Sygn. akt: KIO 354/21

WYROK
z dnia 29 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:
Przewodniczący:Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Kur
po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lutego 2021 r. przez odwołującego W. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „WALMAR" W. G. w Wasilkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Białowieski Park Narodowy w Białowieży przy udziale wykonawcy S. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Naturalne Pokrycia Dachowe S. B. w Orlej przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wykluczenia odwołującego W. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „WALMAR" W. G. w Wasilkowie z postępowania oraz powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

2.kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Białowieski Park Narodowy w Białowieży i:

2.1.zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego W. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „WALMAR" W. G. w Wasilkowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od zamawiającego Białowieskiego Parku Narodowego w Białowieży na rzecz odwołującego W. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „WALMAR" W. G. w Wasilkowie kwotę 13 600,00 zł (trzynaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020)na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

……

U z a s a d n i e n i e
wyroku z dnia 29 marca 2021 r. w sprawie o sygn. akt: 354/21

Zamawiający – Białowieski Park Narodowy ul. Park Pałacowy 11, 17-230 Białowieża, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Remont budynku ,,Brama carska" Białowieskiego Parku Narodowego w Białowieży" o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 grudnia 2020 r. pod numerem 772159-N-2020.

Izba ustaliła, że postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej „p.z.p.", jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 2 lutego 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca W. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „WALMAR" W. G. ul. Supraślska 33, 16-010 Wasilków (dalej zwany „odwołujący"). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., poprzez jego bezpodstawne zastosowanie i wykluczenie go z postępowania oraz wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał co następuje. W rozdziale V SIWZ ust. 2 lit. c zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia zawodowego wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki inżynierskiej i jednej roboty budowlanej obejmującej swoim zakresem i rodzajem m.in. prace elektryczne, prace pokrycia dachu, remont elewacji w budynkach zabytkowych o wartości nie mniejszej niż 300 tys. zł brutto. W toku postępowania zamawiający udzielił także wyjaśnień dotyczących powyższego zapisu SIWZ, zamieszczając niedatowane pytanie i odpowiedź na stronie internetowej postępowania: „Pytanie: (...) czy powyższy warunek będzie zaakceptowany przez zamawiającego, jeżeli wykonawca przedstawi referencje na roboty wyszczególnione jak wyżej ale rozdzielone w różnych zadaniach (jedno zadanie - remont dachu, drugie remont elewacji i instalacje elektryczne - każde powyżej 300 tys. zł brutto. Odpowiedź: zamawiający zaakceptuje powyższy warunek, jeżeli wykonawca przedstawi referencje w powyższej formie. Każde zadanie powinno dotyczyć budynku zabytkowego."

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 18.01.2021 r., w trybie art. 26 ust. 2 p.z.p., odwołujący w dniu 21.01.2021 r. złożył żądane dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym wykaz robót budowlanych przygotowany na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ i obejmujący jedną robotę budowlaną (jedno zadanie) - wraz z referencjami i protokołem odbioru robót -dotyczącą remontu zabytkowej Synagogi w Krynkach polegającą na remoncie więźby dachowej, wymianie pokrycia dachu, remoncie elewacji.

W dniu 22.01.2021 r. zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 4 p.z.p., wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień wskazując, że ze złożonego wykazu wykonanych robót nie wynika, że w ramach remontu zabytkowej synagogi były wykonywane prace elektryczne. W odpowiedzi na to wezwanie odwołujący złożył żądane wyjaśnienia w dniu 27.01.2021 r., w których potwierdził, że zakres roboty budowlanej wskazanej w złożonym wykazie obejmował także prace elektryczne. Odwołujący wyjaśnił, że nie był to zasadniczy element roboty i tylko z tego powodu prace elektryczne nie zostały wprost wymienione w opisie zamieszczonym w wykazie. W wyjaśnieniach wymieniono prace elektryczne

