Sygn. akt: KIO 2263/21

WYROK
z dnia 20 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aleksandra Patyk
Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lipca 2021 r. przez wykonawcę **LK Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Polanica - Zdrój**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy LK Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII pkt 1.4 lit. a specyfikacji warunków zamówienia.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części 1/2 oraz Odwołującego w części 1/2 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 17 989 zł 80 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt dziewięć złotych osiemdziesiąt groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, opłat skarbowych od pełnomocnictw oraz dojazdu na rozprawę, a także koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. znosi wzajemnie pomiędzy Stronami koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

3.3. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 395 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt pięć złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późń. zm.) 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 2263/21

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Polanica - Zdrój [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275
pkt 1 ustawy Pzp na *budowę budynku przedszkola i żłobka wraz z infrastrukturą towarzyszącą w Polanicy – Zdrój przy ul. Wojska Polskiego 23* (znak postępowania: CRZP/7/2021).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 kwietnia 2021 r. r. pod numerem 2021/BZP 00039823/01.

W dniu 28 lipca 2021 r. wykonawca LK Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, iż wykonawca LK Inwest sp. z o.o. 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 wykonawcę LK Inwest sp. z o.o. nie dowodzą spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący zarzucił naruszenie:
1. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wezwania wykonawcy LK Inwest sp. z o.o. 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
2. art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wezwania wykonawcy LK Inwest sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści podmiotowych środków dowodowych.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:
1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty wykonawcy LK Inwest sp. z o.o.;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania oceny i ofert;
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz należyte potwierdzenie przez wykonawcę spełnienia tych warunków

W ww. zakresie Odwołujący podał, że czyniąc zadość wezwaniu Zamawiającego, przedstawił wykaz robót budowlanych wraz z referencjami wystawionymi przez KBUD K. Ł., w których potwierdził zrealizowane na rzecz KBUD K. Ł. prawidłowe ukończenie inwestycji pn. Budowa nowej siedziby Przedszkola Miejskiego w Świeradowie - Zdroju. Zamawiający wskazał, iż działając na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp zwrócił się o wyjaśnienie wątpliwości dotyczących podmiotowego środka dowodowego w postaci przedłożonego przez Odwołującego wykazu robót budowlanych wraz z referencjami. Odwołujący nie kwestionuje uprawnienia Zamawiającego wynikającego z ww. przepisu. Zamawiający ma prawo weryfikować swoje wątpliwości u właściwego podmiotu oraz je rozstrzygać.

Odwołujący zwracał uwagę, że w przedmiotowej sprawie wątpliwości takie nie powinny zachodzić, gdyż z przedłożonego przez Odwołującego wykazu robót budowlanych wraz z referencjami jednoznacznie wynika, że wszystkie prace wchodzące w zakres umowy pomiędzy generalnym wykonawcą i podwykonawcą zostały wykonane prawidłowo, z należytą starannością, zgodnie z dokumentacją projektową oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. W ocenie Odwołującego zatem nie sposób uznać, aby treść przedłożonych przez niego podmiotowych środków dowodowych mogła nasuwać jakiekolwiek wątpliwości Zamawiającego w zakresie wykonanych przez Odwołującego robót - a w szczególności tego, czy zostały one wykonane w sposób należyty. Niezależnie od powyższego, Zamawiający, pomimo należytego i wiarygodnego udokumentowania przez Odwołującego spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, odrzucił jego ofertę, bazując jedynie na twierdzeniach podmiotu, który nie był kontrahentem LK Inwest sp. z o.o. Odwołujący uzasadniał, że choć Zamawiający słusznie dostrzega, iż Odwołujący był w postępowaniu realizowanym na rzecz Gminy Świeradowa - Zdroju podwykonawcą KBUD K. Ł., to wywodzi z tego zarazem niczym nieuprawniony wniosek o niewykonaniu powierzonego Odwołującemu zakresu robót. Tymczasem z przedłożonych przez KBUD K. Ł. referencji wynika, iż cały zakres robót, jaki został powierzony Odwołującemu jako podwykonawcy przez generalnego wykonawcę został wykonany w sposób należyty. Tym samym ewentualny spór pomiędzy KBUD K. Ł. jako generalnym wykonawcą, a Gminą Miejską Świeradów — Zdrój winien pozostawać bez wpływu na sytuację Odwołującego: który swoje obowiązki wynikające z umowy podwykonawczej wykonał odpowiednio i w pełnym zakresie prac możliwych do wykonania. Odwołujący nie może bowiem żadną miarą ponosić ujemnych skutków potencjalnego, nienależytego wykonania umowy przez generalnego wykonawcę (zakładając, że do nienależytego wykonania umowy w istocie doszło).

