

WYROK
z dnia 3 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2012 r. przez **Sport Halls Sp. z o. o., ul. Komuny Paryskiej 57 lok. 15, 50-452 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Żywiec, ul. Rynek 2, 34-300 Żywiec,**

orzeka:

1. **uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny oferty i wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.**
2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Żywiec, ul. Rynek 2, 34-300 Żywiec, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Sport Halls Sp. z o. o., ul. Komuny Paryskiej 57 lok. 15, 50-452 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Miasta Żywiec, ul. Rynek 2, 34-300 Żywiec** na rzecz **Sport Halls Sp. z o. o., ul. Komuny Paryskiej 57 lok. 15, 50-452 Wrocław** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bielsku Białej**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołujący - Sport Halls Sp. z o.o. wniósł w dniu 24 listopada 2012 roku odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3 i art., 89 ust. 1 pkt 2 oraz 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu
3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego
4. wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów
5. ponowne badanie ofert z udziałem oferty odwołującego.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych, obejmujących swoim zakresem wykonanie stałego zadaszania membranowego rozpiętego na konstrukcji stalowej stulej. Zdaniem zamawiającego jedna robota wypełniła wymagania siwz, druga zaś związana z obiektem Motoareny w Toruniu nie wypełniła wymagań, gdyż obiekt ten nie został przykryty zadaszaniem membranowym lecz zadaszaniem poliwęglanowym. W ocenie odwołującego zamawiający dokonany czynnościami naruszył wskazane przez odwołującego przepisy ustawy, bowiem na tym etapie postępowania nie można było wykluczyć odwołującego z postępowania, nie można było uznać jego oferty za odrzuconą, a w szczególności nie można było odrzucić oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał także na naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez brak wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów podmiotowych podmiotu udostępniającego zasób w postaci wiedzy i doświadczenia, będącego jednocześnie podwykonawcą firmy ATI Architektura Technika Inwestycje Sp. z o.o.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD sp. z o.o. oraz Mostmarpal Sp. z o.o.

Pismem z dnia 3 grudnia 2012 roku zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie (w aktach sprawy), w której wniósł o jego oddalenie w części dotyczącej żądania unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty oraz umorzenie postępowania w części obejmującej żądanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

W rozdziale V.1.2 SIWZ, zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia o poniższym brzmieniu:

1.2. Posiadają wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia; wykonawca spełni warunek posiadania wiedzy i doświadczenia jeśli wykaże, że:

1. w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował co najmniej:

- dwa zadania odpowiadające rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Przez roboty odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia rozumie się zrealizowanie co najmniej dwóch zadań polegających na budowie bądź przebudowie amfiteatrów, obejmujących swoim zakresem wykonanie stałego zadaszania membranowego rozpiętego na konstrukcji stalowej stałej, w tym co najmniej jednego obejmującego zaprojektowanie i wykonanie zadaszania o pow. min. 2000m

- dwa zadania o wartości min. 10.000.000,00 zł. każde,

2. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej:

- jeden projekt budowlany obiektu użyteczności publicznej w zakresie wszystkich branż o powierzchni użytkowej min. 1.500m² i kubaturze min. 4.000m³ wg którego obiekt został wykonany i pełnił nadzór autorski nad jego realizacją.

W celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, do oferty należało załączyć wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, wg wzoru - załącznik nr 6 do SIWZ.

Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu odwołujący w załączonym do oferty wykazie doświadczenia zawodowego (załącznik nr 6), strona 4 oferty odwołującego, wskazał na następujące realizacje:

I. wykonane przez odwołującego:

1. Geopark Kielce, wartość 15 761 044, 85 zł, miejsce wykonania: Amfiteatr Kadzielnia, zakres robót: zaprojektowanie i wykonanie zadaszania. Powierzchnia zadaszania membranowego ok. 4000 m².
2. Motoarena Toruń, wartość 10 856 658,39 zł, zakres robót: zaprojektowanie i wykonanie (w GRI) „Rozbudowa zadaszania stadionu żużlowego w Toruniu”. Kompleksowa rozbudowa wraz z robotami towarzyszącymi. Wykonanie projektu, robót budowlanych, robót instalacyjnych, zagospodarowanie terenu.