wykonane w ramach wskazanej roboty budowlanej, a także przekazano zdjęcia potwierdzające ich wykonanie. Ponadto, w podsumowaniu wyjaśnień odwołujący oświadczył jednoznacznie, że wskazana w wykazie robota odpowiada swoim zakresem i rodzajem warunkowi udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 2 lit. c SIWZ, zaś w celu jednoznacznego zapewnienia zamawiającego o spełnieniu warunku odwołujący załączył do wyjaśnień ponownie ten sam wykaz robót z opisem w kolumnie 2 uzupełnionym o słowa „w tym m.in. prace elektryczne". Odwołujący dodał, że wraz z wyjaśnieniami złożył dokument wystawiony przez inwestora robót w dniu 26.01.2021 r., potwierdzający, że zakres roboty budowlanej wskazanej w wykazie obejmował także prace elektryczne - przy czym zakres prac wskazanych w piśmie inwestora jest zgodny z wykazem prac wskazanym w wyjaśnieniach odwołującego :„Gmina Krynki z siedzibą ul Garbarska 16, 16-120 Krynki, potwierdza, iż firma Walmar W. G. podczas wykonywania remontu zabytkowej Synagogi w Krynkach wykonała m.in, prace polegające na: (...) 6. prace elektryczne w zakresie: - remont masztu energetycznego wraz z montażem przejścia przez pokrycie dachowe, - demontaż instalacji odgromowej wraz wyprostowaniem bednarki, - likwidacja oświetlenia, - likwidacja rozety elektrycznej wraz z przewodami, - uporządkowanie i montaż przewodów elektrycznych, - wpięcie rusztowania do instalacji odgromowej (...)".

W ocenie odwołującego zarówno treść wyjaśnień, jak i poświadczenie inwestora, jednoznacznie potwierdzają, że robota budowlana wskazana w wykazie obejmowała swoim zakresem i rodzajem także prace elektryczne. Tym samym odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu z rozdziału V SIWZ ust. 2 lit. c. Po otrzymaniu wyjaśnień, następnego dnia, zamawiający zawiadomił o tym, że na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. wykluczył odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż nie wykazano spełnienia warunków udziału w postępowaniu (pismo datowane na 27.01.2021 r., przekazane przy użyciu poczty elektronicznej w dniu 28.01.2021 r.). W uzasadnieniu czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę wniesienia odwołania, wskazano: „W odpowiedzi na wezwanie w dniu 27.01.2021 r. zamawiającemu zostały przedłożone wyjaśnienia, w których wykonawca wskazał, iż w ramach robót budowlanych obejmujących remont zabytkowej Synagogi w Krynkach wykonał drobne prace elektryczne dotyczące przede wszystkim instalacji odgromowej, Na dowód czego wykonawca załączył pismo podpisane przez Burmistrza Gminy Krynki z dnia 26.01.2021 roku. W związku z powziętymi wątpliwościami odnośnie przedłożonych wyjaśnień zamawiający dokonał sprawdzenia dokumentacji przetargowej dotyczącej remontu zabytkowej Synagogi zamieszczonej na stronie internetowej Gminy Krynki, z której ewidentnie wynika, że prace elektryczne: a) nie były ujęte w dokumentacji projektowej stanowiącej szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak również w przedmiarach i wzorze umowy, b) nie sporządzono protokołu konieczności wykonania wykazywanych przez wykonawcę robót elektrycznych, c) wykazywane roboty nie były przedmiotem odbioru końcowego, d) wykazywane roboty nie były objęte pozwoleniem Podlaskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w Białymstoku. Stąd też nie można przyjąć, iż prace elektryczne wymienione w pkt 6 pisma Gminy Krynki z dnia 26.01.2021 r. zostały faktycznie wykonane".