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający powołuje się na fakt, iż Gmina Miejska Świeradów - Zdrój odstąpiła od umowy zawartej z KBUD K. Ł. z uwagi na brak wykonania całości robót budowlanych. Tymczasem na gruncie niniejszego postępowania, zgodnie z rozdziałem VIII (warunki udziału w postępowaniu) pkt 1.4. lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia „Zamawiający uzna powyższy warunek (zdolności technicznej lub zawodowej) za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonał w sposób należyty co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, lub przebudowie przedszkola lub żłobka lub przedszkola ze żłobkiem o kubaturze 3 500m ^{3}".

W postanowieniach SWZ nie przewidziano zatem wymogu, aby warunkiem obligatoryjnym udziału w postępowaniu było wykonanie całości robót budowlanych, lecz jedynie aby wykonawca wykonał w sposób należyty co najmniej jedną robotę budowlaną polegająca na budowie lub przebudowie żłobka lub przedszkola. Taka okoliczność została przez Odwołującego wykazana, bezspornie wynikając z przedłożonych przez niego podmiotowych środków dowodowych. Fakt, że LK Inwest sp. z o.o. w ramach umowy podwykonawczej nie wykonał wszystkich prac składających się na budowę przedszkola nie oznacza, iż wykonawca ten nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, tym bardziej, że zakres wykonanych przez LK Inwest sp. z o.o. robót był bardzo szeroki, wykonawca zrealizował roboty w branży budowlanej, elektrycznej, teletechnicznej i sanitarnej, a wartość wykonanych prac wyniosła 5.982.281,79 zł. Co więcej, jeszcze po złożeniu oświadczenia o odstąpieniu przez Gminę Świeradów Zdrój odkupił do LK Inwest sp. z o.o. zakupione wyposażenie przedszkola, co tym bardziej potwierdza, że wykonawca zrealizował pełen zakres prac możliwy do wykonania.

Odwołujący podkreślał, że warunek udziału w postępowaniu został określony w sposób alternatywny robotę budowlaną polegająca na budowie lub przebudowie żłobka lub przedszkola, a co za tym idzie, warunki udziału w postępowaniu spełnia również ten wykonawca, który nie zrealizował kompletnych robót składających się na budowę żłobka lub przedszkola. Z uwagi zatem na niewątpliwe 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, co czyni niniejsze odwołanie koniecznym i uzasadnionym. Gdyby nie doszło do sprzecznej z przepisami prawa czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jego oferta niewątpliwie zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

<u>Zaniechanie przez Zamawiającego wezwania wykonawcy do złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych</u>

W powyższym zakresie Odwołujący podniósł, że w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, iż powodem wystąpienia przez niego z wnioskiem do Gminy Miejskiej Świeradów - Zdrój były wątpliwości, jakie wzbudziły u Zamawiającego przedłożone przez Odwołującego podmiotowe środki dowodowe. Niezależnie od tego, że ocena ta jest nieuprawniona, Odwołujący zwracał uwagę na treść art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. 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. 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 wykonawcy z powodu rzekomego niespełniania warunków udziału w postępowaniu są w doktrynie określane jednoznacznie jako niezgodne z przepisami ustawy Pzp.

<u>Zaniechanie przez Zamawiającego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez niego podmiotowych środków dowodowych</u>

Odwołujący uzasadniał, że niezależnie od naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zaniechał również skorzystania z przewidzianej w art. 125 ust. 4 możliwości zażądania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez niego podmiotowych środków dowodowych. W sytuacji, gdy zamawiający zwrócił się do innego podmiotu w trybie art. 125 ust. 5, tym bardziej powinien skorzystać 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 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.

Odwołujący powołał się stanowisko doktryny wskazujące, że niezależnie od skorzystania z uprawnienia z art. 128 ust. 5

ustawy Pzp, zamawiający zobligowany jest, działając na podstawie art. 128 ust. 4, 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. Stanowisko takie znajduje potwierdzenie m.in.
w innym, zainicjowanym przez Odwołującego postępowaniu toczącym się przez KIO (sygn. akt: KIO 1361/21).

Zamawiający nie zweryfikował zatem okoliczności dotyczących tego, czy LK Inwest sp. z o.o. wykonał należycie roboty przewidziane w umowie zawartej z KBUD K. Ł., niesłusznie zakładając - i to wbrew jednoznacznej treści przedłożonych przez odwołującego referencji - że skoro część robót nie została wykonana przez generalnego wykonawcę, to również Odwołujący wykonał swoją umowę w sposób nienależyty.

