

Sygn. akt KIO/KU 10/19

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 15 lutego 2019 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 29 stycznia 2019 r., pismem z 23 stycznia 2019 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

**Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne
Lasy Państwowe Nadleśnictwo Ruzów
ul. Leśna 2
59 - 950 Ruzów**

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej KU/199/18/DKZP z dnia 18 stycznia 2019 r., w przedmiocie zamówienia publicznego:

**odbudowa zbiornika retencyjnego Ślepów 13-221.1-02 wraz z infrastrukturą
towarzystającą w ramach projektu POIS.02.01 no-00-0005/16-00**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Członkowie: Katarzyna Odrzywolska
Anna Osiecka**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli uprzedniej
Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.**

UZASADNIENIE

Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe Nadleśnictwo Ruszów (dalej: Zamawiający) prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest odbudowa zbiornika retencyjnego Ślepów 13-221.1-02 wraz z infrastrukturą towarzyszącą w ramach projektu POIS.02.01 no-00-0005/16-00. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, z zastosowaniem procedury, o której mowa w art. 24 aa ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes UZP) na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 i 3 Prawa zamówień publicznych, stwierdził naruszenia następujących przepisów:

- 1) art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych oraz 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych, poprzez dwukrotne wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych 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) art. 46 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez zwrot wadium wykonawcom Zakład Budownictwa i Melioracji Wodnych „Ostroga” L. B., B. C. oraz Zakład Handlowo — Usługowy A. J. przed wyborem oferty najkorzystniejszej;
- 3) art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w związku z S 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”, poprzez 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) art. 85 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, poprzez błędne określenie terminu związania ofertą.

ad 1) Uzasadnienie naruszenia art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych.

Z analizy dokumentacji postępowania wynika, że wykonawca R. W., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Budowlane R. W., którego oferta została

wybrana jako najkorzystniejsza, w celu potwierdzenia spełnienia 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 Prawa zamówień publicznych

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 C) przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt 7.1. lit. d — l)” (tj. dokumenty wskazane w § 5 pkt 1 — 9 rozporządzenia).

Zamawiający pismem z dnia 8 października 2018 r., działając na podstawie art. 26 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, 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 Prawa zamówień publicznych, w terminie do dnia 19 października 2018 r.

Wykonawca w wyznaczonym terminie 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 października 2018 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wezwał wykonawcę Usługi Budowlane R. W. do uzupełnienia w terminie do dnia 31 października 2018 r. dokumentów określonych w § 5 pkt 1 — 5 7 9 rozporządzenia dla podmiotu trzeciego - firmy Biuro Projektowe SYN TECH S. i J. Sp. J.: „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 C..) 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 C..) winien przedłożyć (...) informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy (...)”.

Wykonawca na ww. wezwanie Zamawiającego nie przedłożył informacji z KRK dla współników spółki jawnej.

W związku z powyższym, pismem z dnia 25 października 2018 r. Zamawiający ponownie wezwał wykonawcę Usługi Budowlane R. W. do uzupełnienia (w terminie do dnia 31 października 2018 r.) dokumentów w zakresie informacji z KRK dotyczącej wspólników spółki w spółce jawnej. Wykonawca uzupełnił ww. dokumenty w terminie (wpływ 26 października 2018 r.).

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych 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. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Prezes UZP zauważał, że liczne orzecznictwo oraz doktryna potwierdza, iż wezwanie do uzupełnienia poszczególnego wadliwego dokumentu lub braku dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych może być zastosowane jednokrotnie. Norma zawarta w art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych 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 Prawa zamówień publicznych powinna być interpretowana ściśle. Dlatego też wskazuje się, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów wymienionych w art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, 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.

Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych 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 października 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 C..)” oraz w dniu 25

października 2018 r., poprzez wskazanie, iż „C..) 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 poprzez dwukrotne wezwanie wykonawcy Usługi Budowlane R. W. do uzupełniania KRK dla wspólników spółki jawnej, tj. dokumentu określonego w S 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, naruszył zasadę jednokrotności uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Ponadto, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych 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. Jak stwierdzono powyżej, w przedmiotowej sprawie wykonawca na pierwsze wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych z dnia 19 października 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 Prawa zamówień publicznych do uzupełnienia brakującego dokumentu KRK. W związku z powyższym, Zamawiający naruszył treść art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Naruszenie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych miało wpływ na wynik postępowania.

Zalecenie usunięcia naruszenia:

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 Prawa zamówień publicznych, a następnie dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, w toku kontroli stwierdzono, że 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, polegające 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.

Ze względu na fakt, iż wykonawca Usługi Budowlane R. W. podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych, Prezes Urzędu odstąpił od stwierdzenia naruszenia art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zakresie zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu kadry o informacje potwierdzające, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu.

ad 2) Uzasadnienie naruszenia art. 46 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż, w przedmiotowym postępowaniu otwarcie ofert odbyło się w dniu 14 sierpnia 2018 r.

Do upływu terminu składania ofert złożono następujące oferty:

- 1) Usługi Budowlane R. W.;
- 2) Zakład Budownictwa i Melioracji Wodnych „Ostroga” L. B., B. C.;
- 3) Konsorcjum firm: Max Energy Sp. z o.o. (lider), Usługi Transportowe — Towarowe A. F.;
- 4) Zakład Handlowo — Usługowy A. J.;
- 5) Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO —WOD” Sp. z o.o.

Zgodnie z przekazaną dokumentacją postępowania, Zamawiający pismem z dnia 24 września 2018 r., działając na podstawie art. 85 ust. 2 Prawa zamówień publicznych zwrócił się do wykonawców z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni. Wykonawca Max Energy Sp. z o.o. pismem z dnia 27 września 2018 r. poinformował, iż nie wyraża zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Wykonawca Zakład Budownictwa i Melioracji Wodnych „Ostroga” L. B., B. C. nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego. Pozostali wykonawcy w terminie wskazanym przez Zamawiającego, tj. do dnia 28 września 2018 r. wyrazili zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium. Wykonawca Zakład Handlowo — Usługowy A. J. w dniu 26 września 2018 r. przekazał ww. zgodę wraz z

Aneksem nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 02GG07/0415/18/0011 z dnia 9 sierpnia 2018 r. Powyższy aneks wprowadzał zmianę w ww. Ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium jedynie w zakresie okresu obowiązywania, tj. pierwotny okres obowiązywania od 18 sierpnia 2018 r. do 13 października 2018 r. zmieniono na okres od 14 sierpnia 2018 r. do 12 grudnia 2018 r.

W dniu 30 października 2018 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Usługi Budowlane R. W. z ceną 2.523.960,00 zł brutto.

Jak wynika z treści wyjaśnień Zamawiającego z dnia 12 grudnia 2018 r., przekazanych Prezesowi Urzędu w toku prowadzonej kontroli uprzedniej Zamawiający dokonał zwrotu wadium wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze zgodnie z poniższym:

- w dniu 15 października 2018 r. wykonawca Zakład Budownictwa i Melioracji Wodnych „Ostroga” L. B., B. C., (Dolnośląski Fundusz Gospodarczy Sp. z o.o. - Oświadczenie poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium nr 44/18/W/1 1 zostało odesłane do wykonawcy);
- w dniu 12 października 2018 r. wykonawca Zakład Handlowo — Usługowy A. J. (InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium nr 02GG07/0415/18/0011 z dnia 9 sierpnia 2018 r. została odesłana do ubezpieczyciela);
- w dniu 31 października 2018 r. Zamawiający dokonał zwrotu wadium wykonawcom: Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO ANOD” Sp. z o.o. oraz Konsorcjum firm: Max Energy Sp. z o.o. (lider), Usługi Transportowe — Towarowe A. F. — poprzez zwrot gotówki na wskazane konto.