Zdaniem odwołującego ocena wykonanych prac elektrycznych jako „drobne" jest dyskusyjna - lecz przede wszystkim nieistotna wobec wyraźnego brzmienia warunku udziału w niniejszym postępowaniu. Według brzmienia warunku robota referencyjna miała obejmować swoim zakresem i rodzajem „m.in. prace elektryczne". Zamawiający nie określił w tym miejscu żadnej wymaganej wielkości ani zakresu takich prac - chociaż miał taką możliwość. Na marginesie można zauważyć, że zamawiający napisał o „pracach elektrycznych" a nie o „robotach elektrycznych", czy „branży elektrycznej" oraz nie postawił warunku dysponowania osobą kierownika robót elektrycznych w związku z udzielanym zamówieniem. W tej sytuacji nawet całokształt warunków w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej nie daje podstaw, by sformułowaniu „m.in. prace elektryczne" nadawać jakieś specyficzne znaczenie - szersze od znaczenia językowego. W sformułowanym warunku zamawiający nie wymagał również, aby prace elektryczne były: (a) ujęte w dokumentacji projektowej, przedmiarach i wzorze umowy na roboty referencyjne, ani (b) objęte protokołem konieczności, czy (c) protokołem odbioru końcowego, czy też (d) wyszczególnione w treści pozwolenia jakiegokolwiek organu. Warunek sformułowany przez zamawiającego jest zatem jasny i jednoznaczny. Nawet jeżeli zamawiający dostrzega w nim jakąś - nieznaną odwołującemu - nieostrość, to orzecznictwo Izby jednoznacznie zakazuje rozstrzygania ewentualnych wątpliwości w zakresie interpretacji warunków podmiotowych w sposób naruszający prawo wykonawcy do uzyskania zamówienia. Konkludując, według odwołującego spełnia on tak sformułowany warunek doświadczenia, a złożone zamawiającemu oświadczenia i dokumenty jednoznacznie to potwierdzają.

Natomiast odnośnie sposobu dokonania przez zamawiającego oceny podmiotowej, odwołujący wskazał, że dokonanie sprawdzenia dokumentacji przetargowej dotyczącej roboty referencyjnej nie jest ani powszechnie przyjętym, ani tym bardziej dopuszczonym przepisami prawa sposobem dokonywania takiej oceny. Podstawą oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu są oświadczenia i dokumenty złożone przez wykonawcę, w połączeniu z możliwością zwrócenia się przez zamawiającego o dodatkowe informacje lub dokumenty bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane były wykonane. Zamawiający otrzymał wyczerpujące i jednoznaczne oświadczenia oraz dokumenty o zgodnej treści zarówno od odwołującego jak i inwestora robót - a mimo to próbuje podważyć ich treść ustaleniami prowadzonymi samodzielnie i arbitralnie. I nawet gdyby pominąć okoliczność, że samodzielne ustalenia zamawiającego pozostają nieistotne pod względem formalnoprawnym, trzeba mieć na uwadze, że ponadto są one błędne, ponieważ zgodnie z dokumentami postępowania roboty referencyjnej (część II. 4 ogłoszenia o zamówieniu i § 1 ust. 5 oraz § 10 ust. 1 wzoru umowy) ustalenie zakresu prac rzeczywiście wynikającego z dokumentacji projektowej leżało po stronie wykonawcy. Doświadczenie życiowe i sztuka budowlana stanowią przy tym wystarczającą podstawę by stwierdzić, że np. skucie tynków wyszczególnione w pomocniczym przedmiarze będzie wiązało się z koniecznością ponownego ułożenia i zamocowania kabli elektrycznych, które się w tych tynkach znajdują. Wbrew twierdzeniom zamawiającego, przedmiar robot nie był zatem dokumentem określającym zakres robót w sposób wiążący, jak również zamawiający pominął ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Prace elektryczne były zatem już pierwotnie objęte zakresem roboty budowlanej, jak i uwzględnione w przedmiocie umowy oraz w wynagrodzeniu wykonawcy. Nie występowała również potrzeba, czy nawet podstawa, do obejmowania prac elektrycznych protokołem konieczności, o którym zamawiający pisze w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu. Ustalenia zamawiającego dotyczące prac elektrycznych są w sposób oczywisty niezgodne ze stanem faktycznym i nie da się ich obronić chyba, że zamawiający zamierza kwestionować nie tylko oświadczenie inwestora - Gminy Krynki - o wykonaniu tych prac, ale również przedstawione przez odwołującego zdjęcia obrazujące faktycznie wykonane prace.