Odwołujący uzasadniał, że w doktrynie wskazuje się, iż pomimo literalnego brzmienia przepisu art. 128 ust. 4, 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 zamawiający celem wyjaśnienia (rzekomych) wątpliwości dotyczących podmiotowych środków dowodowych zdecydował się na skorzystanie z art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, to tym bardziej winien zwrócić się do odwołującego o wyjaśnienie powziętych wątpliwości.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 września 2021 r. wniósł
o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Wykonawcy na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Zamawiający wskazał, że wykonawca nie spełniał wymogów wskazanych w SWZ. Wykonawca nie wykonał w sposób należyty prac polegających na budowie przedszkola
w Gminie Świeradów-Zdrój. Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień w drodze art. 128 ust. 5 ustawy Pzp nie miał wątpliwości, że Wykonawca nie spełnia warunków udziału
w postępowaniu. Uznanie przez Zamawiającego, że Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu było prawidłowe. Wykonawca w toku postępowania przedstawił referencje, z których wynikało, że rzekomo w sposób należyty wykonał prace przy inwestycji budowy przedszkola w Gminie Świeradów-Zdrój. Zamawiającemu znany był fakt, że Gmina Świeradów - Zdrój miała problemy z wykonawcą przedszkola budowanego w Świeradowie - Zdroju efektem czego była częściowa utrata dofinansowania przez tę Gminę. Fakt ten był znany powszechnie, bowiem obie gminy leżą dość blisko siebie, a burmistrzowie spotykają się na zgromadzeniach samorządowych, gdzie dyskutowane są problemy z jakimi się spotykają. Wobec czego, po otrzymaniu referencji rzekomego prawidłowego wykonania prac polegających na wybudowaniu przedszkola w Świeradowie — Zdroju, koniecznym stało się zweryfikowanie referencji złożonych przez Wykonawcę.

Zamawiający wskazał, że warunki udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia powinny być spełnione na dzień składania ofert i trwać przez cały okres postępowania, dlatego też dowody składane na potwierdzenie powyższych okoliczności mają być aktualne na dzień ich składania. Innymi słowy, oświadczenia lub dokumenty „aktualne" to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, czyli potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie teraźniejszym) występuje. Referencje złożone przez Wykonawcę zostały opatrzone datą 5 kwietnia 2019 r. Koniecznym stało się zweryfikowanie czy oświadczenie jest aktualne, zważywszy że upłynął okres 2 lat od ich wystawienia.

Zamawiający w ramach uprawnień wynikających z art. 128 ust. 5 ustawy Pzp wrócił się więc do Gminy Świeradów-Zdrój o przedstawienie informacji i dokumentów związanych
z wątpliwościami powstałymi po otrzymaniu referencji. Dodatkowo wątpliwości wzbudziło
w Zamawiającym przesłanie referencji nie podpisanych przez Gminę, ale przez Generalnego Wykonawcę przedszkola. Co prawda Zamawiający nie wskazał w SWZ, że referencje muszą być podpisane przez Gminę jako inwestora, niemniej przesłanie referencji podpisanych przez K. Ł., będącego jednocześnie prezesem zarządu i wspólnikiem LK Inwest sp.
z o.o., a więc wystawionych samemu sobie, dodatkowo wzbudziły wątpliwości Zamawiającego.

Zamawiający nie zgadzał się z twierdzeniem Wykonawcy, że w przedmiotowej sprawie wątpliwości nie powinny zachodzić. Art. 128 ust. 5 ustawy Pzp przewiduje uprawnienie zamawiającego do zweryfikowania informacji przedstawionych przez wykonawcę w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp lub podmiotowych środkach dowodowych poprzez bezpośrednie zwrócenie się 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 do wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. Wątpliwości Zamawiającego zachodziły z uwagi na wiedzę Zamawiającego pochodzącą od innej Gminy. Zamawiający wskazał, że zastosowanie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp będzie miało miejsce w innej sytuacji niż w przypadku art. 128 ust. 5.

