sygn. akt: **KIO 1361/21**

WYROK
z dnia 2 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2021 roku, przez wykonawcę **LK Inwest sp. z o.o., ul. Wojszycka 46; 53-006 Wrocław**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Zblewo, ul. Główna 40; 83-210 Zblewo**,
przy udziale wykonawcy **S. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Ogólnobudowlanych S. R., ul. Fałata 10; 83-400 Kościerzyną** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.**
2. **Uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego LK Inwest sp. z o.o., ul. Wojszycka 46; 53-006 Wrocław, ponowne badanie i ocenę ofert.**
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Zblewo** i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **LK Inwest sp. z o.o.,** tytułem wpisu od odwołania,
   3.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Zblewo** na rzecz wykonawcy **LK Inwest sp. z o.o.**kwotę 14 591 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt jeden złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, dojazdu na rozprawę, opłaty skarbowej i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:……

sygn. akt: **KIO 1361/21**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Zblewo, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Budowa przedszkola w Zblewie wraz z miejscami parkingowymi oraz infrastrukturą towarzyszącą - etap II”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP, pod nr 2021/BZP 00026866/01.

Dnia 5 maja 2021 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 7 maja 2021 roku wykonawca LK Inwest sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, iż odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało odrzuceniem przez zamawiającego złożonej przez wykonawcę oferty w sytuacji, gdy spełniał on warunki udziału w postępowaniu.

Z ostrożności, na wypadek uznania, iż podmiotowe środki dowodowe złożone przez odwołującego nie dowodzą spełnienia warunków udziału w postępowaniu, odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

2.art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu wykonanych robót budowlanych oraz dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane należycie,

ewentualnie,

3.art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści podmiotowych środków dowodowych.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wniósł o:

1)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,

2)nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert,

ewentualnie:

3)nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych lub złożenia wyjaśnień dotyczących treści podmiotowych środków dowodowych,

4)zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

W zakresie postępowania dowodowego, odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z:

- referencji dotyczących prawidłowego ukończenia przez odwołującego robót budowlanych w ramach inwestycji pn. „Budowa nowej siedziby Przedszkola Miejskiego w Świeradowie - Zdroju” z dnia 5 kwietnia 2019 r.,

- protokół odbioru końcowego z dnia 15 kwietnia 2021 r. dot. inwestycji pn. „Przebudowa, rozbudowa i budowa obiektów sportowych na Winnej Górze w Sulęcinie” Etap I i Ia,

celem wykazania, iż odwołujący realizował i prawidłowo zakończył inne roboty budowlane, pozwalające na uznanie, iż spełnił on warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (art. 505 ust. 1 ustawy Pzp). Gdyby zamawiający prawidłowo ocenił podmiotowe środki dowodowe złożone przez odwołującego, nie odrzuciłby jego oferty. W konsekwencji zamawiający wybrałby, jako najkorzystniejszą nie ofertę wykonawcy S. R. (Zakład Robót Ogólnobudowlanych S. R.), lecz ofertę odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z wezwaniem zamawiającego z dnia 16 kwietnia 2021 r., złożył żądane przez niego podmiotowe środki dowodowe, potwierdzające spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, w szczególności wykaz wykonanych robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, wraz z

podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane. Na potwierdzenie należytego wykonania ww. robót, przedłożył również protokół odbioru końcowego zadania inwestycyjnego pn. „Budowa nowej siedziby Komisariatu Policji w Iłowej przy ul. Okrzei".

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wskazał, iż przedmiotowy protokół „budził wątpliwości zamawiającego".

Tymczasem z przedłożonego protokołu jednoznacznie wynika, iż:

•wykonawca powiadomił zamawiającego o zakończeniu robót i gotowości do obioru końcowego;

•przedmiot umowy został zakończony w terminie;

•roboty budowlane objęte przedmiotem umowy zostały zakończone;

•usterki ujawnione w toku odbioru końcowego zostały przez wykonawcę usunięte;

•zamawiający dokonał odbioru końcowego przedmiotu umowy;

•protokół został podpisany przez upoważnione do tego osoby.

W ocenie odwołującego nie sposób uznać, aby treść przedłożonego przez niego protokołu mogła nasuwać jakiekolwiek wątpliwości zamawiającego w zakresie wykonanych przez odwołującego robót - a w szczególności tego, czy zostały one wykonane w sposób należyty. Gdyby w istocie nie doszło do należytego wykonania robót, to nie doszłoby do ich odbioru końcowego, potwierdzonego złożonym przez odwołującego protokołem.