Odwołujący dodał, że zamawiający nie był również uprawniony do wykluczenia go z przetargu bez uprzedniego wezwania go w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. Taka czynność zamawiającego nie miała miejsca i wyłącznie z ostrożności procesowej wskazano, że nawet gdyby złożone dokumenty nie potwierdzały spełniania warunku udziału w postępowaniu, to czynność wykluczenia jest przedwczesna, a tym samym niezgodna z przepisami p.z.p.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik

strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego stanowisku procesowym, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w odpowiedzi na odwołanie, a także zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Izba wskazuje, że mając na uwadze datę wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do postępowania odwoławczego – zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020)– znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), dalej zwanej „n.p.z.p.".

Skład orzekający stwierdził spełnienie przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 n.p.z.p. i dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę S. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Naturalne Pokrycia Dachowe S. B. ul. Krzywa 2, 17-106 Orla (dalej zwanego jako „przystępujący"), zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza– po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku przetargu oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 pkt 1 n.p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 n.p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 528 n.p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto, w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 n.p.z.p.

W oparciu o akta sprawy odwoławczej Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia – okoliczności te nie były pomiędzy stronami sporne:

1. Zgodnie z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący: „c) zdolności technicznej lub zawodowej. Doświadczenie zawodowe. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki inżynierskiej i prawidłowo ukończył: - co najmniej jedną robotę budowlaną obejmującą swoim zakresem i rodzajem m. in. prace elektryczne, prace pokrycia dachu, remont elewacji w budynkach zabytkowych o wartości nie mniejszej niż 300 tys. zł brutto" – rozdział V pkt 2 lit. c SIWZ,
2. W toku przetargu, na podstawie art. 26 ust. 2 p.z.p., zamawiający wezwał odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunku udziału w przetargu i w odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 21 stycznia 2021 r., odwołujący złożył wykaz robót budowlanych, gdzie wskazano jako robotę referencyjną remont zabytkowej Synagogi w Krynkach. Odwołujący złożył też referencje z dnia 19 października 2020 r. i protokół odbioru końcowego z dnia 28 sierpnia 2020 r. oraz dokumentację fotograficzną.
3. Pismem z dnia 22 stycznia 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego - w trybie art. 26 ust. 4 p.z.p. - do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazania spornego warunku udziału w postępowaniu, podnosząc, że ze złożonego wykazu robót budowlanych nie wynika, że w ramach remontu zabytkowej synagogi były wykonywane prace elektryczne. W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 27 stycznia 2021 r., odwołujący złożył wyjaśnienia dołączając do nich oświadczenie Gminy Krynki (pismo z 26.01.2021 r.).
4. W dniu 28 stycznia 2021 r. zamawiający przekazał odwołującemu informację o wykluczeniu go z przetargu z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej, uznając, że nie można przyjąć, iż prace elektryczne na rzecz Gminy Krynki zostały faktycznie wykonane (pismo z 27.01.2021 r.).

Postawione przez odwołującego zarzuty sprowadzały sprawę do rozstrzygnięcia, czy zamawiający w sposób prawidłowy zbadał i ocenił jego ofertę, w konsekwencji czego wykluczono odwołującego z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p.), z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w przetargu dotyczącego posiadania doświadczenia zawodowego, określonego w rozdziale V ust. 2 lit. c SIWZ.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 n.p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, mając na uwadze dodatkowe stanowiska procesowe – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem odwołanie posiada uzasadnione podstawy i jako takie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą uwzględnione. W konsekwencji powyższego skład orzekający nakazał zamawiającemu unieważnienie wadliwej czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty.