Zamawiający uzasadniał, że skoro więc referencje przedłożone przez Wykonawcę nie były ani niekompletne, ani nie zawierały błędu, ani nie wymagały wyjaśnień, bowiem na dzień składania ofert były po prostu nieprawdziwe, to nie zachodziła żadna z okoliczności, które nakładałyby obowiązek zwrócenia się przez Zamawiającego do Wykonawcy o jakieś dodatkowe wyjaśnienia. Dla Zamawiającego dokumenty przesłane przez Gminę Świeradów - Zdrój były na tyle jednoznaczne i kompletne, że żadne wyjaśnienia Wykonawcy nie miałyby wpływu na ocenę, że nie spełniał kryteriów podmiotowych. Zamawiający wskazał, że skoro
o dodatkowe dokumenty powinien się zwrócić w przypadku wątpliwości (a takich Zamawiający nie miał), a jednocześnie, co jak zauważył sam Wykonawca nie musi tego robić w sytuacji, gdy oferta i tak podlega odrzuceniu, to wymaganie jakichkolwiek wyjaśnień mijało się z *ratio legis* powyższych przepisów. Skoro Wykonawca nie wykonał należycie robót
(a zgodnie z jego umową na podwykonawstwo zawartą w dniu 28 czerwca 2017 r. z KBUD Krzysztof Łuksza miał w całości, kompleksowo wykonać wszystkie roboty budowlane związane z budową przedszkola w Świeradowie - Zdroju), bowiem umowa między Gminą Świeradów - Zdrój a KBUD została rozwiązana z uwagi na wadliwość wykonywanych robót
i nieterminowość, to oznacza, że Wykonawca nie był w stanie wykazać, by roboty wykonał należycie.

Zamawiający wskazał, że nie można zgodzić się z argumentami Wykonawcy odnośnie każdorazowej konieczności zastosowania trybu wynikającego z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w przypadku skorzystania przez zamawiającego z uprawnień wskazanych
w art. 128 ust. 5. W przywołany przez Wykonawcę postępowaniu zachodziły zgoła odmienne warunki niż w obecnym postępowaniu (sygn. akt: KIO 1364/21). Wskazał, że
w przedmiotowej sprawie, wyjaśnienia oraz dokumenty złożone przez Gminę Świeradów-Zdrój jednoznacznie

wskazywały na nienależyte wykonanie prac (oraz umowy), a nie tylko umowy jak w przypadku sprawy sygn. akt: KIO 1364/21. Treść dokumentów złożonych przez Gminę Świeradów - Zdrój nie pozostawiała wiec żadnych wątpliwości, że oświadczenie
z dnia 5 kwietnia 2019 r. złożone przez Wykonawcę jest nieprawdziwe i nieaktualne. Wobec powyższego stwierdził, że treść dokumentów przedstawionych Zamawiającemu w drodze art. 128 ust. 5 ustawy Pzp była jednoznaczna. Brak było konieczności wzywania Wykonawcy do składania wyjaśnień.

Zamawiający wskazał, iż w dniu 20 maja 2019 r. w Gminie Świeradów-Zdrój sporządzono protokół, w którym wskazano nienależycie wykonane prace przez K. Ł., którego Generalnym Wykonawcą było LK Inwest sp. z o.o. Z treści protokołu jednoznacznie wynika, że prace wykonywane przez LK Inwest sp. z o.o. zostały wykonane
w sposób nienależyty. Następnie z umowy złożonej Gminie Świeradów - Zdrój przez KBUD K. Ł. Umowa nr Świeradów Zdrój-2017 jednoznacznie wynika, że spółka LK Inwest sp. z o.o. wykonywała kompleksowo prace polegające na budowie nowej Siedziby Przedszkola Miejskiego w Świeradowie-Zdroju. Jednoznacznie zatem zostało wykazane, że złożone przez Wykonawcę referencje nie były zgodne z rzeczywistym stanem faktycznym. Zamawiający uznał więc, że dokumenty, jakie otrzymał od Gminy Świeradów - Zdrój są na tyle jednoznaczne i pełne (a nie jak gołosłownie twierdzi Wykonawca - nieprawdziwe), że Wykonawca nie wykonał robót budowlanych należycie, a więc i tak podlegał odrzuceniu. W takiej sytuacji Zamawiający i każdy, kto jest w stanie ocenić dokumenty, ma pewność, że Wykonawca nie spełnił kryteriów określonych w SWZ. Obecnie zaś próba zmiany pozycji Wykonawcy poprzez usiłowanie wykorzystania rzekomych błędów formalnych Zamawiającego, musi się spotkać ze sprzeciwem. Przepisy ustawy Pzp mają bowiem chronić obie strony umowy i w świetle dokumentów, jakie otrzymał Zamawiający w sposób jednoznaczny wynika, że Wykonawca nie byłby w stanie należycie wykonać prac na rzecz Zamawiającego. Na marginesie Zamawiający podał, że z uwagi na termin graniczny wykonania robót, tj. do 30 listopada 2021 r. oraz utratę dofinansowania przez Zamawiającego, brak jest uzasadnienia do wykonania umowy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania,
#x200eo której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Odwołującego oraz zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania z dnia 22 lipca 2021 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron
postępowania odwoławczego złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 15 września 2021 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego:
a) faktury VAT nr 01/09/2017 z dnia 2 października 2017 r.;
b) faktury VAT nr 01/01/2018 z dnia 1 1 stycznia 2018 r.;
c) faktury VAT nr 01/02/2018 z dnia 28 lutego 2018 r.;
d) faktury korekty VAT nr 01/02/2018 z dnia 23 lutego 2018 r.;
e) faktury VAT nr 01/04/2018 z dnia 26 kwietnia 2018 r.;
f) faktury VAT nr 02/04/2018 z dnia 26 kwietnia 2018 r.;
g) faktury VAT nr 01/06/2018 z dnia 15 czerwca 2018 r.;
h) faktury VAT nr 01/08/2018 z dnia 9 sierpnia 2018 r.;
i) faktury VAT nr 01/10/2018 z dnia 9 października 2018 r.;
j) faktury VAT nr 03/12/2018 z dnia 5 grudnia 2018 r.;
k) faktury korygującej nr 1/02/2019 z dnia 4 lutego 2019 r.;
l) faktury korygującej nr 2/02/2019 z dnia 4 lutego 2019 r.