Informacje podmiotu, na rzecz którego zostały wykonane roboty budowlane w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Budowa nowej siedziby Komisariatu Policji w Iłowej przy ul. Okrzei" o rzekomych „licznych nieprawidłowościach oraz wadach w wykonanych robotach budowlanych" nie są zgodne z prawdą i nie znajdują odzwierciedlenia w przedłożonej przez odwołującego, na potrzeby niniejszego postępowania dokumentacji. Wszelkie usterki, na jakie wskazywał ów podmiot zostały przez odwołującego usunięte, o czym świadczy jednoznacznie dokonanie odbioru końcowego przedmiotu umowy. Faktem, jest że odwołujący oraz Komendant Wojewódzki Policji w Gorzowie Wielkopolskim pozostają aktualnie w sporze, spór ten dotyczy jednak zapłaty wynagrodzenia za roboty dodatkowe i toczy się z powództwa LK Inwest sp. z o.o. przed Sądem Okręgowym w Szczecinie o sygn. akt VIII GC 94/21 Odwołujący nie ma wiedzy o żadnym innym postępowaniu sądowym, a w szczególności postępowaniu o zapłatę kar umownych.

Również pozostałe, przedłożone przez odwołującego przedmiotowe środki dowodowe, jak: wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego oraz oświadczenie wykonawcy o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej nie budziły wątpliwości (zresztą sam zamawiający takowych nie podnosił w uzasadnieniu dokonanej przezeń czynności).

Odwołujący wskazał, iż zamawiający pomimo należytego i wiarygodnego udokumentowania przez odwołującego spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, odrzucił jego ofertę, bazując jedynie na gołosłownych twierdzeniach podmiotu, na rzecz którego przedmiotowe roboty zostały zrealizowane, dokonując tym samym czynności sprzecznej z przepisami ustawy Pzp.

Marginalnie odwołujący podniósł, iż niezależnie od powziętych przez zamawiającego wątpliwości, odwołujący realizował również innego rodzaju roboty budowlane, które potwierdzają spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu (dowód: referencje dotyczące prawidłowego ukończenia przez odwołującego robót budowlanych w ramach inwestycji pn. „Budowa nowej siedziby Przedszkola Miejskiego w Świeradowie - Zdroju"; protokół odbioru końcowego z dnia 15 kwietnia 2021 r. dot. inwestycji pn. „Przebudowa, rozbudowa i budowa obiektów sportowych na Winnej Górze w Sulęcinie" Etap I i Ia).

Ostatecznie odwołujący poprzestał jednak na wskazaniu jednej roboty budowlanej w ramach podmiotowych wniosków dowodowych. Przyczyną tego stanu rzeczy była oczywista wiarygodność i miarodajność przedłożonego przez odwołującego dokumentu, tj. protokołu odbioru końcowego - tym bardziej, iż przedmiotowy dokument z pozytywnym skutkiem dla odwołującego posłużył już jako referencja w ramach innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Wojewódzka Policji we Wrocławiu dotyczącym Budowy nowego Komisariatu Policji w Jelczu-Laskowice (Pu-2380-150-053-121 /2020/AB).

Z uwagi zatem na bezsporne spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego oraz ich potwierdzenie dokumentami zgodnymi z treścią SWZ, czynność odrzucenia oferty przez zamawiającego należy uznać za sprzeczną z przepisami ustawy Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty zamawiający wskazał, iż z przedłożonego przez odwołującego protokołu odbioru końcowego zadania inwestycyjnego nie wynikało wprost, czy wskazane przez odwołującego roboty zostały wykonane należycie.

Niezależnie od tego, że ocena ta jest nieuprawniona, odwołujący zwrócił uwagę, iż zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa wart. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Jeżeli zatem zamawiający uznał, iż odwołujący nie przedłożył wymaganych przezeń podmiotowych środków dowodowych, pozwalających na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, winien - stosując wskazany wyżej przepis - wezwać odwołującego do ich uzupełnienia lub złożenia.