W ocenie składu orzekającego wykluczenie wykonawcy z postępowania zostało spowodowane wadliwą oceną dokumentów zebranych przez zamawiającego. Zamawiający zdaje się skupiać wyłącznie na fragmencie dokumentacji przetargu remontu Synagogi w Krynkach, bez uwzględnienia całokształtu jej treści, z wybiórczym rozumieniem oświadczeń inwestora Gminy Krynki. Nie było spornym, że prace elektryczne wykonane przez odwołującego nie zostały *explicite* zawarte w dokumentacji postępowania, czyli nie wyszczególniono ich oddzielnie, co nie oznacza, że wykonawca ich nie wykonał. Jak trafnie wskazał odwołujący nie można dokonać oceny faktycznie wykonanych robót w oparciu o wybiórczy fragment SIWZ ze strony internetowej inwestora –szczególnie, kiedy ciężar ustalenia zakresu prac rzeczywiście wynikających z dokumentacji projektowej, a także konieczność osiągnięcia celu inwestycji i wykonania całokształtu robót koniecznych dla zrealizowania zamówienia inwestor przerzucił na wykonawcę, przy określeniu wynagrodzenia w formie ryczałtowej.

Zebrane przez zamawiającego dokumenty w sposób spójny i jednoznaczny potwierdzają, że w projekcie budowlanym nie ujęto prac elektrycznych wskazanych przez odwołującego (remont masztu energetycznego, demontaż instalacji odgromowej, likwidacja oświetlenia i rozety elektrycznej wraz z przewodami, uporządkowanie i montaż przewodów elektrycznych, wpięcie rusztowania do instalacji odgromowej), a były to dodatkowe roboty, konieczne do realizacji remontu Synagogi w Krynkach, wykonane przez wykonawcę terminowo i zgodnie ze sztuką budowlaną. Inwestor w piśmie z dnia 26 stycznia 2021 r. potwierdził właściwe wykonanie rzeczonych robót, co jest spójne z

wyjaśnieniami odwołującego złożonymi na wezwanie zamawiającego. Natomiast w piśmie z dnia 27 stycznia 2021 r., które inwestor złożył na wezwanie zamawiającego, Gmina Krynki wyjaśniła jednostce zamawiającej, że robót tych nie zawarto w projekcie budowlanym (były to dodatkowe, niezbędne do realizacji inwestycji prace), ponownie potwierdzając ich wykonanie przez odwołującego. Zatem złożona przez zamawiającego SIWZ i projekt budowlany roboty referencyjnej nic nie wnoszą do sprawy, ponieważ okoliczność, że były to dodatkowe roboty nie jest sporna. Dalej skład orzekający wskazuje, że kolejne dowody potwierdzające, iż odwołujący wykonał prace dotyczące instalacji elektrycznej przedłożył Izbie zamawiający (pismo Gminy Krynki z 04.02.2021 r. wraz z pytaniami zamawiającego z 03.02.2021 r.), gdzie w pkt 3 i 10 wskazano, że odwołujący wykonał wskazane tam prace dotyczące instalacji elektrycznej i z nim inspektor nadzoru uzgodnił zakres koniecznych prac z branży elektrycznej (co także wprost potwierdza, że prace były konieczne i weszły w zakres roboty budowlanej).