Izba do materiału dowodowego zaliczyła także dowody złożone przez Zamawiającego, tj.:
1. oświadczenie gminy Świeradów – Zdrój o odstąpieniu od umowy z KBUD K. Ł. z dnia 20 lutego 2019 r.;
2. umowę podwykonawczą z dnia 28 czerwca 2017 r. zawartą przez Odwołującego z KBUD K. Ł. wraz z aneksem nr 1 z dnia 2 stycznia 2018 r.
3. wezwanie do zapłaty kary umownej z dnia 20 maja 2019 r.;
4. protokół konieczności wykonania robót dodatkowych z dnia 8 lipca 2019 r.;
5. protokół odbioru końcowego z dnia 8 maja 2020 r.;
6. protokół przeglądu wykonanych robót budowlanych z dnia 20 maja 2019 r.
7. pismo Gminy Miejskiej Świeradów – Zdrój z dnia 8 czerwca 2021 r.

Izba po wysłuchaniu stanowisk Stron – na podstawie art. 541 ustawy Pzp - oddaliła wniosek Zamawiającego o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków, tj. p. B. Ś., A. M., P. J., E. G. na okoliczność wadliwego wykonania prac przez wykonawcę w trakcie realizacji zadania inwestycyjnego pn. „Budowa nowej siedziby Przedszkola Miejskiego w Świeradowie – Zdroju", przyczyn odstąpienia od umowy, nałożenia na KBUD K. Ł. kary umownej, podmiotu faktycznie wykonującego wszelkie prace budowlane – tj. LK Inwest
Sp. z o.o., nieprawdziwość treści referencji. Zgodnie z art. 541 ustawy Pzp, Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. Izba wskazuje, że ww. wnioski dowodowe zostały zgłoszone na okoliczności wynikające z innych dowodów zgromadzonych w sprawie i przedstawionych przez Zamawiającego, tj. oświadczenia gminy Świeradów – Zdrój o odstąpieniu od umowy z dnia 20 lutego 2019 r., wezwania do zapłaty kary umownej z dnia 20 maja 2019 r., umowy podwykonawczej z dnia 28 czerwca 2017 r. wraz z aneksem nr 1, protokołu konieczności wykonania robót dodatkowych z dnia 8 lipca 2019 r., protokołu odbioru końcowego z dnia 8 maja 2020 r., protokołu przeglądu wykonanych robót budowlanych z dnia 20 maja 2019 r. oraz pisma Gminy Miejskiej Świeradów – Zdrój z dnia 8 czerwca 2021 r. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż

w okolicznościach rozpoznawanej zgłoszone wnioski dowodowe zostały powołane jedynie dla zwłoki, gdyż fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem VIII pkt 1.4 lit. a SWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełnili warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, tj.: Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonał w sposób należyty co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, lub przebudowie przedszkola lub żłobka lub przedszkola ze żłobkiem o kubaturze 3 500m^3.
Odwołujący w załączniku nr 6 stanowiącym wykaz robót budowlanych wskazał, iż wykonał robotę budowlaną polegającą na budowie nowej siedziby Przedszkola Miejskiego
w Świeradowie – Zdroju, kubatura budynku 6800,02 m3 o wartości 6 491 240,71 zł,
w okresie od 28.06.2017 r. – 20.02.2019 r. Odwołujący złożył referencję z dnia 5 kwietnia 2019 r. wystawioną przez K. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą KBUD K. Ł., z której wynikało, że Odwołujący wykonał na rzecz ww. podmiotu
i prawidłowo ukończył roboty budowlane na inwestycji pn. „Budowa nowej siedziby Przedszkola Miejskiego w Świeradowie – Zdroju" oraz że roboty budowlane zostały zrealizowane w ramach jednej umowy o roboty budowlane i obejmowały prace w branży ogólnobudowlanej, elektrycznej, sanitarnej i teletechnicznej. Z referencji wynikało m.in. że wszystkie prace zostały wykonane prawidłowo, z należytą starannością, zgodnie
z dokumentacją projektową oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej.
Pismem z dnia 22 lipca 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego. W uzasadnieniu faktycznym ww. decyzji Zamawiający podał, że pismem z dnia 19.05.2021 r. wezwał LK Inwest do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w tym m.in. (…) wykazu robót budowlanych wraz z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie. Na wezwanie Wykonawca przedstawił w dniu 24.05.2021 r. wykaz robót budowalnych wraz z referencjami wystawionymi przez KBUD K. Ł.,
w których potwierdzał zrealizowanie dla KBUD K. Ł. i prawidłowe ukończenie inwestycji pn. Budowa nowej siedziby Przedszkola Miejskiego w Świeradowie – Zdroju.
Zamawiający Gmina Polanica – Zdrój na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp wystąpił z wnioskiem do Gminy Miejskiej Świeradów – Zdrój o udzielenie informacji, czy Wykonawca LK Invest sp. z o.o. była podwykonawcą firmy KBUD K. Ł. – Generalnego wykonawcy przy realizacji zadania inwestycyjnego pn.: Budowa nowej siedziby Przedszkola Miejskiego w Świeradowie – Zdroju oraz czy wykonał określone roboty w tym zadaniu należycie.
W odpowiedzi Gmina Miejska Świeradów – Zdrój pismem z dnia 8.06.2021 r. poinformowała, że:
- Firma LK Invest Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu była formalnym Podwykonawcą firmy KBUD K. Ł. i była odpowiedzialna za prowadzenie robót budowlanych niemalże całego zakresu będącego przedmiotem zamówienia publicznego;
- Gmina Miejska Świeradów – Zdrój odstąpiła od umowy na realizację ww. inwestycji z firmą KBUD K. Ł. z uwagi na brak wykonania całości robót budowlanych w terminie określonym w umowie wraz z naliczeniem Wykonawcy kar umownych za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z przyczyn zależnych od Wykonawcy oraz z tytułu opóźnienia w oddaniu określonego w umowie przedmiotu umowy.
Tym samym Gmina Miejska Świeradów – Zdrój, w związku z brakiem wykonania całości robót budowlanych w terminie przez KBUD K. Ł. oraz jego Podwykonawcę LK Invest Spółkę z o.o., skutkujące naliczeniem kar umownych, nie potwierdziła należytego wykonania całości przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że Wykonawca LK Invest Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu nie potwierdził, że należycie i prawidłowo ukończył roboty budowlane wskazane w wykazie robót stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ, tj. realizację inwestycji pn. Budowa nowej siedziby Przedszkola Miejskiego w Świeradowie – Zdroju.
Jednocześnie w ww. piśmie Zamawiający poinformował, że na podstawie art. 255
pkt 3 ustawy Pzp unieważnia przedmiotowe postępowanie. W uzasadnieniu swojej decyzji podał, że najkorzystniejsza oferta złożona przez Konsorcjum firm: WM – BUDOWNICTWO D. W., Ł. M. SPÓŁKA JAWNA z siedzibą przy Głównej 52/1,
57-256 Bardo oraz ZAKŁAD BUDOWLANY D. W. Brzeźnica 39A, 57-256 Brzeźnica przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wykonawca zaoferował za realizację przedmiotowego zamówienia za kwotę:
6 734 773,93 zł brutto podczas gdy Zamawiający przeznaczył kwotę: 5 447 003,00 PLN brutto.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, które nie zostało poprzedzone wezwaniem Wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu robót budowlanych oraz dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane należycie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Stosownie do treści art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , 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: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Powyższy przepis nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia m.in. podmiotowych środków dowodowych w sytuacji gdy, wykonawca nie złożył wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, lub gdy są one niekompletne bądź zawierają błędy, z zastrzeżeniem dwóch przypadków przewidzianych przepisem. Wskazać należy, iż z dokumentem/oświadczeniem zawierającym błędy będziemy mieć do czynienia, w sytuacji gdy ich treść nie będzie potwierdzała spełnienia określonych przez zamawiającego w SWZ wymagań. Tym samym wówczas gdy złożone przez wykonawcę dokumenty np. wykaz robót

budowlanych, wykaz usług, referencje itp. nie będą potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu, to po stronie zamawiającego co do zasady będzie aktualizował się obowiązek wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia.