II. wykonane przez podmiot trzeci - ATI Sp. z o.o. wskazany w ofercie jako podwykonawca:

1. Hala Widowiskowo - Sportowa Gdynia, wartość 2 000 000 zł, zakres robót: wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego Hali Sportowo- Widowiskowej w Gdyni, pow. 9 082m², kubatura 51480 m³.
2. Mar Bud Warszawa, wartość 400 000 zł, zakres robót: wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego budynku biurowego firmy Mar Bud w Warszawie, pow. 4000 m², kubatura 20 000 m³.

Pismem z dnia 19 listopada 2012 roku, doręczonym odwołującemu w dniu 20 listopada, zamawiający poinformował o wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując w uzasadnieniu, że w ofercie „brak spełniania niezbędnych warunków w zakresie robót budowlanych. Zamieszczony do oferty, wypełniony załącznik nr 6 wraz z referencjami, potwierdza zrealizowanie jednego obiektu amfiteatru

obejmującego swoim zakresem zaprojektowanie i wykonanie stałego zadania membranowego rozpiętego na konstrukcji stalowej stałej o wymaganej powierzchni i wartości. Drugi wymieniony w załączniku nr 6 obiekt Motoareny w Toruniu nie został przykryty zadaniem membranowym lecz zadaniem wykonanym z poliwęglanu (zgodnie z przysłanym wyjaśnieniem do oferty z dnia 12-11- 2012)". Zamawiający wskazał także, że „Stosownie do 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych z ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego należy odrzucić ofertę, jeżeli jej treści nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Po myśli art. 24 ust. 4 ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”.

Ponadto zamawiający wskazał, że w ofercie odwołującego brak jest złożonego przez ATI Architektura Technika Inwestycje Sp. z o.o.: załącznika nr 3 tj. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, aktualnego odpisu z właściwego rejestru, aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłaceniem podatków lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu oraz aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS lub KRUS potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłaceniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Zamawiający wskazał także, że nie wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakujących dokumentów oraz oświadczeń, ponieważ ich złożenie nie zmieniłoby konieczności odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na wcześniej wskazane okoliczności.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art.179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD sp. z o.o., MOSTMARPAL Sp. z o.o. Zgłaszający przystąpienie, na którym spoczywa ciężar przedstawienia dowodów na okoliczności, z których wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne, nie przedstawił dowodu potwierdzającego okoliczność przekazania kopii przystąpienia do postępowania odwoławczego zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Przekazanie kopii przystąpienia do postępowania odwoławczego, zgodnie z dyspozycją art. 185 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp, jest elementem koniecznym skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego, a brak dokonania tej czynności skutkuje niedopuszczeniem zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że wniesione odwołanie nie spełnia wymagań formalnych odwołania określonych w art. 180 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołanie wskazuje czynność zamawiającego, będącą podstawą jego wniesienia tj. czynność polegającą na unieważnieniu postępowania, wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty oraz zaniechaniu czynności tj. brak wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto w odwołaniu w sposób zwięzły przedstawiono zarzuty, żądania oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające jego wniesienie.

Istota sporu między stronami, jak słusznie zauważył podczas rozprawy pełnomocnik zamawiającego, sprowadza się do interpretacji dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i określenia granic jego zastosowania.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że na zamawiającym spoczywa obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełniania brakujących lub zawierających błędy dokumentów i oświadczeń. Obowiązek ten zostaje wyłączony jedynie w przypadku zaistnienia dwóch, wymienionych w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp okoliczności: oferta wykonawcy pomimo złożenia wymaganych dokumentów podlegałaby odrzuceniu bądź konieczne byłoby unieważnienie postępowania. W rozpatrywanym stanie faktycznym żadna z wyżej wymienionych okoliczności nie zaistniała, w szczególności oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu a unieważnienie postępowania było jedynie następstwem decyzji zamawiającego o wykluczeniu wykonawców z udziału w postępowaniu i odrzuceniu ich ofert.

Tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma zastosowanie nie tylko do uzupełnienia brakujących dokumentów (nie załączonych do oferty), ale także do dokumentów błędnych (złożonych, ale nie spełniających wymogów). Stanowisko to jest ugruntowane zarówno w

orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak również sądów okręgowych (np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 czerwca 2007 roku, Sygn. akt XIX Ga 245/07, wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 24 sierpnia 2007 roku, Sygn. akt X Ga 223/07). W orzecznictwie podkreśla się, że odmienna interpretacja tego przepisu prowadziłaby do naruszenia art. 7 ustawy Pzp, bowiem wykonawca, który w ogóle nie złożył określonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, byłby w lepszej sytuacji niż wykonawca, który złożył dokumenty lub oświadczenia wadliwe, które nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący ujął w złożonej ofercie jedną, zamiast dwóch wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, realizację potwierdzającą wiedzę i doświadczenie w zakresie budowy lub przebudowy amfiteatrów z zadaniem membranowym rozpiętym na konstrukcji stalowej dodatkowo obejmującej zaprojektowanie i wykonanie zadania o pow. min. 2000m – jest to realizacja Geoparku Kielce, Amfiteatr Kadzielnia. Niespornym między stronami jest, że druga realizacja dotycząca Motoareny w Toruniu (pozycja 2 wykazu) nie stanowi potwierdzenia wykonania zamówienia polegającego na budowie bądź przebudowie amfiteatrów, obejmujących swoim zakresem wykonanie stałego zadania membranowego rozpiętego na konstrukcji stalowej stałej. Inwestycja ta może, jak słusznie wskazał pełnomocnik odwołującego, co najwyżej, potwierdzać spełnienie warunku wymaganego doświadczenia w zakresie wykonania zadania o wartości min. 10.000.000 zł. Przy czym bez znaczenia dla powyższej oceny pozostają rozważania zamawiającego dotyczące tego czy wykonanie stadionu Motoareny w Toruniu wypełnia definicję amfiteatru. Realizacja potwierdzająca wymagany w specyfikacji warunek doświadczenia winna spełniać łącznie dwa kryteria: po pierwsze dotyczyć przebudowy lub budowy amfiteatru, po drugie amfiteatr ten miał posiadać zadanie membranowe rozpięte na konstrukcji stalowej. Pozostałe realizacje wykonane przez podmiot trzeci ATI Architektura Technika Inwestycje Sp. z o.o. potwierdzają warunek wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania projektu budowlanego obiektu użyteczności publicznej w zakresie wszystkich branż o powierzchni użytkowej min. 1.500m² i kubaturze min. 4.000m³

Zdaniem Izby, zaistniały stan faktyczny należy ocenić jako brak w ofercie odwołującego złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunku wymaganego doświadczenia. Wykonawca nie przedstawił dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie wymagań określonych w opisanym przez zamawiającego warunku wiedzy i doświadczenia. Złożenie w ofercie dokumentów, wskazujących na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu świadczy o ziszczeniu się przesłanki art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie można zgodzić się także ze stanowiskiem zamawiającego, zaprezentowanym w toku

rozprawy, że wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń nie może złożyć dokumentów nowych. Ratio legis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dopuszcza uzupełnienia dokumentów przez składanie dokumentów o nowej, innej niż pierwotnie złożona w ofercie treści a stanowisko to jednolicie prezentowane w orzecznictwie.

Mając na uwadze powyższe rozważania, Izba uznała, że w rozpatrywanym stanie faktycznym zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia brakujących oświadczeń i dokumentów, potwierdzających warunek wiedzy i doświadczenia oraz dokumentów i oświadczeń dotyczących podmiotu trzeciego, będącego podwykonawcą, wymienionych w piśmie zamawiającego z dnia 19 listopada 2012 roku o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu. W konsekwencji czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu była czynnością przedwczesną i winna być ona poprzedzona procedurą przewidzianą w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zasadnym jest także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem nie zachodzi w rozpatrywanej sprawie niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem nie zaistniała także wskazana przez zamawiającego podstawa do odrzucenia oferty odwołującego.