Zgodnie z jednolitym stanowiskiem doktryny oraz Krajowej Izby Odwoławczej:

„Przepis art. 128 ust. 1 PrZamPubl przewiduje obowiązek zamawiającego wzywania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych i innych np. pełnomocnictw, co przyczynić się ma do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert (na obligatoryjność obowiązku wskazuje KIO w wyr. z 6.8.2015 r., KIO 1606/15, Legalis, również SO w Katowicach w wyr. z 11.4.2013 r., XIX Ga 179/13, niepubl.: "Nie budzi wątpliwości, że przepisy art. 26 ust. 3 i 4 PrZamPubl2004 [uw. aut. – obecnie art. 128 ust. 1] mają charakter bezwzględnie obowiązujący i nakładający na zamawiającego wymóg wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz możliwość do ich wyjaśnienia. Dokumenty i oświadczenia, z których nie wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w zamówieniu mogą być uznane za oświadczenia i dokumenty „zawierające błąd", mimo iż nie ma wątpliwości, co do ich treści. W takim przypadku zamawiający jest zobligowany do wezwania wykonawcy

w trybie art. 26 ust. 3 i 4 PrZamPubl2004 [uw. aut. - obecnie art. 128 ust. 1]". (P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis, 2021).

„Użycie w przepisie art. 128 ust. 1 PZP kategorycznego sformułowania „wzywa" oznacza, że zamawiający nie ma dowolności w stosowaniu tego przepisu. Jeśli w określonym stanie faktycznym zostanie spełniona jedna z przesłanek warunkująca stosowania tego przepisu, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do odpowiednio złożenia, poprawienia lub uzupełnienia stosownych oświadczeń lub dokumentów." [M. Jaworska, D. Grześkowiak - Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2021, Legalis].

Pomimo wątpliwości powziętych przez zamawiającego, zaniechał on skorzystania
z przedmiotowego przepisu, nie wzywając odwołującego do złożenia lub uzupełnienia wykazu zrealizowanych robót budowlanych oraz dokumentów potwierdzających, że zostały one należycie wykonane. Z uwagi na obligatoryjny charakter przedmiotowego przepisu, również konsekwencje niezastosowania się przez zamawiającego do treści przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, prowadzące do odrzucenia oferty odwołującego z powodu rzekomego niespełniania warunków udziału w postępowaniu są w doktrynie określane jednoznacznie jako niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Wystąpienie przez zamawiającego
z przedmiotowych wezwaniem było w okolicznościach niniejszej sprawy tym bardziej uzasadnione, iż wykonawca dysponował możliwością przedłożenia podmiotowych środków dowodowych dotyczących realizacji innych robót budowlanych, które również potwierdziłyby spełnienie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu - o czym była już mowa w uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

Niezależnie od naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zaniechał również skorzystania z przewidzianej w art. 125 ust. 4 ustawy Pzp, możliwości zażądania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez niego podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący kwestionuje oczywiście uprawnienie zamawiającego do zwrócenia się w trybie art. 125 ust. 5 ustawy Pzp, o wyjaśnienie wątpliwości dotyczących podmiotowych środków dowodowych do podmiotu będącego w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału
w postępowaniu (a zatem również i zamawiającego na gruncie odrębnego postępowania). Wobec jednoznacznej treści podmiotowych środków dowodowych, zamawiający nie mógł bowiem skorzystać z instytucji przewidzianej w art. 125 ust. 5 ustawy Pzp. Jednak w sytuacji, gdy zamawiający zwrócił się do innego podmiotu w trybie art. 125 ust. 5 ustawy Pzp, tym bardziej powinien z możliwości przewidzianej w art. 125 ust. 4 ustawy Pzp.

Istotnym z punktu widzenia zarzucanego naruszenia jest rozstrzygnięcie, czy z treści przepisu art. 125 ust. 4 ustawy Pzp, wynika dla zamawiającego jedynie uprawnienie, czy też ów przepis - w pewnych okolicznościach - statuuje jego obowiązek w zakresie zażądania od wykonawcy przedmiotowych wyjaśnień. Nadto koniecznym jest ustalenie relacji pomiędzy dyspozycją przepisu art. 128 ust. 4, a art. 128 ust. 5 ustawy Pzp (statuującego uprawnienie, z którego na gruncie niniejszego postępowania skorzystał zamawiający) - w zakresie tego,
z którego z przedmiotowych przepisów zamawiający winien skorzystać w pierwszej kolejności.

