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ),
- 5) oświadczenie Wykonawcy o braku prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 PZP (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ),
- 6) oświadczenie Wykonawcy o braku wydania wobec niego ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym w zakresie określonym przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 PZP (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ),

- 7) oświadczenie Wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 716) (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ).

W dalszej kolejności ustalono, że wykonawca Usługi Budowlane R. W. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 października 2018 r. złożył wszystkie wymagane przez zamawiającego dokumenty.

Ustalono również, że zamawiający, pismem z dnia 19 października 2018 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Usługi Budowlane R. W. do uzupełnienia – w odniesieniu do podmiotu trzeciego Biura Projektowego Syntech S. i J. sp. j. – następujących dokumentów:

- 1) odpisu z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 PZP,
- 2) zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,
- 3) zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo inny dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,
- 4) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy oraz odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym

przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,

- 5) oświadczenia Wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo - w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji - dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności (w odniesieniu do przesłanki wykluczenia opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 15 PZP) (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ),
- 6) oświadczenia Wykonawcy o braku wydania prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 PZP (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ),
- 7) oświadczenia Wykonawcy o braku wydania wobec niego ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym w zakresie określonym przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 PZP (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ),
- 8) oświadczenia Wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 716) (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ).

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca Usługi Budowlane R. Wojtasia złożył dokumenty wymienione w wezwaniu, za wyjątkiem informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp dla wspólników spółki w spółce jawnej.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający, pismem z dnia 25 października 2018 r. działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Usługi Budowlane R. W. do uzupełnienia – w odniesieniu do podmiotu trzeciego Biura Projektowego Syntech S. i J. sp. j. - informacji z KRK dotyczącej wspólników spółki w spółce jawnej.

Ustalono ponadto, że w odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca Usługi Budowlane R. W. złożył wymagane informacje z KRK dla wspólników Biura Projektowego Syntech S. i J. sp. j.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne nie można było się zgodzić z najdalej idącym wnioskiem zamawiającego, który w zastrzeżeniach wywiódł, że z treści SIWZ nie wynikał obowiązek złożenia informacji o niekaralności z KRK dla wspólników spółki jawnej, będącej podmiotem trzecim, na którego zasobach wykonawca polegał celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby wymóg złożenia takiego dokumentu wynikał jednoznacznie z pkt 7.3. w zw. z pkt 7.1.g SIWZ. Według Izby, zamawiający określając w pkt 7.1. g SIWZ wymóg złożenia dokumentów mógł poprzestać na przywołaniu treści przepisu ustawy, w szczególności art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. W przepisie tym nałożono obowiązek wykluczenia z postępowania m.in. spółki jawnej, której wspólnika prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp. Jeżeli zatem zamawiający nałożył w SIWZ obowiązek złożenia informacji „w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp”, a wykonawcą była spółka jawna, to oczywistym było, że informację z KRK należało złożyć dla jej wspólników.

W dalszej kolejności zamawiający wywiódł, że obowiązek złożenia informacji o niekaralności z KRK dla wspólników Biura Projektowego SYNTECH S. i J. sp. j., na której zasobach wykonawca polegał celem wykazania warunków, nie wynikał jednoznacznie z treści wezwania z dnia 8 października 2018 r. Izba stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego w tym zakresie okazały się trafne. Uszło uwadze Prezesa Urzędu, że wykonawca Usługi Budowlane R. W., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 października 2018 r., złożył wszystkie dokumenty wymienione w treści tego wezwania. Owszem, wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia dla podmiotu trzeciego - firmy Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. Sp. J., na zasoby którego powoływał się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz potencjału kadrowego. Dostrzeżenia wymagało jednak, że wykonawca nie miał obowiązku ich na tym etapie złożyć. Prezes Urzędu pominął w opisie stanu faktycznego postanowienia pkt 7.3. SIWZ. Zgodnie z pkt 7.3. SIWZ wykonawca zobowiązany był złożyć dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotów trzecich w terminie wskazanym przez Zamawiającego, nie krótszym niż 10 dni, określonym w wezwaniu wystosowanym przez Zamawiającego do Wykonawcy po otwarciu ofert. Z postanowienia tego jednoznacznie wynikało, że obowiązek złożenia spornych dokumentów aktualizował się dopiero z momentem wystosowania do