Osią sporu między Stronami postępowania odwoławczego było to, czy Odwołujący spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej,
o którym mowa w rozdziale VIII pkt 1.4 lit. a SWZ, w szczególności wykazał, że referencyjna robota budowlana została wykonana należycie. Bezsporne z kolei było to, iż Odwołujący
w ramach referencyjnego zadania był podwykonawcą K. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą KBUD K. Ł., który to zawarł umowę
z Gminą Świeradów – Zdrój na budowę nowej siedziby Przedszkola Miejskiego
w Świeradowie - Zdroju. Jednocześnie w wykazie robót budowlanych (załącznik nr 6) Odwołujący, celem wykazania ww. warunku udziału w postępowaniu, oświadczył, że wykonał robotę budowlaną polegającą na budowie nowej siedziby Przedszkola Miejskiego
w Świeradowie Zdroju oraz załączył referencję wystawioną przez generalnego wykonawcę.

Odnosząc się do ww. zarzutów Izba wskazuje, iż w okolicznościach rozpoznawanej sprawy Odwołujący nie wykazał, że spełnił warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII pkt 1.4 lit. a specyfikacji. Przede wszystkim podnieść należy, iż z treści rzeczonego warunku wynika, iż Zamawiający wymagał, aby wykonawca legitymował się doświadczeniem nabytym w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) polegającym na wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie, lub przebudowie przedszkola lub żłobka lub przedszkola ze żłobkiem o określonej kubaturze. Z powyższego zatem wynika, że za spełniającego warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej mógł zostać uznany taki wykonawca, który wykonał (zakończył) robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie przedszkola lub żłobka lub przedszkola ze żłobkiem.

Z dowodów przedłożonych przez Zamawiającego wynika tymczasem, iż zadanie inwestycyjne polegające na budowie nowej siedziby Przedszkola Miejskiego w Świeradowie – Zdroju nie zostało wykonane (zakończone), gdyż pismem z dnia 20 lutego 2019 r. Gmina Świeradów – Zdrój odstąpiła od umowy z dnia 27 kwietnia 2017 r. z winy KBUD K. Ł. m.in. z uwagi na brak realizacji całości robót budowlanych w terminie określonym
w umowie wraz z aneksami (do dnia 31 grudnia 2018 r.) oraz rażące naruszenie istotnych postanowień umowy, tj. § 6 ust. 4 umowy. Powyższe potwierdza także treść protokołu odbioru końcowego z dnia 8 maja 2020 r., z którego wynika, iż część robót dotyczących budowy nowej siedziby Przedszkola Miejskiego w Świeradowie – Zdroju została wykonana przez Zakład Usługowo Remontowy „IDZIASZEK" Sp. z o.o. oraz protokołu konieczności wykonania robót dodatkowych z dnia 8 lipca 2019 r., z którego wynika, że Zamawiający podjął decyzję o przystąpieniu do prac naprawczych ze względu na odmowę naprawy usterek przez KBUD K. Ł. oraz zagrożenie dla życia i zdrowia osób przebywających na placu budowy. Jednocześnie w piśmie z dnia 8 czerwca 2021 r. Gmina Świeradów – Zdrój nie potwierdziła należytego wykonania całości przedmiotu zamówienia. Powyższe dowody nie były podważane przez Odwołującego w toku rozprawy.

Wskazać należy, iż odwołujący się Wykonawca sam przyznał w odwołaniu, iż
„w ramach umowy podwykonawczej nie wykonał wszystkich prac składających się na budowę przedszkola", co jednak zdaniem Odwołującego nie oznaczało, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu z uwagi na szeroki zakres wykonanych prac. Ponadto Odwołujący stał na stanowisku, że w postanowieniach SWZ nie przewidziano wymogu, aby warunkiem obligatoryjnym udziału w postępowaniu było wykonanie całości robót budowlanych. W ocenie Izby powyższa argumentacja Odwołującego nie zasługiwała na aprobatę. Zdaniem Izby w ramach warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nie oczekiwał, aby wykonawca legitymował się jakimkolwiek doświadczeniem w wykonaniu prac związanych z budową lub przebudową żłobka lub przedszkola lub przedszkola ze żłobkiem, ale by wykonał robotę budowlaną polegającą na budowie czyli wykonaniu obiektu budowlanego lub jego przebudowie. Okoliczność, że Odwołujący jako podwykonawca wykonał część prac w ramach ww. zadania inwestycyjnego nie oznacza, że automatycznie nabył doświadczenie w wykonaniu lub przebudowie obiektu budowlanego wymaganego przez Zamawiającego.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy doświadczenie Odwołującego nie mogło zostać zakwalifikowane jako przebudowa przedszkola, ponieważ Wykonawca zgodnie
z treścią załącznika nr 6 wykonane przez siebie prace zidentyfikował jako budowę nowej siedziby przedszkola. Co więcej, przez przebudowę należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego (arg. z art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane).