Niezależnie od skorzystania z uprawnienia z art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, zamawiający zobligowany jest działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, zwrócić się ostatecznie do wykonawcy celem umożliwienia mu złożenia jego samodzielnych wyjaśnień. Na gruncie niniejszego postępowania zamawiający tej czynności zaniechał, pozbawiając tym samym odwołującego możliwości ustosunkowania się do wątpliwości zamawiającego i rozstrzygając je w sposób arbitralny - jedynie w oparciu o nieprawdziwą odpowiedź podmiotu, na rzecz którego wykonane zostały roboty budowlane. Zamawiający nie zweryfikował zatem w żaden sposób rzekomych nieprawidłowości oraz wad w wykonanych robotach budowlanych,
o jakich poinformował zamawiającego ów podmiot - i to w sytuacji, gdy ich prawidłowa realizacja wynikała jednoznacznie już z przedłożonych przez odwołującego dokumentów
(w tym przede wszystkim z protokołu odbioru). Ponadto w doktrynie wskazuje się, iż pomimo literalnego brzmienia przepisu art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, sugerującego, iż zamawiającemu przysługuje jedynie uprawnienie do skorzystania z możliwości żądania wyjaśnień od wykonawcy, w pewnych uwarunkowaniach zastosowanie przedmiotowego przepisu staje się obligatoryjne. Taka obiektywna potrzeba niewątpliwie zachodziła na gruncie niniejszego postępowania. Skoro podmiotowe środki dowodowe przedłożone przez odwołującego bezspornie wykazały, iż odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, zaś podmiot, na rzecz którego były realizowane roboty, z jedynie sobie znanych przyczyn twierdzi, iż było inaczej, wówczas zamawiający Winien zwrócić się do odwołującego o wyjaśnienie powziętych wątpliwości.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia zarzut dotyczący naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie wniósł
o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, iż po przeanalizowaniu odwołania oraz czynności podjętych
w postępowaniu, przychylił się do stanowiska odwołującego, iż zamawiający – wobec braku potwierdzenia posiadania przez odwołującego doświadczenia wymaganego zgodnie
z treścią SWZ w drodze pierwotnie złożonych przez odwołującego podmiotowych środków dowodowych - winien zastosować art. 128 ust. 1 ustawy Pzp i skierować do odwołującego stosowne wezwanie do złożenia prawidłowych podmiotowych środków dowodowych
i w oparciu o tak złożone środki dowodowe dokonać rozstrzygnięcia postępowania.

Zamawiający podtrzymał natomiast stanowisko, iż w świetle zgromadzonej
w postępowaniu dokumentacji, w szczególności informacji uzyskanych przez zamawiającego w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, od Komendy Wojewódzkiej Policji w Gorzowie Wielkopolskim, przedstawione przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 16.04.2021 r., doświadczenie dotyczące budowy nowej siedziby Komisariatu Policji w Iłowej, przy ul. Okrzei, nie odpowiada wymogom określonym w SWZ i przepisach Pzp i nie potwierdza spełnienia przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu, jako że roboty te nie zostały wykonane należycie. W konsekwencji, pozostałe zarzuty sformułowane
w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający postanowił uwzględnić zarzuty odwołania
w części, tj. w zakresie dotyczącym zarzutu zaniechania zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z tym, zamawiający wskazał, iż dokona następujących czynności
w postępowaniu:

a)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty odwołującego;

b)wezwania odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do przedłożenia podmiotowych środków

dowodowych potwierdzających posiadanie prawidłowego doświadczenia wymaganego SWZ (wobec braku potwierdzenia spełnienie warunków udziału w postępowaniu o oparciu o doświadczenie wskazane przez odwołującego
w wykazie robót złożonym w odpowiedzi na wezwanie z dnia 16.04.2021 r.);

c) ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem podmiotowych środków dowodowych złożonych przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie skierowane na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca S. R. (dalej „przystępujący").

Przystępujący, prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnionego przez zamawiającego zarzutu odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych
w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

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

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

Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazał, co następuje: *„Uzasadnienie faktyczne: W dniu 16.04.2021 r. Zamawiający na podst. art. 274 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.). wezwał Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia podmiotowych środków dowodowych, tj. w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu: wykaz wykonanych robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów na rzecz, których roboty te zostały wykonane, według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ wraz z dowodami dot. robót wskazanych w wykazie robót budowlanych, potwierdzające, że roboty zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty. (…).*

Wykonawca w dniu 21.04.2021 r. złożył ww. dokumenty za pomocą platformy zakupowej dedykowanej Zamawiającemu.