wykonawcy stosownego wezwania. Tymczasem w piśmie z dnia 8 października 2018 r. próżno było szukać prośby o złożenie dokumentów, o których mowa w pkt 7.3 SIWZ. W analizowanym wezwaniu zamawiający poprosił wykonawcę o złożenie dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, ale jedynie w odniesieniu do niego samego, a nie podmiotu trzeciego. Zamawiający słusznie podnosił w zastrzeżeniach, że wykonawca nie może ponosić negatywnych skutków zaniedbań po stronie zamawiającego. Zdaniem Izby, wykonawca miał prawo działać w zaufaniu do treści kierowanego do niego wezwania i nie miał obowiązku poszukiwać treści w nim niewyartykułowanych. Jak słusznie wskazał zamawiający, powołując się na poglądy orzecznictwa, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców powinny być jasne, precyzyjne i rzeczowe. Dostrzeżenia wymagało także, że w odpowiedzi na zastrzeżenia zamawiającego Prezes Urzędu w ogóle nie ustosunkował się do argumentu zamawiającego o braku należytej precyzji w wezwaniu z dnia 8 października 2018 r. W odpowiedzi na zastrzeżenia zamawiającego uwaga Prezesa Urzędu skoncentrowała się jedynie na analizie wezwania z dnia 19 października 2018 r.

W dalszej kolejności nie podzielono zastrzeżenia zamawiającego, jakoby również wezwanie z dnia 19 października 2018 r. okazało się nieprecyzyjne. Dostrzeżenia wymagało, że w pkt 3.4) omawianego wezwania zamawiający wskazał, że w odniesieniu do podmiotu Biuro Projektowe Syntech S. i J. sp. j. wymaga złożenia m.in. informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Takie wezwanie - w okolicznościach danej sprawy – okazało się prawidłowe i jednoznaczne. Skoro w treści przywołanego art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, jest mowa o niekaralności wspólników w spółce jawnej, to oczywistym jest, że informacje z KRK należało złożyć dla ww. osób. Zamawiający nie miał obowiązku przytaczania wykonawcy treści przepisu ustawy Pzp, który ten – jako profesjonalista – powinien znać.

Podkreślenia wymagał jednak fakt, że wykonawca aż do dnia 19 października 2018 r. w ogóle nie został wezwany do złożenia informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w odniesieniu do Biura Projektowego Syntech S. i J. sp. j. w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo iż obowiązek wystosowania takiego wezwania wynikał wyraźnie z pkt 7.3. SIWZ. Jak wskazano wcześniej, poprzednie wezwanie z dnia 8 października 2018 r. milczało na ten temat. W tej sytuacji omawiane wezwanie z dnia 19 października 2018 r. należało traktować jako pierwsze wezwanie do złożenia dokumentów w odniesieniu do podmiotu trzeciego, wypełniające dyspozycję pkt 7.3. SIWZ. Było to zatem wezwanie kierowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, a nie – jak wskazano w piśmie – wystosowane na podstawie art. 26

ust. 3 ustawy Pzp. Błędna kwalifikacja prawna wezwania wskazana przez zamawiającego nie mogła rodzić negatywnych konsekwencji po stronie wykonawcy.

W dalszej kolejności stwierdzono, że rzeczywiście, pomimo prawidłowego wezwania z dnia 19 października 2018 r., wykonawca Usługi Budowlane R. W. nie złożył zamawiającemu informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w odniesieniu do wspólników Biura Projektowego Syntech S. i J. sp. j. W tej sytuacji zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia braku w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wezwanie takie zamawiający prawidłowo wystosował w piśmie z dnia 25 października 2018 r., a wykonawca – w odpowiedzi na nie - złożył wymagane dokumenty. Wbrew stanowisku Prezesa Urzędu wezwanie z dnia 25 października 2018 r. nie mogło być potraktowane jako drugie wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jak bowiem wyjaśniono wcześniej, poprzednie wezwanie z dnia 19 października 2018 r. należało potraktować jako wezwanie kierowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Na konieczność odróżniania wezwania kierowanego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp od wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zwrócił uwagę w swych opiniach sam Prezes Urzędu.