Całokształt zebranego materiału dowodowego w sposób jednoznaczny wskazuje na faktyczne wykonanie spornych prac, zaś zamawiający nie udowodnił okoliczności przeciwnej. Skład orzekający stwierdził również, że argument, iż prac elektrycznych nie ma w protokole odbioru końcowego zdaje się pomijać charakter spornych robót, były to bowiem prace drugorzędne wobec przedmiotu zamówienia, więc trudno wymagać, aby protokół odbioru końcowego nie skupiał się na najistotniejszych elementach inwestycji, a opisywał każdy jej szczegół. W pkt 1 protokołu odbioru końcowego z dnia 28 sierpnia 2020 r. wskazano na siedem głównych zakresów robót budowlanych i są to tożsame prace, co w pkt 3.3. SIWZ inwestycji (odnoszące się do przedmiotu zamówienia). To strony decydują jak szczegółowo opisać przedmiot odbioru i w żaden sposób nie podważa on kilkukrotnie składanych oświadczeń inwestora, że wskazane prace elektryczne zostały wykonane. Treść protokołu odbioru końcowego – odnosząca się do przedmiotu zamówienia i zbiorczo do głównych robót wykonanych przez wykonawcę – w żaden sposób nie pozwala również na wyciagnięcie wniosku, że prace te nie były objęte przedmiotem odbioru końcowego, to daleko idąca nadinterpretacja zamawiającego, bez uwzględnienia charakteru tego dokumentu, jego treści i celu sporządzenia. Zamawiający pominął wyjaśnienia wykonawcy, oświadczenia inwestora i arbitralnie uznał, że robót tych nie odebrano, ponieważ protokół odbioru końcowego odnosi się wyłącznie do głównych prac, a nie drobiazgowo do wszystkich robót (w tym mniej istotnych z perspektywy przedmiotu zamówienia), trudno podzielić takie dowolne i wybiórcze stanowisko.

W informacji o wykluczeniu wskazano także, iż zamawiający ustalił, że w zakresie prac elektrycznych nie sporządzono protokołu konieczności i nie były one objęte pozwoleniem Podlaskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w Białymstoku. Po pierwsze, nie udowodniono braku sporządzenia protokołu konieczności, są to kolejne budzące wątpliwości spekulacje zamawiającego, także bez związku z treścią warunku udziału w przetargu. Pomijając już, że brak protokołu konieczności nie powodowałby – jak przyjął zamawiający – że prace nie zostały faktycznie wykonane. Jeżeli praktyką zamawiającego jest zlecanie takiego rodzaju prac protokołem konieczności, nie oznacza to, że każdy inny inwestor ma tożsamą praktykę. Po drugie, trudno także uznać za uzasadnione twierdzenia dotyczące konieczności objęcia prac pozwoleniem konserwatora zabytków, po raz kolejny daleko idące wnioski jednostki zamawiającego pomijają charakter i zakres spornych prac, zaś niezależenie od powyższego, zamawiający nie postawił takiego wymagania w warunku udziału w przetargu, więc jest to irrelewantne dla badania zdolności podmiotowej wykonawcy i nie może być podstawą do wykluczenia go z przetargu.

Konkludując, Izba podzieliła argumentację odwołującego o bezpodstawnym stwierdzeniu przez jednostkę zamawiającą, że prace elektryczne nie zostały przez wykonawcę wykonane w ramach wskazanej roboty referencyjnej. Zamawiający z niezrozumiałych względów, wbrew treści wyjaśnień wykonawcy, które są spójne i znajdują potwierdzenie w kilkukrotnie składanych oświadczeniach inwestora, sformułował własne nie wynikające znikąd poza jego własnym przekonaniem hipotezy, które kolidują z brzmieniem ocenianego materiału dowodowego i regułami logicznego wnioskowania. Błąd w przyjęciu, że roboty nie zostały faktycznie wykonane, skutkował nieprawidłową czynnością eliminacji odwołującego z postępowania, zatem zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. został przez Izbę uwzględniony.