Prezes UZP zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, na jakiej podstawie Zamawiający zwrócił wadia wykonawcom: Zakład Budownictwa i Melioracji Wodnych „Ostroga” L. B., B. C. oraz Zakład Handlowo — Usługowy A. J. we wskazanych powyżej terminach, tj. przed wyborem oferty najkorzystniejszej.

W piśmie z dnia 27 grudnia 2018 r. Zamawiający wyjaśnił „W obu wskazanych przypadkach, dokumenty wadialne będące w istocie odpowiednio poręczeniem oraz gwarancją ubezpieczeniową, utraciły swoją ważność w dniu 13.10.2018 r. Obowiązek zwrotu obu ww. dokumentów do ich wystawców wynikał z postanowień zawartych w treści ww. dokumentów.”

Zgodnie z treścią art. 46 ust 1 Prawa zamówień publicznych zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a.

Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający zwrócił wadium wykonawcom: Zakład Budownictwa i Melioracji Wodnych „Ostroga” L. B., B. C. oraz Zakład Handlowo — Usługowy A. J. przed ogłoszeniem wyboru oferty najkorzystniejszej. A zatem przed terminem, który został określony w art. 46 ust 1 Prawa zamówień publicznych. Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego, podstawą podjęcia tej decyzji była utrata terminu ważności wadium, tj.: „w obu wskazanych przypadkach, dokumenty wadium będące w istocie odpowiednio poręczeniem oraz gwarancją ubezpieczeniową, utraciły swoją ważność w dniu 13.10.2018 r.". Jak wynika z przekazanej dokumentacji postępowania, poręczenie przedłożone przez wykonawcę Zakład Budownictwa i Melioracji Wodnych „Ostroga” L. B., B. C. zostało udzielone do dnia 13 października 2018 r., a wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Natomiast w przypadku wykonawcy Zakład Handlowo — Usługowy A. J., nastąpiło przedłużenie terminu związania ofertą wraz z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium, tj.: wykonawca przekazał stosowne dokumenty w dniu 26 września 2018 r. Tym samym Zamawiający zwrócił wadium ww wykonawcy w terminie ważności jego oferty i w terminie ważności złożonego wadium, a przed wyborem oferty najkorzystniejszej.

W związku z tym, iż przepis art. 46 ust. 1 Prawa zamówień publicznych wyraźnie nakazuje zamawiającemu zwrot wadium po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, przyjęc należy, iż zwrot wadium wykonawcom: Zakład Budownictwa i Melioracji Wodnych „Ostroga” L. B., B. C. oraz Zakład Handlowo — Usługowy A. J. przed wyborem najkorzystniejszej oferty, stanowi naruszenie art. 46 ust. 1 Prawa zamówień publicznych

Powyższe naruszenie nie miało w ocenie Prezesa UZP wpływu na wynik postępowania.

ad 3) Uzasadnienie naruszenia 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w związku z § 14 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, w rozdziale 1 pkt 11.21 ppkt c) siwz Zamawiający wskazał, iż „Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio wykonawca, podmiot na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów, które każdego z nich dotyczy.

Z analizy dokumentacji wynika, iż Zamawiający pismem z dnia 19 października 2018 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wezwał wykonawcę Usługi Budowlane R. W. do uzupełnienia w terminie do dnia 31 października 2018 r. dokumentów określonych w S 5 pkt 1—5, 7-9 dla podmiotu trzeciego, tj. firmy Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. Sp. J.

W ww. piśmie Zamawiający wskazał, iż „Dokumenty C..) winne być złożone w oryginale, natomiast wszelkie dokumenty potwierdzające złożone oświadczenia, w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Wykonawca uzupełnił dokumenty w terminie (wpływ 23 października 2018 r.). Z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż wykonawca na ww. wezwanie Zamawiającego nie przedłożył KRK dla wspólników spółki jawnej.