Przepis powyższy (art. 26 ust. 3 – przy. Izby) dotyczy zatem sytuacji, w której wykonawca pomimo obowiązku złożenia oświadczeń lub dokumentów, wynikających z ustawy Pzp, lub wcześniejszego wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust 1 i 2 ustawy Pzp, nie złożył powyższych oświadczeń lub dokumentów albo złożone dokumenty lub oświadczenia są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości. (<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/kwalifikacja-podmiotowa-wykonawcow/czym-rozni-sie-wezwanie-do-zlozenia-dokumentow-w-trybie-art.-26-ust.-1-i-ust.-2-od-procedury-przewidzianej-w-art.-26-ust.-3-i-art.-26-ust.-3a-ustawy-pzp>).

W konsekwencji zatem Prezes Urzędu błędnie uznał, że uzupełnienie brakujących dokumentów dokonane pismem z dnia 26.10.2018 r. było bezskuteczne i powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy Usługi Budowlane R. W. z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, to jest z powodu niewykazania braku podstaw do wykluczenia.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie w zakresie dotyczącym niewykazania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem kadrowym, o których mowa w pkt 6.2. lit. c SIWZ.

Ustalono, że zamawiający w pkt 6.2. lit. c SIWZ opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem kadrowym. Zamawiający wskazał, że warunek zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował:

- minimum 1 osobą pełniącą funkcję kierownika budowy, posiadającą ważne uprawnienia budowlane obejmujące zakres budownictwa wodnego, posiadającą minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe, licząc od dnia uzyskania uprawnień, polegające na kierowaniu robotami budowlanymi w wymienionym zakresie. (...)

- minimum 1 osobą pełniącą funkcję projektanta, posiadającą uprawnienia w zakres budownictwa wodnego, posiadającą minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe, licząc od dnia uzyskania uprawnień, polegające na projektowaniu robót w wymienionym zakresie. (...).

Ustalono także, że zgodnie z pkt 7.1. a SIWZ, w celu potwierdzenia (...) warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 6.2. wykonawca będzie zobowiązany przedstawić Zamawiającemu oświadczenie Wykonawcy stanowiące wstępne potwierdzenie spełnienia warunków w udziale w postępowaniu określonych w niniejszej SIWZ (...) złożone na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej „JEDZ”).

Ustalono ponadto, że w pkt 7.13 c SIWZ, zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów. Wśród wymaganych dokumentów wymieniono m.in. *wykaz 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 (według wzoru stanowiącego załącznik nr 11 do SIWZ).*

Ustalono również, że wykonawca Usługi Budowlane R. W. złożył wraz z ofertą dokument JEDZ, w którym wskazał, że dysponuje następującymi osobami:

1. mgr inż. P. M., posiadający uprawnienie budowlane nr 41/DOŚ/13 do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej wydane 11.06.2013 r.,
2. mgr inż. K. Z., posiadający uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności inżynierii melioracji wodnych nr 2732/94.

Ustalono ponadto, że wraz z ofertą złożono także zobowiązanie firmy Biuro Projektowe Syntech S. i J. sp.j., w którym podmiot ten oddał do dyspozycji wykonawcy Usługi Budowlane R. W. m.in. osobę pełniącą funkcję projektanta - mgr inż. K. Z., posiadającego uprawnienia do projektowania w specjalności inżynierii melioracji wodnych nr 2732/94 i legitymującego się 30-letnim doświadczeniem zawodowym.

Ustalono także, że wykonawca Usługi Budowlane R. W. złożył zamawiającemu wypełniony załącznik nr 13 do SIWZ (wykaz osób). W wykazie tym wskazał, że dysponuje następującymi osobami:

1. P. M., posiadający 6 lat pracy w bezpośrednim wykonawstwie hydrotechnicznym,
2. K. Z., posiadający 30-letnie doświadczenie zawodowe.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, że wykonawca Usługi Budowlane R. W. nie wykazał zamawiającemu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 6.2. lit. c SIWZ. Nie wykazano bowiem, czy:

1. P. M. posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe, licząc od dnia uzyskania uprawnień, polegające na kierowaniu robotami budowlanymi w zakresie budownictwa wodnego,
2. K. Z. posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe, licząc od dnia uzyskania uprawnień, polegające na projektowaniu robót w zakresie budownictwa wodnego.