Skład orzekający wskazuje dalej, że umknęło uwadze zamawiającego, że wszystkie argumenty, które spowodowały wykluczenie odwołującego z przetargu należało wskazać w informacji o wykluczeniu, która stanowiła asumpt do wniesienia odwołania. Natomiast zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie próbuje uzupełnić zawiadomienie o wykluczeniu, podnosząc nowe okoliczności, które w jego ocenie potwierdzają prawidłowość zaskarżonej czynności. Porównując zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy z argumentacją przedstawioną przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 p.z.p., gdyż jednostka zamawiająca dopiero w trakcie powstałego sporu wskazała wykonawcy podstawy faktyczne, które miały uzasadniać jego eliminację z przetargu. Wykorzystanie postępowania odwoławczego, aby przedstawić, co legło u podstaw wykluczenia wykonawcy należy ocenić krytycznie, zamawiający naruszył zasadę unormowaną w art. 7 ust. 1 p.z.p., która nakazuje prowadzenie postępowania zgodnie z zasadą przejrzystości, a w powiązaniu z art. 92 ust. 1 pkt 2 p.z.p. oznacza, że wszelkie czynności podejmowane przez zamawiającego winny wynikać z klarownie określonych przesłanek, którymi kierował się zamawiający, i co najważniejsze, przesłanki te muszą być możliwe do zweryfikowania i ujawnione wykonawcy w informacji stanowiącej podstawę wykluczenia. Postępowanie odwoławcze przez Izbą ma charakter weryfikacyjny – Izba bada, czy zamawiający prawidłowo dokonał czynności wykluczenia wykonawcy, zatem nie może być wykorzystane do tego, aby dopiero na tym etapie rozważać, czy zamawiający miał uzasadnione podstawy do podjęcia kroków, które podjął przed wniesieniem przez odwołującego środka ochrony prawnej i poszukiwania uzasadnienia podjętej decyzji.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że po otwarciu ofert – kiedy nie ma już możliwości zmiany dokumentacji postępowania – zamawiającego, wykonawców i Krajową Izbę Odwoławczą wiąże SIWZ ogłoszona stronom. Skoro więc w SIWZ nie określono, że charakter prac elektrycznych ma powodować konieczność wyszczególnienia ich w pozwoleniu na budowę, czy w pozwoleniu konserwatorskim, lub być związany z pomiarami instalacji, albo stosowanymi uprawnieniami, to stawianie takich wymogów na obecnym etapie jest nieskuteczne i nie może być podstawą do wykluczenia wykonawcy z przetargu. Nic nie stało na przeszkodzie, aby zamawiający postawił takie wymagania w terminie przed złożeniem ofert, czy uszczegółowił co rozumie przez wymagane prace elektryczne. Brak sprecyzowania tego elementu w SIWZ powoduje, że należy go rozumieć zgodnie z brzmieniem – jako prace związane z instalacją elektryczną, czyli przykładowo montaż lub demontaż przewodów elektrycznych. Zatem w pojęciu tym będą się zawierały wszystkie prace elektryczne wskazane przez odwołującego na potwierdzenie posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie polemizuje również z charakterem prac wykonanych przez odwołującego, kiedy w SIWZ brak jest jakichkolwiek wymogów co do specyfiki tych robót. Argumentacja zamawiającego, że były to prace budowlane jedynie luźno związane z instalacją elektryczną, mające ułatwić demontaż prac

rozbiórkowych jest niezrozumiała, strona bowiem polemizuje z zakwalifikowaniem robót przez wykonawcę i Gminę Krynki, arbitralnie dobierając kryteria, które jej zdaniem wpisują się w przyjętą narrację, bez żadnego związku z SIWZ – w którym żadnych wytycznych dla rozumienia pojęcia „prace elektryczne" nie wskazano. Jest to raczej stanowisko formułowane na potrzeby postępowania odwoławczego, niż twierdzenia związane z dokumentacją przetargu, w której nie wskazano żadnych obostrzeń, wskazówek czy uszczegółowienia niezwykle pojemnego pojęcia „prace elektryczne".