W związku z powyższym, Zamawiający pismem z dnia 25 października 2018 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wezwał wykonawcę Usługi Budowlane R. W. do uzupełnienia (w terminie do dnia 31 października 2018 r.) dokumentów w zakresie informacji z KRK dotyczącej wspólników spółki w spółce jawnej. W przedmiotowym wezwaniu Zamawiający wskazał, iż ww. dokumenty winny zostać złożone w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Pismem z dnia 21 grudnia 2018 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień, na jakiej podstawie Zamawiający żądał poświadczenia za zgodność z oryginałem przez wykonawcę dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, tj. firmy Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. Sp. J. W szczególności, poproszono o wyjaśnienie, czy podmiot trzeci — Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. Sp. J. udzieliło stosownego pełnomocnictwa dla wykonawcy do dokonania powyższej czynności. W przypadku odpowiedzi twierdzącej, proszę o przesłanie ww. dokumentu.

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 27 grudnia 2018 r. Zamawiający wyjaśnił, iż (...) żądanie swoje oparł na literalnym brzmieniu 14 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126) w sprawie rodzajów dokumentów (który stanowi, iż poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów lub oświadczeń, które każdego z nich dotyczą.

Nie ulega zatem wątpliwości, iż dokumenty podmiotu trzeciego, tj. firmy Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. Sp. J., dotyczą Wykonawcy - Usługi Budowlane R. W., jako podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na fakt, iż w oparciu o zasoby udostępnione mu przez ww. spółkę jawną, potwierdza on spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a także zamierza korzystać z usług tejże spółki w charakterze podwykonawcy

Stosownie do treści przywołanego wyżej rozporządzenia, w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienie do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy, zamawiający może żądać w formie oryginału lub kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę dokumentów wymienionych w tym rozporządzeniu. Ustawodawca uznał więc dla potrzeb

przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a konkretnie potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz, że nie zachodzą względem niego przesłanki wykluczenia, za równoważną z oryginałem kserokopię poświadczoną za zgodność z oryginałem przez samego wykonawcę. Złożenie kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę stanowi zatem skuteczny dowód na istnienie okoliczności których potwierdzenia wymaga zamawiający.

Co do zasady poświadczenie dokumentu za zgodność z oryginałem stanowi oświadczenie wiedzy poświadczającego, a także potwierdza, że dana osoba składająca poświadczenie widziała oryginał i stwierdza zgodność treści kopii dokumentu z tym dokumentem, tj. z oryginałem. ” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 czerwca 2013 r. (KIO 1308/13)). Nadto użyta w przepisie art. 14 ust. 3 rozporządzenia alternatywa łączna przesądza o możliwości dokonania tego poświadczenia zarówno przez wykonawcę, jak i pozostałe podmioty, a przeciwna interpretacja byłaby sprzeczna z literalnym brzmieniem przepisu i nieuzasadniona względami celowości.

Ponieważ przedłożone przez Wykonawcę - Usługi Budowlane R. W. dokumenty spółki SYNTECH S. i J. Sp. J. nie budzą wątpliwości Zamawiającego, który nie ma podstaw do kwestionowania prawdziwości złożonego przez ww. wykonawcę oświadczenia, o zgodności przedstawionych kopii zaświadczeń z KRK wspólników spółki jawnej SYNTECH z ich oryginałem, uzasadnia stanowisko Zamawiającego, iż wymaganie ich dalszych poświadczeń było bezprzedmiotowe i stanowiłoby przejaw zbędnego formalizmu, a także skutkowałoby nieuzasadnioną przewlekłością postępowania.

W kontekście powyższych wyjaśnień wskazać również należy, iż czynność poświadczania jako wskazane wcześniej oświadczenie wiedzy wykonawcy, nie jest czynnością wymagającą umocowania, a zatem nie jest potrzebne w tym celu jakiegokolwiek upoważnienie lub pełnomocnictwo, do którego okazania mógłby wzywać zamawiający” Zgodnie z § 14 ust. 2 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” dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu, inne niż oświadczenia, o których mowa w ust. 1, składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Natomiast poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów, które każdego z nich dotyczą.