W konsekwencji na uwzględnienie zasługuje także zarzut naruszenia art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, bowiem w sytuacji braku zaistnienia przesłanki do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, brak również podstawy do unieważnienia postępowania z uwagi na okoliczność niezłożenia żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600 zł, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

Przewodniczący:

WYROK
z dnia 3 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2012 r. przez **Sport Halls Sp. z o. o., ul. Komuny Paryskiej 57 lok. 15, 50-452 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Żywiec, ul. Rynek 2, 34-300 Żywiec,**

orzeka:

1. **uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny oferty i wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.**
2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Żywiec, ul. Rynek 2, 34-300 Żywiec,** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Sport Halls Sp. z o. o., ul. Komuny Paryskiej 57 lok. 15, 50-452 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Miasta Żywiec, ul. Rynek 2, 34-300 Żywiec** na rzecz **Sport Halls Sp. z o. o., ul. Komuny Paryskiej 57 lok. 15, 50-452 Wrocław** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bielsku Białej**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołujący - Sport Halls Sp. z o.o. wniósł w dniu 24 listopada 2012 roku odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3 i art., 89 ust. 1 pkt 2 oraz 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu
3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego
4. wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów
5. ponowne badanie ofert z udziałem oferty odwołującego.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych, obejmujących swoim zakresem wykonanie stałego zadaszania membranowego rozpiętego na konstrukcji stalowej stulej. Zdaniem zamawiającego jedna robota wypełniła wymagania siwz, druga zaś związana z obiektem Motoareny w Toruniu nie wypełniła wymagań, gdyż obiekt ten nie został przykryty zadaszaniem membranowym lecz zadaszaniem poliwęglanowym. W ocenie odwołującego zamawiający dokonany czynnościami naruszył wskazane przez odwołującego przepisy ustawy, bowiem na tym etapie postępowania nie można było wykluczyć odwołującego z postępowania, nie można było uznać jego oferty za odrzuconą, a w szczególności nie można było odrzucić oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał także na naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez brak wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów podmiotowych podmiotu udostępniającego zasób w postaci wiedzy i doświadczenia, będącego jednocześnie podwykonawcą firmy ATI Architektura Technika Inwestycje Sp. z o.o.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD sp. z o.o. oraz Mostmarpal Sp. z o.o.

Pismem z dnia 3 grudnia 2012 roku zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie (w aktach sprawy), w której wniósł o jego oddalenie w części dotyczącej żądania unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty oraz umorzenie postępowania w części obejmującej żądanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

W rozdziale V.1.2 SIWZ, zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia o poniższym brzmieniu:

1.2. Posiadają wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia; wykonawca spełni warunek posiadania wiedzy i doświadczenia jeśli wykaże, że:

1. w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował co najmniej:

- dwa zadania odpowiadające rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Przez roboty odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia rozumie się zrealizowanie co najmniej dwóch zadań polegających na budowie bądź przebudowie amfiteatrów, obejmujących swoim zakresem wykonanie stałego zadaszania membranowego rozpiętego na konstrukcji stalowej stałej, w tym co najmniej jednego obejmującego zaprojektowanie i wykonanie zadaszania o pow. min. 2000m

- dwa zadania o wartości min. 10.000.000,00 zł. każde,

2. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej:

- jeden projekt budowlany obiektu użyteczności publicznej w zakresie wszystkich branż o powierzchni użytkowej min. 1.500m² i kubaturze min. 4.000m³ wg którego obiekt został wykonany i pełnił nadzór autorski nad jego realizacją.

W celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, do oferty należało załączyć wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, wg wzoru - załącznik nr 6 do SIWZ.

Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu odwołujący w załączonym do oferty wykazie doświadczenia zawodowego (załącznik nr 6), strona 4 oferty odwołującego, wskazał na następujące realizacje:

I. wykonane przez odwołującego:

1. Geopark Kielce, wartość 15 761 044, 85 zł, miejsce wykonania: Amfiteatr Kadzielnia, zakres robót: zaprojektowanie i wykonanie zadaszania. Powierzchnia zadaszania membranowego ok. 4000 m².
2. Motoarena Toruń, wartość 10 856 658,39 zł, zakres robót: zaprojektowanie i wykonanie (w GRI) „Rozbudowa zadaszania stadionu żużlowego w Toruniu”. Kompleksowa rozbudowa wraz z robotami towarzyszącymi. Wykonanie projektu, robót budowlanych, robót instalacyjnych, zagospodarowanie terenu.