Krytycznie należy ocenić także założenie zamawiającego, że wymagane w warunku prace elektryczne wymagają stosownych uprawnień i pomiarów, i tutaj tylko krótko zauważyć wypada, że jeżeli zamawiający chciał, aby wykonawcy legitymowali się takimi robotami, to przede wszystkim należało to określić w SIWZ, a nie obecnie, całkowicie poza dokumentacją przetargu, próbować stawiać hipotezy, co zamawiający życzyłby sobie zawrzeć w warunku, a czego tam nie zawarł wskutek własnego niedbalstwa. Nie można obciążać odwołującego faktem, że po terminie na składanie ofert zamawiający uzmysłowił sobie, że jednak warunek udziału w przetargu można było sformułować inaczej. Treść SIWZ musi mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, zaś błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców biorących udział w postępowaniu. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny ofert tylko w odniesieniu do postanowień zawartych w SIWZ, a nie do własnych interpretacji, czy spóźnionych intencji.

Budzi także wątpliwość zawarty w odpowiedzi na odwołanie opis, jak zdaniem zamawiającego należało wykonać prace dotyczące instalacji odgromowej przy remoncie Synagogi w Krynkach i wejście w rolę inwestora czy organu nadzoru budowlanego oraz swobodne, bezpodstawne spekulowanie, że wykonawca nie mógł prawidłowo wykonać powierzonych robót (podobnie w przedmiocie wpięcia rusztowania do instalacji elektrycznej). W tym zakresie odwołujący przedłożył dokument urzędowy – protokół z dnia 28 sierpnia 2020 r. odbioru robót budowlanych przez Podlaskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków, potwierdzający, że roboty zostały wykonanie zgodnie z pozwoleniem konserwatora zabytków oraz stwierdzającego, że odbiór dotyczy wszystkich robót objętych rzeczonym pozwoleniem, co jednoznacznie ucina domysły zamawiającego.

Ponadto, skład orzekający wskazuje, że niezrozumiałym jest stanowisko zamawiającego, że w wyniku badania oferty na podstawie art. 26 ust. 4 p.z.p. nie mogą być przedłożone ani nowe dokumenty, ani nowe informacje, więc zamawiający nie był zobowiązany do wzięcia pod uwagę treści oświadczeń Gminy Krynki. Takie stanowisko jest wypaczeniem instytucji wezwania do wyjaśnienia, bowiem uznanie, że na wezwanie nie można wskazać żadnej nowej informacji czyniłoby bezcelowym jakiekolwiek dopytywanie wykonawcy, a tym samym tak rozumiany art. 26 ust. 4 p.z.p. byłby normą zbędną. Pomijając już fakt, że pismo z Gminy Krynki (z dnia 27.01.2021 r., wprost potwierdzające prawidłowość spornego potencjału) zamawiający uzyskał na własną prośbę, a mimo to je pominął. Dziwi również stanowisko, że przed wykluczeniem odwołującego z przetargu zamawiający nie miał podstaw do wezwania wykonawcy do uzupełnienia potencjału. Jednostka zamawiająca ma obligatoryjny nakaz wynikający z art. 26 ust. 3 p.z.p., by w sytuacji, gdy złożone oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 p.z.p., wezwać wykonawcę do uzupełnienia w tym przedmiocie i dopiero brak wykazania doświadczenia na obowiązkowe wezwanie do uzupełnienia może spowodować eliminację z przetargu – co w ustalonym stanie rzeczy nie było konieczne, nie dlatego, że Izba podziela wykładnię art. 26 ust. 3 p.z.p. zaprezentowaną przez zamawiającego, a dlatego, że spełnienie warunku posiadania odpowiedniego potencjału zawodowego z lit. c pkt 2 rozdziału V SIWZ odwołujący wykazał w przetargu w sposób prawidłowy.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, gdyż wykazano, iżw przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 n.p.z.p. Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy może mieć istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zamawiający w sposób bezprawny chciał dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, z pominięciem oferty złożonej przez wykonawcę, który wykazał, że spełnia warunki udziału w przetargu.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania skład orzekający wydał na podstawie art. 575 n.p.z.p. obciążając strony kosztami, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła zamawiającego jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zasądzone na podstawie złożonej faktury VAT.

Przewodniczący:

……