Oznacza to, że poświadczania dokumentów za zgodność z oryginałem dokonuje wyłącznie podmiot, którego dany dokument dotyczy. Zatem, jeżeli dokument dotyczy

podmiotu, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, to poświadczenia dokonuje wyłącznie ten podmiot lub osoba przez niego upoważniona (np. wykonawca), na podstawie stosownego upoważnienia. W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający w treści wezwań kierowanych do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wskazał, iż dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego winny zostać złożone w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Z analizy dokumentacji postępowania oraz treści wyjaśnień Zamawiającego wynika, iż do oferty wykonawcy Usługi Budowlane R. W. nie zostało dołączone upoważnienie podmiotu trzeciego - firmy Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. Sp. J. do dokonania powyższej czynności przez wykonawcę. Tym samym należy podkreślić, iż dokumenty dotyczące podmiotów udostępniających zasoby powinny zostać potwierdzone za zgodność z oryginałem przez te podmioty — w przedmiotowej sprawie przez firmę Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. Sp. J., albo przez samego wykonawcę posiadającego stosowne umocowanie do działania w imieniu ww. podmiotu, na którego zasoby się powołuje. W przedmiotowej sprawie wykonawca nie posiadał stosownego umocowania, tym samym, żądanie przez Zamawiającego złożenia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego — firmy Biuro Projektowe SYNTECH S. i J. Sp. J. potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w związku z § 14 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Powyższe stanowisko potwierdza m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 stycznia 2018 r. (sygn. akt KIO 2647/18).

Powyższe naruszenie nie miało w ocenie Prezesa UZP wpływu na wynik postępowania.

ad 4) Uzasadnienie naruszenia 85 ust. 5 Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z rozdziałem 10 pkt 10.1 siwz termin związania ofertą wynosił 60 dni, natomiast zgodnie z zapisami w ogłoszeniu o zamówieniu - 2 miesiące. Termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu został wyznaczony na dzień 14 sierpnia 2018 r. Tym samym, 60 — cio dniowy termin związania ofertą upływał w dniu 12 października 2018 r.

Z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż Zamawiający pismem z dnia 24 września 2018 r, zwrócił się do wykonawców z prośbą o przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż pierwotny termin upływa w dniu 13 października 2018 r.

W związku z powyższym, pismem z dnia 21 grudnia 2018 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień, w jaki sposób Zamawiający obliczył bieg terminu związania ofertą

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 14 stycznia 2019 r. Zamawiający wyjaśnił, iż rozbieżność wynika z niedostosowania narzędzia eNotices do okresów wynikających z regulacji art. 85 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Otóż stosownie do powyższego unormowania w przepisach krajowych, w oparciu o które zamawiający prowadzi postępowanie, okres związania wykonawcy ofertą w niniejszym postępowaniu, wynosi 60 dni. Tymczasem sekcja IV.2.6) formularza ogłoszenia o zamówieniu w eNotices wskazuje jako minimalny okres, w którym oferent będzie związany ofertą konkretną datę lub okres w miesiącach.

Z uwagi na powyższe, Zamawiający przyjął określenie najbliższe wskazanym w SIWZ 60 dniom związania ofertą, tj. 2 miesiące, które wskazał w treści ogłoszenia. Nie mniej jednak dla potrzeb postępowania stosowany był każdorazowo 60 dniowy okres związania ofertą”

Zgodnie z art. 85 ust. 5 Prawa zamówień publicznych bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Powyższy przepis konstytuuje samoistną podstawę określenia początku terminu związania ofertą i określa, że bieg tego terminu zaczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, co oznacza, że rozpoczyna się on w tej samej chwili, a dzień składania ofert wlicza się do okresu związania ofertą. Zatem w przedmiotowym postępowaniu 60-cio dniowy termin związania ofertą upływał w dniu 12 października 2018 r., nie zaś 13 października 2018 r., jak wskazał Zamawiający w piśmie z dnia 24 września 2018 r.

W związku z powyższym, Zamawiający w sposób niezgodny z brzmieniem art. 85 ust. 5 Prawa zamówień publicznych dokonał określenia terminu związania ofertą, co stanowi naruszenie ww.

przepisu Prawa zamówień publicznych.