W tym zakresie za niewystarczającą należało uznać informację, iż pan P. M. legitymuje się 6-letnim doświadczeniem w bezpośrednim wykonawstwie hydrotechnicznym. Powyższe nie jest tożsame z wymaganym 5-letnim doświadczeniem zawodowym w kierowaniu robotami budowlanymi w zakresie budownictwa wodnego. Nie wiadomo bowiem, czy doświadczenie to zdobyto przy kierowaniu robotami oraz czy zdobyto je po nabyciu uprawnień, czy przed tą datą.

Niewystarczające dla spełnienia warunku okazały się także informacje dotyczące pana K. Z.. Informacja o tym, iż posiada on 30-letnie doświadczenie zawodowe nic nie mówi na temat tego, czy jest to doświadczenie polegające na projektowaniu i czy zostało nabyte po zdobyciu uprawnień.

Nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja, jakoby okres wymaganego doświadczenia miał być możliwy do ustalenia na podstawie daty nabycia uprawnień przez pana P. M. (11.06.2013 r.) czy roku uzyskania uprawnień przez pana K. Z. (1994 r.). Jak słusznie wskazał Prezes Urzędu, z faktu posiadania uprawnień nie wynika fakt nabycia wymaganego w SIWZ doświadczenia. Nie ma bowiem obowiązku praktykowania określonego zawodu, pomimo posiadania uprawnień do jego wykonywania. Okres posiadania uprawnień nie musi się zatem pokrywać z okresem nabywania doświadczenia zawodowego na określonym stanowisku.

Nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja zamawiającego, jakoby nie miał podstaw do weryfikacji warunku w świetle dokumentów żądanych w SIWZ. W pkt 7.13. lit. c SIWZ zamawiający jednoznacznie zażądał od wykonawców złożenia wykazu osób. Co istotne, dokument ten miał zawierać m.in. informacje na temat doświadczenia osób kierowanych do realizacji zamówienia.

Zamawiający nie mógł się także zwolnić z obowiązku weryfikacji warunku na etapie oceny ofert, powołując się na postanowienia pkt 15.1. lit. d tiret 2 SIWZ. W postanowieniach tych rzeczywiście zastrzeżono, że zamawiający będzie wymagał, aby przed zawarciem umowy wykonawca złożył zamawiającemu dokumenty potwierdzające warunek posiadanego wykształcenia oraz uprawnień osób wskazanych przez wykonawcę w JEDZ. Uszło uwadze zamawiającego, że pkt 15 SIWZ dotyczy formalności, jakie wykonawca powinien wykonać „po wyborze oferty najkorzystniejszej”. Podkreślenia wymaga, że aby wybrać ofertę jako najkorzystniejszą, należy wpiery ustalić, czy nie została złożona przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowaniu z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ofertę takiego wykonawcy uznaje się bowiem za odrzuconą (por. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp), a zatem nie może ona zostać wybrana jako najkorzystniejsza. W konsekwencji, ustanowiony przez zamawiającego w pkt 15 SIWZ dodatkowy sposób weryfikacji potencjału kadrowego wykonawcy nie mógł uchylać ustawowego obowiązku zbadania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przed wyborem danej oferty jako najkorzystniejszej.

Biorąc powyższe pod uwagę, zamawiający zobowiązany będzie wezwać wykonawcę Usługi Budowlane R. W. do uzupełnienia wymaganych w pkt 6.2. lit. c SIWZ informacji o długości

okresu doświadczenia zawodowego osób przewidzianych do pełnienia funkcji kierownika budowy i projektanta. Prezes Urzędu błędnie uznał, iż należało odstąpić od stwierdzenia ww. naruszenia przyjmując nieprawidłowo, iż wykonawca ten podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania braku podstaw wykluczenia.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli uprzedniej zasługiwały częściowo na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 171 a w zw. z art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....