Na potwierdzenie robót wskazanych przez Wykonawcę w załączniku nr 3 Wykonawca wskazał jedną robotę budowlaną, do której dołączył protokół odbioru końcowego zadania inwestycyjnego, który budził wątpliwości Zamawiającego. Z ww. protokołu nie wynikało wprost, czy roboty te zostały wykonane należycie na rzecz podmiotu, dla którego Wykonawca roboty te wykonał.

Biorąc pod uwagę treść protokołu, Zamawiający w toku prowadzonego postępowania powziął informację od podmiotu na rzecz, którego zostały wykonane roboty budowlane.

Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy z 11 września 2019 r. (Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwrócił się z bezpośrednio prośbą do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o przedstawienie takich informacji.

*W odpowiedzi - podmiot, na rzecz którego zostały wykonane roboty budowlane, wskazane przez Wykonawcę w załączniku nr 3 do SWZ - wykazie robót - poinformował Zamawiającego o licznych nieprawidłowościach oraz wadach w wykonanych robotach budowlanych. Z wyjaśnień wynika, że pomimo skierowania przez podmiot pism wzywających Wykonawcę do usunięcia wyżej wymienionych wad i nieprawidłowości, Wykonawca nie usunął ich we wskazanym terminie. W związku z powyższym, podmiot, na rzecz którego zostały wadliwie wykonane roboty budowlane, uruchomił procedury wykonawstwa zastępczego. Obecnie w ww. sprawie trwają postępowania sądowe związane
z przedmiotowym kontraktem (m.in. o zapłatę kar umownych).*

Uzasadnienie prawne: art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.".

Dokument/pismo, w oparciu o który zamawiający dokonał ww. rozstrzygnięcia brzmiał następująco, cyt. *„W oparciu o informację Naczelnika Wydziału Nieruchomości KWP
w Gorzowie Wlkp., w odpowiedzi na pismo l. dz. RO.271.16.2021 z 23 kwietnia 2021 r. uprzejmie informuję, że 26 lipca 2018 r. Skarb Państwa, tj. Komenda Wojewódzka Policji
w Gorzowie Wlkp. jako podmiot zamawiający zawarł umowę z firmą LK Inwest Sp.
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Wojszycka 46, jako wykonawcą inwestycji. Zgodnie z wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający zlecił Wykonawcy do wykonania przedmiot zamówienia w postaci robót budowlanych polegających na budowie nowej siedziby Komisariatu Policji w Iłowej. Wykonawca zobowiązany był do wykonania umowy do 14 listopada 2019 r. 6 listopada 2019 r. Wykonawca zgłosił gotowość do odbioru robót, zaś 6 grudnia 2019 r. strony zakończyły czynności odbioru całości robót.*

*W trakcie użytkowania obiektu, w okresie gwarancji Zamawiający stwierdził liczne wady
w wykonanych robotach budowlanych polegające na poderwanym oraz przekręconym gąsiorze na szczycie budynku, wadliwym podłączeniu do systemu nadzoru znajdującego się w KWP w Gorzowie Wlkp. agregatu prądotwórczego oraz urządzenia UPS, uszkodzonych pojedynczych płytkach podłogowych typu gress, nieprawidłowo wykonanym spoinowaniu płytek posadzkowych w całym obiekcie, tj. wykruszającej się fudze, nieuregulowanych skrzydłach drzwiowych oraz okiennych, źle zamocowanych uszczelkach lub ich braku, nieprawidłowo posadowionej osłonie śmietnikowej, nieprawidłowo działającym ogrzewaniu
w sali narad i recepcji, niedziałającym zasilaniu w energię elektryczną napędu bramy wjazdowej, wadliwym opisaniu osprzętu w recepcji, nieprawidłowo wykonanym wykończeniu ścian bocznych biegów schodów, spoczników, powierzchni dolnych biegów, widocznych szparach w konstrukcji sufitów podwieszanych oraz nieprawidłowym wykonaniu wykończeń szachtów elektrycznych.*

Pomimo skierowania przez Zamawiającego pism wzywających Wykonawcę do usunięcia wyżej wymienionych wad, Wykonawca nie usunął ich we wskazanym terminie.