Powyższe naruszenie nie miało w ocenie Prezesa UZP wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający nie zgodził się z powyżej opisanymi stwierdzeniami naruszeń przepisów ustawy i w dniu 29 stycznia 2019 r. złożył zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej.

Zamawiający podkreślał, że z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nie wynika, aby zamawiający był uprawniony wyłącznie jednokrotnie wezwać danego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. 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 Prawa zamówień publicznych, 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 Prawa zamówień publicznych. Każdy jednak inny wykonawca w takiej samej sytuacji byłby tak samo potraktowany przez Zamawiającego.

Ponadto Zamawiający podnosił, że przedmiotowe postępowanie zostało przeprowadzone w oparciu o procedurę odwróconą z art. 24aa Prawa zamówień publicznych, 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 wskazywał na postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) dotyczące dokumentów, jakie należy złożyć na podstawie art. 26 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z pkt 7.3. SIWZ, (...) Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1b Prawa zamówień publicznych, 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. W ślad za tym postanowieniem SIWZ, w dniu 8 października 2018 r. Zamawiający 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 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 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca w odpowiedzi na to

wezwanie złożył wyłącznie informację z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą jego samego, tj. R. W..

W związku z tym, że 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., Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych 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 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 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

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 Prawa zamówień publicznych dotyczącą współników spółki w spółce jawnej. W odpowiedzi na to wezwanie zostały złożone prawidłowe informacje z Krajowego Rejestru Karnego.

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. Ponadto Wezwaniu kierowanemu na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych 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. Zasada jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych 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. 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.

Ponieważ więc wezwanie z dnia 19 października 2018 r. do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych 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 Prawa zamówień publicznych, 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 Prawa zamówień publicznych byłoby więc przedwczesne, 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. 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.

W kontekście opisanego wyżej stanu faktycznego należy podkreślić, iż w trakcie badania przez Zamawiającego 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 wskazuje, iż jak wynika z licznego orzecznictwa, przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy, należy uwzględniać i brać pod uwagę fundamentalną zasadę Prawa zamówień publicznych, która gwarantując realizację wyrażonych w art. 7 ust. 1 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 u.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.

Podsumowując, z uwagi na to, że wezwanie wykonawcy Usługi Budowlane R. W. z dnia 19 października 2018 r. do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych 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 Prawa zamówień publicznych skutkowałoby niezasadnym wykluczeniem wykonawcy Usługi Budowlane R. W. z udziału w postępowaniu. Z tych względów należy uznać, że Zamawiający nie naruszył przepisów Prawa zamówień publicznych, a więc brak jest podstaw do realizacji zalecenia kontroli uprzedniej tj. dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Należy również podkreślić systematyczne odchodzenie ustawodawcy od formalistycznego podejścia do procedury postępowania i kierowanie się ku zasadzie racjonalnej analizy dokumentów przedkładanych 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.

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.

Jednocześnie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał, że 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 wymienionym zakresie budownictwa wodnego.

Odnosząc się do tego zarzutu należy wskazać, 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.

Należy zarazem podkreślić, iż 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 (5 2 ust. 4 pkt 10), który Zamawiający zażądał w pkt 7.13. lit. c SIWZ. Brak w dowolności żądania dokumentów przez

Zamawiającego wynika także z art. 25 ust. 1 zd. 1 Prawa zamówień publicznych: W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wyjaśnia, iż zakres informacji podanych przez ww. wykonawcę był adekwatny do oczekiwań Zamawiającego. 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 poprzez 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 Prawa zamówień publicznych.

Ponadto Zamawiający, aby mieć pewność, że 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 przedłożył Zamawiającemu dokumenty potwierdzające warunek posiadanego wykształcenia oraz uprawnień osób wskazanych przez wykonawcę w JEDZ.

Z uwagi na powyższe, Zamawiający wnosił o stwierdzenie braku naruszeń, które miały wpływ na wynik postępowania i zaniechanie wydawania zaleceń pokontrolnych.

Prezes UZP nie zgodził się z powyższą argumentacją Zamawiającego i podtrzymał naruszenia stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 18 stycznia 2019 r. W konsekwencji zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zastrzeżenia Zamawiającego zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza

po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż w toku kontroli właściwie ustalono i przedstawiono stan prawny i faktyczny sprawy – ustalenia Prezesa UZP w tym zakresie Izba przyjmuje za własne. Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP co do naruszeń stwierdzonych w informacji o wyniku kontroli z dnia 18 stycznia 2019 r.

Z treści zastrzeżeń Zamawiającego wynika, że dotyczą one jedynie naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 oraz 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych, poprzez dwukrotne wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych 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. Zastrzeżenia Zamawiający dotyczą także braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie osób przewidzianych do realizacji zamówienia, a w tym zakresie Prezes UZP odstąpił od stwierdzenia naruszenia art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, ponieważ wykonawca podlega wykluczeniu. W odniesieniu do pozostałych naruszeń Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń.

Rację ma Zamawiający, że zasada jednokrotności wzywania do uzupełnienia dokumentów nie wynika wprost z przepisów Prawa zamówień publicznych. Jednak ponowne wezwanie – o ile poprzednie było jasne i precyzyjne – prowadzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy czym dla stwierdzenia naruszenia nie ma znaczenia, czy w danym postępowaniu stosuje się tzw. procedurę odwróconą. Zasada jednokrotności wzywania do uzupełnienia dokumentów ma przeciwdziałać wzywaniu „do skutku” wykonawcy. W kontrolowanym postępowaniu, wobec nieprzedłożenia przez wykonawcę dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego – spółki jawnej, Zamawiający wezwał wykonawcę w dniu 19 października 2019 r. w następujący sposób: „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 (...)”. Zgodnie z przywołanym przez Zamawiającego przepisem art. 24 ust. 1 pkt 14 Prawa zamówień publicznych, wykonawcę wyklucza się z postępowania, „jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13”. Z treści wezwania wynika więc, że w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów Zamawiający odwołał się wprost do przepisu, z którego wynikał obowiązek złożenia informacji z KRK dla wspólników spółki jawnej. Dlatego nie można twierdzić, że tak sformułowane wezwanie było nieprecyzyjne – w konsekwencji nieuzupełnienie dokumentów na wezwanie Zamawiającego z dnia 19 października 2018 r. powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania, a nie kolejnym wezwaniem.

Izba również w pełni podziela stanowisko Prezesa UZP w odniesieniu do braku potwierdzenia doświadczenia osób przewidzianych do realizacji zamówienia.

Z treści zastrzeżeń Zamawiającego 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 wskazane osoby. Rację ma Prezes UZP, że z samego faktu posiadania uprawnień wynika jedynie, że wskazane osoby uzyskały uprawnienia budowlane odpowiednio w roku 2013 i 1994. Nie jest to jednak równoznaczne z posiadaniem wymaganego 5-letniego doświadczenia zawodowego. Wykonawca opisując doświadczenie personelu wskazał jedynie, że Pan P. M. „posiada 6 lat pracy w wykonawstwie hydrotechnicznym”, a Pan K. Z. — „30-letnie doświadczenie zawodowe”. Posiadanie uprawnień od 2013 r., bądź od 1994 r. nie jest tożsame z posiadaniem doświadczenia zawodowego, w tym doświadczenia zawodowego w zakresie wymaganym przez Zamawiającego w SIWZ. Trafnie Prezes UZP zauważył, że nie ma obowiązku wykonywania określonego zawodu, mimo posiadania uprawnień do jego wykonywania. Doświadczenie zawodowe wymagane w tym postępowaniu przez Zamawiającego zdobywa się poprzez 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 poprzez posiadanie określonych uprawnień, lecz poprzez wykonywanie czynności z nich wynikających, które należy wykazać. Dlatego rację miał Prezes UZP stwierdzając, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy Usługi Budowlane R. W. do uzupełnienia wykazu osób w zakresie doświadczenia zawodowego.

Reasumując, Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP odnośnie stwierdzonych naruszeń.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....