Zdaniem Izby stanowiska Odwołującego nie potwierdza także treść przedłożonej referencji, traktowanej przez odwołującego się Wykonawcę za kluczowy dokument dla rozstrzygnięcia zawisłego sporu. W referencji z dnia 5 kwietnia 2019 r. czytamy, że Odwołujący zrealizował dla KBUD K. Ł. i prawidłowo ukończył roboty budowlane na inwestycji pn. „Budowa nowej siedziby Przedszkola Miejskiego w Świeradowie – Zdroju" oraz że zrealizowane roboty obejmowały prace w branży ogólnobudowlanej, elektrycznej, sanitarnej i teletechnicznej. Z lektury ww. dokumentu wynika zatem, iż Odwołujący zrealizował pewien zakres prac dotyczący ww. inwestycji, zlecony mu do realizacji przez generalnego wykonawcę, jednakże treść złożonej referencji nie potwierdza, że odwołujący się Wykonawca wybudował przedszkole w Świeradowie – Zdroju. Sam zresztą Odwołujący – jak już wskazano powyżej, twierdził, że „w ramach umowy podwykonawczej nie wykonał wszystkich prac składających się na budowę przedszkola".
Za bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy należało zatem uznać przedłożone przez Odwołującego faktury, które potwierdzały jedynie wykonanie części robót składających się na budowę przedszkola w Świeradowie - Zdroju. Co więcej, z treści złożonych faktur nie można wyczytać zakresu przedmiotowego wykonanych prac.

Odnosząc się z kolei do należytego wykonania prac przez Odwołującego w ramach umowy podwykonawczej wskazać należy, iż Wykonawca w toku rozprawy nie zakwestionował przedłożonego przez Zamawiającego protokołu konieczności wykonania robót dodatkowych z dnia 8 lipca 2019 r., podważającego prawidłowość wykonania przez LK Inwest Sp. z o.o. robót zleconych mu do realizacji przez generalnego wykonawcę.

Podsumowując powyższe stwierdzić należy, iż Odwołujący nie wykazał, iż spełnił warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII pkt 1.4 lit. a specyfikacji, tj. że nabył doświadczenie w wykonaniu obiektu budowlanego wymaganego przez Zamawiającego lub jego przebudowie. Tym samym dokonane przez Zamawiającego ustalenie, iż Odwołujący nie legitymuje się stosownym doświadczeniem w ramach warunku zdolności technicznej lub

zawodowej było prawidłowe, z tym jednak zastrzeżeniem, iż podjęciem ewentualnej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający winien wezwać Wykonawcę na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie z uwagi na to, że dokumenty złożone dotychczas Zamawiającemu zawierały błędy. Tym samym zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp potwierdziły się.

W konsekwencji powyższego zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w , lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. W okolicznościach niniejszej sprawy, na podstawie stanowisk Stron oraz zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba uznała, iż odwołujący się Wykonawca nie potwierdził spełnienia omawianego warunku udziału w postępowaniu
z uwagi na błędy w złożonych dokumentach podmiotowych, przez co brak było podstaw do nakazania Zamawiającemu wezwania Wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a), b) i d) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania
z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W związku z tym, że Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie,
a stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio ½ do ½ (w ocenie Izby zarzut niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego był konsekwencją zaniechania zastosowania przez Zamawiającego regulacji określonej w art. 128 ustawy Pzp), to Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego i Odwołującego w częściach równych.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 10 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3 600 zł, opłat skarbowych od pełnomocnictw w kwocie
34 zł oraz kosztów dojazdu na rozprawę w kwocie 755,80 zł (łącznie 14 389,80 zł). Z kolei Zamawiający poniósł koszty z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3 600 zł. Izba zniosła pomiędzy stronami koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocników,
a w konsekwencji powyższego zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę
5 395 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: ……