W związku z tym Zamawiający uruchomił procedury wykonawstwa zastępczego,

Obecnie trwają dwa postępowania sądowe związane z przedmiotowym kontraktem. Jedno jest prowadzone z powództwa podwykonawcy o zapłatę wynagrodzenia umownego, natomiast drugie z powództwa Komendy Wojewódzkiej Policji w Gorzowie Wlkp. o zapłatę kar umownych".

Dodatkowo, na rozprawie zamawiający powołał dowód z pisma zamawiającego z dnia 21.05.2021 r. skierowanego do KWP w Gorzowie Wielkopolskim oraz odpowiedź KWP
z Gorzowa Wielkopolskiego z dnia 26.05.2021 r. potwierdzające, zdaniem zamawiającego nienależyte wykonanie referencyjnej umowy.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez odwołującego.

W zakresie zarzutu określonego przez odwołującego, jako ewentualny, tj. art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, [zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu] w ocenie Izby jest on zasadny, gdyż zamawiający mając wątpliwości, co do złożonych przez odwołującego podmiotowych środków dowodowych mimo, że przepis stanowi uprawnienie zamawiającego, winien wyjaśnić rzeczone wątpliwości, tym bardziej, że zamawiający skorzystał z dyspozycji przepisu art. 128 ust. 5 ustawy Pzp [Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest
w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów], i zwrócił się bezpośrednio do podmiotu, na rzecz którego była wykonywana robota o udzielenie informacji dotyczących zakresu świadczonej roboty referencyjnej. Traktowanie takie przełożyłoby się bowiem na zachowanie zasady proporcjonalności.

Co do zarzutu głównego [art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału
w postępowaniu], Izba stwierdziła, że zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego, będącej skutkiem stwierdzenia przez zamawiającego, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wskazać bowiem należy, iż zgodnie z §9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 roku [Dz.U., poz. 2419] w sprawie podmiotowych środków dowodowych (…), wykonawca, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ma obowiązek załączyć dowody określające, czy te roboty budowlane (referencyjne – podane w wykazie) zostały wykonane należycie.

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący, w ramach podmiotowych środków dowodowych załączył protokół odbioru końcowego zadania inwestycyjnego z dnia 6 grudnia 2019 roku, w którym odbierający inwestycję, potwierdził jej wykonanie w sposób prawidłowy. W żadnym miejscu protokołu nie znajduje się zastrzeżenie dotyczące wadliwego wykonania prac czy ich nienależyte wykonanie. Dlatego też w myśl obowiązujących przepisów, protokół ten stanowi poświadczenie (podmiotowy środek dowodowy) należytego wykonania zadania referencyjnego.

Okoliczność, na którą powołuje się zamawiający, tj. fakt, iż w trakcie korzystania z obiektu wystąpiły wady nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, że robota została wykonana nienależycie. Przedmiotem umowy o roboty budowlane są zazwyczaj postanowienia dotyczące usuwania wad i usterek w okresie gwarancji i rękojmi. Są to postanowienia standardowe. Jednakże należy mieć na uwadze, iż przedmiotem badania przez zamawiającego jest należyte wykonanie roboty budowlanej a nie należyte wykonanie umowy, gdyż przepisy wyżej powołanego rozporządzenia takiej dyspozycji nie zawierają.

Dlatego też dla przyjęcia do badania spełnienia warunku udziału w postępowaniu zamawiający winien przyjąć ww. protokół.

Dodatkową okolicznością potwierdzają bezzasadność stanowiska zamawiającego może być fakt, iż w trakcie procesu sądowego może okazać się, że wady i usterki do których nie przyznaje się odwołujący powstały z winy użytkownika obiektu. Dlatego też nieusuwanie wad i usterek w okresie gwarancji oraz rękojmi przez wykonawcę nie może być okolicznością braną pod uwagę przez zamawiającego przy ocenie należytości wykonania danej roboty budowlanej.

Jedynie na marginesie stwierdzić należy, iż gdyby podmiot na rzecz którego była wykonana robota miał w chwili odbioru prac (protokół odbioru końcowego) jakieś zastrzeżenia lub uwagi, to winien je w tym protokole opisać, bądź przy stwierdzeniu że są to wady istotne – odmówić podpisania protokołu. W przeciwnym razie uznać należy, że roboty wykonane zostały bez uwag, w sposób należyty, zgodnie ze sztuką budowlaną.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący:……