II. wykonane przez podmiot trzeci - ATI Sp. z o.o. wskazany w ofercie jako podwykonawca:

1. Hala Widowiskowo - Sportowa Gdynia, wartość 2 000 000 zł, zakres robót: wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego Hali Sportowo- Widowiskowej w Gdyni, pow. 9 082m², kubatura 51480 m³.
2. Mar Bud Warszawa, wartość 400 000 zł, zakres robót: wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego budynku biurowego firmy Mar Bud w Warszawie, pow. 4000 m², kubatura 20 000 m³.

Pismem z dnia 19 listopada 2012 roku, doręczonym odwołującemu w dniu 20 listopada, zamawiający poinformował o wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując w uzasadnieniu, że w ofercie „brak spełniania niezbędnych warunków w zakresie robót budowlanych. Zamieszczony do oferty, wypełniony załącznik nr 6 wraz z referencjami, potwierdza zrealizowanie jednego obiektu amfiteatru

obejmującego swoim zakresem zaprojektowanie i wykonanie stałego zadania membranowego rozpiętego na konstrukcji stalowej stałej o wymaganej powierzchni i wartości. Drugi wymieniony w załączniku nr 6 obiekt Motoareny w Toruniu nie został przykryty zadaniem membranowym lecz zadaniem wykonanym z poliwęglanu (zgodnie z przysłanym wyjaśnieniem do oferty z dnia 12-11- 2012)". Zamawiający wskazał także, że „Stosownie do 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych z ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego należy odrzucić ofertę, jeżeli jej treści nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Po myśli art. 24 ust. 4 ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”.

Ponadto zamawiający wskazał, że w ofercie odwołującego brak jest złożonego przez ATI Architektura Technika Inwestycje Sp. z o.o.: załącznika nr 3 tj. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, aktualnego odpisu z właściwego rejestru, aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłaceniem podatków lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu oraz aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS lub KRUS potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłaceniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Zamawiający wskazał także, że nie wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakujących dokumentów oraz oświadczeń, ponieważ ich złożenie nie zmieniłoby konieczności odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na wcześniej wskazane okoliczności.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art.179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD sp. z o.o., MOSTMARPAL Sp. z o.o. Zgłaszający przystąpienie, na którym spoczywa ciężar przedstawienia dowodów na okoliczności, z których wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne, nie przedstawił dowodu potwierdzającego okoliczność przekazania kopii przystąpienia do postępowania odwoławczego zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Przekazanie kopii przystąpienia do postępowania odwoławczego, zgodnie z dyspozycją art. 185 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp, jest elementem koniecznym skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego, a brak dokonania tej czynności skutkuje niedopuszczeniem zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że wniesione odwołanie nie spełnia wymagań formalnych odwołania określonych w art. 180 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołanie wskazuje czynność zamawiającego, będącą podstawą jego wniesienia tj. czynność polegającą na unieważnieniu postępowania, wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty oraz zaniechaniu czynności tj. brak wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto w odwołaniu w sposób zwięzły przedstawiono zarzuty, żądania oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające jego wniesienie.

Istota sporu między stronami, jak słusznie zauważył podczas rozprawy pełnomocnik zamawiającego, sprowadza się do interpretacji dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i określenia granic jego zastosowania.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że na zamawiającym spoczywa obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełniania brakujących lub zawierających błędy dokumentów i oświadczeń. Obowiązek ten zostaje wyłączony jedynie w przypadku zaistnienia dwóch, wymienionych w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp okoliczności: oferta wykonawcy pomimo złożenia wymaganych dokumentów podlegałaby odrzuceniu bądź konieczne byłoby unieważnienie postępowania. W rozpatrywanym stanie faktycznym żadna z wyżej wymienionych okoliczności nie zaistniała, w szczególności oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu a unieważnienie postępowania było jedynie następstwem decyzji zamawiającego o wykluczeniu wykonawców z udziału w postępowaniu i odrzuceniu ich ofert.

Tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma zastosowanie nie tylko do uzupełnienia brakujących dokumentów (nie załączonych do oferty), ale także do dokumentów błędnych (złożonych, ale nie spełniających wymogów). Stanowisko to jest ugruntowane zarówno w

orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak również sądów okręgowych (np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 czerwca 2007 roku, Sygn. akt XIX Ga 245/07, wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 24 sierpnia 2007 roku, Sygn. akt X Ga 223/07). W orzecznictwie podkreśla się, że odmienna interpretacja tego przepisu prowadziłaby do naruszenia art. 7 ustawy Pzp, bowiem wykonawca, który w ogóle nie złożył określonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, byłby w lepszej sytuacji niż wykonawca, który złożył dokumenty lub oświadczenia wadliwe, które nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący ujął w złożonej ofercie jedną, zamiast dwóch wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, realizację potwierdzającą wiedzę i doświadczenie w zakresie budowy lub przebudowy amfiteatrów z zadaszeniem membranowym rozpiętym na konstrukcji stalowej dodatkowo obejmującej zaprojektowanie i wykonanie zadaszenia o pow. min. 2000m – jest to realizacja Geoparku Kielce, Amfiteatr Kadzielnia. Niespornym między stronami jest, że druga realizacja dotycząca Motoareny w Toruniu (pozycja 2 wykazu) nie stanowi potwierdzenia wykonania zamówienia polegającego na budowie bądź przebudowie amfiteatrów, obejmujących swoim zakresem wykonanie stałego zadaszenia membranowego rozpiętego na konstrukcji stalowej stałej. Inwestycja ta może, jak słusznie wskazał pełnomocnik odwołującego, co najwyżej, potwierdzać spełnienie warunku wymaganego doświadczenia w zakresie wykonania zadania o wartości min. 10.000.000 zł. Przy czym bez znaczenia dla powyższej oceny pozostają rozważania zamawiającego dotyczące tego czy wykonanie stadionu Motoareny w Toruniu wypełnia definicję amfiteatru. Realizacja potwierdzająca wymagany w specyfikacji warunek doświadczenia winna spełniać łącznie dwa kryteria: po pierwsze dotyczyć przebudowy lub budowy amfiteatru, po drugie amfiteatr ten miał posiadać zadaszenie membranowe rozpięte na konstrukcji stalowej. Pozostałe realizacje wykonane przez podmiot trzeci ATI Architektura Technika Inwestycje Sp. z o.o. potwierdzają warunek wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania projektu budowlanego obiektu użyteczności publicznej w zakresie wszystkich branż o powierzchni użytkowej min. 1.500m² i kubaturze min. 4.000m³

Zdaniem Izby, zaistniały stan faktyczny należy ocenić jako brak w ofercie odwołującego złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunku wymaganego doświadczenia. Wykonawca nie przedstawił dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie wymagań określonych w opisanym przez zamawiającego warunku wiedzy i doświadczenia. Złożenie w ofercie dokumentów, wskazujących na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu świadczy o ziszczeniu się przesłanki art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie można zgodzić się także ze stanowiskiem zamawiającego, zaprezentowanym w toku

rozprawy, że wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń nie może złożyć dokumentów nowych. Ratio legis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dopuszcza uzupełnienia dokumentów przez składanie dokumentów o nowej, innej niż pierwotnie złożona w ofercie treści a stanowisko to jednolicie prezentowane w orzecznictwie.

Mając na uwadze powyższe rozważania, Izba uznała, że w rozpatrywanym stanie faktycznym zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia brakujących oświadczeń i dokumentów, potwierdzających warunek wiedzy i doświadczenia oraz dokumentów i oświadczeń dotyczących podmiotu trzeciego, będącego podwykonawcą, wymienionych w piśmie zamawiającego z dnia 19 listopada 2012 roku o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu. W konsekwencji czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu była czynnością przedwczesną i winna być ona poprzedzona procedurą przewidzianą w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zasadnym jest także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem nie zachodzi w rozpatrywanej sprawie niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem nie zaistniała także wskazana przez zamawiającego podstawa do odrzucenia oferty odwołującego.

W konsekwencji na uwzględnienie zasługuje także zarzut naruszenia art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, bowiem w sytuacji braku zaistnienia przesłanki do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, brak również podstawy do unieważnienia postępowania z uwagi na okoliczność niezłożenia żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600 zł, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

Przewodniczący: