Sygn. akt: KIO 2316/22

WYROK

z dnia 19 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 14 września 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2022 r. przez wykonawcę Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne sp. z o.o. we Wrocławiu
przy udziale wykonawcy ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy GM ROADS POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Cieślach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne sp. z o.o. we Wrocławiu i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego sp. z o.o. we Wrocławiu na rzecz wykonawcy Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 24 556 zł 07 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące pięćset pięćdziesiąt sześć złotych siedem groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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 2022 r., poz. 1710 z późn. 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 2316/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne sp. z o.o. we Wrocławiu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2022 r., poz. 1710 z późn. zm. - dalej „ustawa pzp"), pn. „Przebudowa Zajezdni Tramwajowej Borek przy ul. Powstańców Śląskich 209 we Wrocławiu wraz z prawem opcji; numer postępowania nadany przez Zamawiającego: KU.241/pn2_2022/MN". Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 kwietnia 2022 r., za numerem 2022/S 071-190552.

W dniu 5 września 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu - dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty GM ROADS POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Cieślach - dalej Przystępujący GM ROADS.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy pzp, poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania doświadczenia oraz opisanie sposobu dokonania oceny spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu w sposób niejasny, nieprecyzyjny, pozwalający na próby podważania oświadczenia wykonawcy/oferenta przez innych oferentów, bez odniesienia się do faktów i dowodów, jakimi oferent, tu: Odwołujący dysponuje, oraz stanu rzeczywistego posiadanych przez Odwołującego dokumentów i błędnego ich interpretowania (w odniesieniu do faktów), a tym samym wykluczający Wykonawcę zdolnego do należytego wykonania udzielanego zamówienia, za niższym wynagrodzeniem, a w konsekwencji naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; poprzez sformułowanie w części SWZ takiego opisu, który przez podmioty konkurujące w postępowaniu przetargowym zaczął być interpretowany w sposób nie znajdujący oparcia w stanie rzeczywistym, a którą to sytuację Zamawiający uznał i ocenił ofertę Odwołującego, jako zasługującą na odrzucenie, jako nie spełniającej warunków posiadania doświadczenia określonego w SWZ, a co pierwotnie potwierdziło się podczas pierwszej czynności dokonania oceny ofert i uznaniu oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej i uznania, że Odwołujący spełnia wszystkie warunki określone przez Zamawiającego.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Przystępującego GM ROADS jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy pzp.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że w dniu 26 sierpnia 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców, że uznał ofertę Przystępującego GM ROADS jako najkorzystniejszą w postępowaniu, a ofertę Odwołującego odrzucił na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy pzp, tj. ze względu na fakt, że Wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonego w pkt 11.1 ppkt 4) lit a) SWZ, tj. „Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował co najmniej 1 (jedno) zadanie inwestycyjne obejmujące wykonanie prac ziemnych oraz ław fundamentowych budynku o kubaturze minimum 2000 m3."

Odwołujący nie zgadza się z decyzją Zamawiającego, co do wyboru oferty najkorzystniejszej, bowiem Odwołujący spełnia postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że Zamawiający postawił następujący

warunek udziału w postępowaniu: „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, zrealizował co najmniej 1 (jedno) zadanie inwestycyjne obejmujące wykonanie prac ziemnych oraz ław fundamentowych budynku o kubaturze minimum 2000 m3 wraz z podaniem ich rodzaju, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów- inne odpowiednie dokumenty." Odwołujący wskazał dalej, że w dniu 6 czerwca 2022 r. został wezwany przez Zamawiającego na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych, m.in. wykazu robót budowlanych wraz z dowodami określającymi należyte wykonanie ww. robót w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący złożył w dniu 15 czerwca 2022 r. podmiotowe środki dowodowe, między innymi wykaz wykonanych robót budowlanych wraz z oświadczeniem Wykonawcy potwierdzającym należyte wykonanie robót wskazanych w wykazie. W złożonym wykazie Wykonawca oświadczył, że wymagane doświadczenie nabył podczas realizacji zadania inwestycyjnego pn: „Przebudowa i rozbudowa budynku biurowo-

magazynowego przy ul. Tyskiej 8-10, 52-014 Wrocław, w okresie od 29.06.2017 r. do 16.12.2020 r." W związku z tym, iż przywołane zadanie inwestycyjne Wykonawca realizował na własne potrzeby, na potwierdzenie należytego wykonania ww. robót Wykonawca złożył oświadczenie własne potwierdzające należyte wykonanie prac obejmujących między innymi roboty budowlane polegające na wykonaniu prac ziemnych oraz ław fundamentowych oraz dokumenty wydane przez Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego, tj.: Protokół kontroli obowiązkowej zakończonej budowy obiektu budowlanego z dnia 16.12.2020 r. oraz Decyzję nr 2760/2020 z dnia 16.12.2020 r. o pozwoleniu na użytkowanie. W wyniku dokonanej analizy złożonych przez Wykonawcę dokumentów Zamawiający, uznał, iż brakuje w nich informacji potwierdzających wymaganą w warunku udziału w postępowaniu kubaturę wykonanych robót budowlanych, tj. minimum 2000 m3. Wobec czego, Zamawiający działając na postawie art. 128 ust. 1 ustawy pzp, w dniu 22 czerwca 2022 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie między innymi dokumentów potwierdzających kubaturę. W odpowiedzi na wezwanie w dniu 28 czerwca 2022 r. Odwołujący uzupełniając podmiotowe środki dowodowe, złożył dokumenty potwierdzające wymaganą kubaturę obiektu, tj. powyżej 2500 m3. Wśród złożonych dokumentów znalazła się m.in. Mapa dla celów projektowych z kwietnia 2017 r., z zaznaczonym kolorem czerwonym zakresem wykonanych robót. Na podstawie otrzymanych dokumentów Zamawiający uznał, że Wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu i dniu 5 lipca 2022 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. wybrał ofertę złożoną przez Odwołującego z ceną ofertową 42.635.207,10 zł brutto , w tym zamówienie podstawowe 31.651.836,00 zł brutto oraz za zamówienie objęte prawem opcji 10.983.371,10 zł brutto. Odwołujący podkreślił, że złożone przez Wykonawcę - Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o. dokumenty, w tym dowody, nie budziły u Zamawiającego żadnych wątpliwości i pozytywnie zostały ocenione przez Komisję przetargową reprezentującą Zamawiającego w tym postępowaniu. W ocenie Odwołującego - podstawą do dokonania należytej oceny przedstawionych przez odwołującego dokumentów, stanowiły przepisy prawa budowlanego. Wątpliwości Zmawiającego wzbudziło dopiero odwołanie innego oferenta, który na podstawie niewiadomego pochodzenia informacji (czy źródeł tych informacji) podjął czynności do podważenia prawidłowości złożonego oświadczenia przez Odwołującego, a co więcej zdarzenia faktyczne i rzeczywiste przedstawił we własnej interpretacji, w oderwaniu od jakichkolwiek zasad prawa budowlanego, narzucenia stanowiska niezwiązanego z prawidłową oceną oferty Odwołującego. Odwołujący przedstawił wszystkie dokumenty i dowody prawem przewidziane w odniesieniu do warunków określonych wymaganiach Zamawiającego, co więcej wcześniej uznanych przez Zamawiającego, pomimo mniejszego ich zakresu, niż po wezwaniu na uzupełnienie. W dniu 15 lipca 2022 r. Zamawiający został poinformowany o wniesieniu przez Wykonawcę GM Roads Polska sp. z o.o. odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej na czynność wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Zakład Sieci i Zasilania sp. z o. o. Wobec wniesionego odwołania i przedstawionych wraz z nim dowodów, Zamawiający w dniu 20 lipca 2022 r. dokonał unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Zakład Sieci i Zasilania sp. z o. o. oraz przystąpił do powtórnego badania ofert. W dniu 20 lipca 2022r. jednak, nie posiadając wiedzy j. w., Wykonawca Zakład Sieci i Zasilania sp. z o. o., przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W dniu 21 lipca 2022 r., Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy pzp, po raz kolejny wezwał Wykonawcę Zakład Sieci i Zasilania sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi na wezwanie, w dniu 29 lipca 2022 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami w postaci Dzienników Budowy o numerze 1016/111/02 z dnia 28.06.2002 r. oraz nr 1258/111/2017 z dnia 27.07.2017 r. Odwołujący, w sposób jednoznaczny wskazał potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w wymaganiach Zamawiającego, a które dotychczas nie budziły wątpliwości Zamawiającego.

Zamawiający jednak, z niewiadomych przyczyn, po pozyskaniu dodatkowych dokumentów od Odwołującego uznał/ocenił, że „z przedłożonych dokumentów jednoznacznie wynika, iż prace ziemne oraz roboty związane z budową ław fundamentowych wskazane przez Wykonawcę w złożonym, jako podmiotowy środek dowodowy Wykazie wykonanych robót budowlanych, Wykonawca jako Inwestor prowadził w latach 2002-2003". W związku z powyższym Zamawiający uznał, że Wykonawca nie udowodnił spełniania warunku udziału w postępowaniu tj. nie wykonał, określonych w warunku udziału w postępowaniu, prac ziemnych oraz robót związanych z budową ław fundamentowych w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składnia ofert. Odwołujący nie zaprzecza, że w latach 2002 i 2003 również prowadził opisana inwestycję, podejmował wstępne czynności celem jej kontynuacji. Podniósł dalej, że Zamawiający dokonał własnej oceny rzekomego stanu faktycznego, całkowicie oderwanego od rzeczywistości, nieopierającego się ani na dokumentach Odwołującego, ani na przepisach Prawa budowlanego. I najważniejszym stwierdzeniem oceny zachowania Zamawiającego jest przywołanie jego „konkluzji" do odrzucenia oferty Odwołującego: „(...) na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, podmiotowych środków dowodowych Zamawiający nie był w stanie ocenić zakresu robót (kubatury budynku) obejmujących wykonanie prac ziemnych oraz ław fundamentowych."

Odwołujący podniósł, że Zamawiający bezkrytycznie przyjął „doniesienia" kontr oferenta pozyskane z niewiadomych, wątpliwych źródeł, a użytych, jako argumentacja do podważenia oferty Odwołującego. Ponadto, w zakresie prawidłowej oceny oferty Odwołującego jest też niezbędna wiedza w zakresie prawa budowlanego, gdyż nie wszystkie okoliczności spełnienia wymagań do oferty wynikają wprost, na zasadzie „wykonania", a są złożonym procesem budowlanym, wymagający znajomości przepisów z tym związanych, a nie wyłącznie opieranie się na przepisach pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał w SWZ pkt. 11. 1, 4) a) by wykonał, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, zrealizował co najmniej 1 (jedno) zadanie inwestycyjne obejmujące wykonanie prac ziemnych oraz ław fundamentowych budynku o kubaturze minimum 2 000 m3. Na spełnienie powyższego warunku udziału w przetargu Wykonawca, pismem z dnia 15 czerwca 2022 przedłożył dokumenty potwierdzające zakończenie zadania inwestycyjnego w wymaganym okresie „Decyzja o Pozwoleniu na Użytkowanie nr 2760/2020 z dnia 16.12.2020 r. Zadanie inwestycyjne zgodnie z obowiązującym prawem rozpoczyna uzyskanie prawomocnej Decyzji Pozwolenia na Budowę a kończy uzyskaniem Decyzji Pozwolenia na Użytkowanie. Wykonawca w przedłożonych dokumentach Zamawiającemu przedstawił powyższe decyzje potwierdzając spełnienie warunku udziału w postepowaniu przetargowym, stąd odrzucenie oferty ZSIZ przez Zamawiającego jest bezpodstawne.

Ponadto, Zamawiający w SWZ wymagał wykonania, co najmniej „1 (jednego) zadania inwestycyjnego obejmującego wykonanie prac ziemnych oraz ław fundamentowych budynku o kubaturze 2000 m3." W dniu 28 czerwca 2022 r. Wykonawca wyjaśnił Zamawiającemu, iż kubatura wykonanych robót budowlanych pow. 2500 m3 została wyliczona z podaniem konkretnych wymiarów liczonych po osi budynku z projektu budowlanego. Wykonawca przedłożył dokumenty Zamawiającemu, o wykonaniu zadania inwestycyjnego w ilości kubatury, którą można odczytać i doprecyzować przeliczając powierzchnię użytkową

pomieszczeń przez ich wysokość (wymiary ujęte na str. 11 opisu technicznego Projektu Budowlanego), które przekazał Zamawiającemu w wyjaśnieniu z dnia 28 czerwca 2022 r.

Doprecyzowując Wykonawca przedstawił uszczegółowione obliczenia nowobudowanej kubatury obiektu w zilustrowanej w tabelach nr 1 i 2:

Dane techniczne obiektu z projektu, strona 11, zestawienie pomieszczeń.

Tabela nr 1:

POMIESZCZENIA NA PARTERZE

numer pomieszczenia	nazwa pomieszczenia	powierzchnia [m2]	wysokość ~[m]	powierzchnia [m3]
0.1	magazyn	161,40	5,8	936,12

0.2	magazyn	57,72	5 ,8	334,78
0.3	magazyn	39,34		istniejące
0.4	magazyn	106,10		istniejące
0.5	Komunikacja	60,38		istniejące
0.6	magazyn	190,68		istniejące
0.7	magazyn	21,35		istniejące
0.8	biuro	18,51	3,15	58,31
0.9	biuro	18,63	3,15	58,68
0.10	pomieszczenie gospodarcze	5,51	3,15	17,36
0.11	przedsionek	11,63	3,15	36,63
0.12	węzeł sanitarny	28,84	3,15	90,85
0.13	suszarnia	21,06	3,15	66,34
0.14	pomieszczenie socjalne	15,15	3,15	47,72
0.15	szatnia	36,95		istniejące
0.16	warsztat	24,33		istniejące
0.17	magazyn	9,05		istniejące
0.18	magazyn	38,39		istniejące
0.19	kotłownia	10,44		istniejące
0.20	klatka schodowa	7,10	6,6	46,86
0.21	warsztat	63,25		istniejące
0.22	Komunikacja	10,66		istniejące
0.23	szatnia	58,60		istniejące
0.24	magazyn	9,05		istniejące
0.25	Komunikacja	56,30	3,15	177,35
Razem pomieszczenia budowane		401,85		1870,99

Tabela nr 2:

POMIESZCZENIA NA PIĘTRZE

pomiesz-numer czenia	nazwa pomieszczenia	powierzchnia [m2]	wysokość ~[m]	powierzchnia [m3]
1.1	archiwum	46,93		istniejące
1.2	archiwum	51,54	3,05	157,20
1.3	biuro	19,03	3,05	58,04
1.4	biuro	11,22	3,05	34,22
1.5	wc	16,53	3,05	50,42
1.6	wc	8,90	3,05	27,15
1.7	magazyn	9,36	3,05	28,55
1.8	komunikacja	45,00	3,05	137,25
1.9	serwerownia	8,62	3,05	26,29
1.10	archiwum	48,22		istniejące
1.11	archiwum	41,87		istniejące
1.12	biuro	23,97		istniejące
1.13	biuro	14,13		istniejące
1.14	pomieszczenie socjalne	8,55		istniejące
1.15	korytarz	10,71		istniejące
1.16	komunikacja	19,14		istniejące
1.17	wc	8,91		istniejące
1.18	biuro	22,92		istniejące
1.19	archiwum	28,82		istniejące
1.20	klatka schodowa	17,15		istniejące

Razem pomieszczenia budowane	170,20		519,11

Przedstawione Zamawiającemu powyższe dokumenty wg oceny Odwołującego bezwzględnie spełniają zapisy SWZ dotyczące warunku udziału w postępowaniu gdyż sumaryczna kubatura pomieszczeń na obu kondygnacjach wynosi: 2391,10 m3. Jednoczenie stanowczo Odwołujący podkreślił, że Zamawiający mylnie łączy wykonywanie prac ziemnych oraz ław fundamentowych budynku z kubaturą zadania inwestycyjnego tj. min. 2000 m3. Zamawiający stwierdził w uzasadnieniu odrzucenia oferty ZSIZ, cytat „iż Wykonawca wykonał prace ziemne oraz roboty związane z budową ław fundamentowych jedynie w nowobudowanej części budynku biurowo-magazynowego a nie jak wcześniej oświadczył pod całym tym budynkiem co łącznie, dawałoby kubaturę powyżej 2500 m3". Odwołujący wskazał, iż takiego oświadczenia nie składał, gdyż w przedłożonym projekcie budowlanym (dane techniczne obiektu budowlanego) łączna kubatura zadania inwestycyjnego wynosi 6548,23 m3 (strona 6, Projektu Budowlanego). Zamawiający w SWZ nie określił zakresu wykonania prac ziemnych oraz ław fundamentowych, stąd Zamawiający nie ma podstaw do weryfikacji i w konsekwencji do odrzucenia oferty.

W Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty złożonej przez ZSIZ, pismo znak 42/2022, z dnia 26 sierpnia 2022 r., Zamawiający podał informację, „Co więcej na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, podmiotowych środków dowodowych, Zamawiający nie był w stanie ocenić zakresu robót (kubatury budynku) obejmujących wykonanie prac ziemnych oraz ław fundamentowych" a pomimo to dokonał wyboru i odrzucił ofertę Wykonawcy ZSIZ na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy pzp za niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający, w ocenie Odwołującego, jest profesjonalistą w zakresie organizowania przetargów, określania warunków przetargowych, przygotowania merytorycznego dotyczącego należytej oceny spełnienia warunków przez potencjalnego oferenta, szczególnie powinien posiadać podstawy należytej oceny warunków technicznych, których wymagania sam określa. Co więcej Zamawiający, powinien tak precyzować wymagania, aby ich spełnienie nie budziło wątpliwości i nie pozwalało na dowolną interpretację, a co można Zamawiającemu przypisać.

W dniu 13 września 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy pzp, względnie oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie Zamawiający przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołania czynią zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczony od nich wpisy. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy pzp jako wniesionego po upływie terminu określonego ustawą. Zamawiający podniósł, że jedyny sformułowany w odwołaniu zarzut to naruszenie art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy pzp wobec ustalenia warunku udziału w postępowaniu w sposób niejasny, nieprecyzyjny, pozwalający na próby podważania oświadczenia wykonawcy przez innych oferentów, bez odniesienia się do faktów i dowodów. Zamawiający argumentował, że zmiana warunku udziału w postępowaniu kwestionowanego przez Odwołującego miała miejsce w dniu 9 maja 2022 r., a zatem odwołanie wniesione w dniu 5 września 2022 r. zostało wniesione z uchybieniem 10 dniowego terminu, liczonego od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącego podstawę jego wniesienia.

Odnosząc się do powyższego wskazania wymaga, że zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy pzp: „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie." W myśl art. 515 ust. 1 pkt 7-10 ustawy pzp: „Odwołanie zawiera: (...) 7) wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy; 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności;" W ocenie Izby nie ulega

wątpliwości, że odwołanie zostało wniesione na czynność odrzucenia oferty Odwołującego i wybór oferty najkorzystniejszej. Wynika to już z żądań odwołania, które zostały wskazane na wstępie odwołania (w tym żądanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy pzp), jak również z okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania. Zgodnie z utrwalonym poglądem Izby, to nie podstawa prawna tworzy zarzut ale przede wszystkim okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu. Odwołujący dopatrywał się naruszenia art. 112 ustawy pzp ale w kontekście wykładni warunku dokonanej przez Zamawiającego i oceny spełnienia warunku przez Odwołującego przez pryzmat tej wykładni. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący odnosi się do podstaw faktycznych odrzucenia jego oferty i przedstawia argumentację w zakresie interpretacji warunku udziału w postępowaniu. Nie można z powyższego wywieść aby Odwołujący wniósł odwołanie na dokumentację postępowania, dlatego też Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosili skuteczne przystąpienie wykonawcy: GM ROADS POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Cieślach oraz ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami oraz zgłoszenia przystąpienia wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 11.1 pkt 4) lit. a) SWZ po zmianie SWZ (pismo z dnia 6 maja 2022 r.): „Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że: W okresie ostatnich 10 lat przed upływem

terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował co najmniej 1 (jedno) zadanie inwestycyjne obejmujące wykonanie prac ziemnych oraz ław fundamentowych budynku o kubaturze minimum 2000 m3.”

Zgodnie z pkt 12.2 SWZ: „W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 ustawy Pzp, określonych w pkt 11.1. SWZ Zamawiający żąda złożenia następujących dokumentów i oświadczeń: b) Wykazu robót budowlanych, wykonanych w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie polegających na: zrealizowaniu co najmniej 1 (jednego) zadania inwestycyjnego obejmującego wykonanie prac ziemnych oraz ław fundamentowych budynku o kubaturze minimum 2 000 m3.”

Izba ustaliła, że na wezwanie z dnia 6 czerwca 2022 r. w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp Odwołujący złożył w dniu 15 czerwca 2022 r. m.in.: wykaz robót, w którym wskazał w poz. 1: „Charakterystyka/ Rodzaj wykonanych robót budowlanych (w tym kubatura): W ramach zadania inwestycyjnego pn.: Przebudowa i rozbudowa budynku biurowo-magazynowego ul. Tyskiej 8-10, 52-014 Wrocław, wykonano m.in. prace ziemne oraz ławy fundamentowe budynku o kubaturze powyżej 2 500 m3, Data wykonywania: 29.06.2017-16.12.2020, Odbiorca (nazwa, adres, telefon): Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o. ul. Tyska 8-10, 52-014 Wrocław, 71 342 74 51, Doświadczenie własne Wykonawcy/ Wykonawca polega na zasobach innych podmiotów *: Doświadczenie własne.”

Ponadto, Odwołujący złożył oświadczenie z dnia 8 czerwca 2022 r. o następującej treści: „Działając w imieniu i na rzecz Zakładu Sieci i Zasilania Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Tyska

8-10, 52-014 Wrocław potwierdzam, że na inwestycji polegającej na przebudowie i rozbudowie budynku biurowo-magazynowego przy ul. Tyskiej 8-10 we Wrocławiu, Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o., wykonał prace obejmujące między innymi roboty budowlane polegające na wykonaniu prac ziemnych oraz ław fundamentowych budynku, którego kubatura wynosiła ponad 2500 m3. Prace wykonano w okresie 29.06.2017- 16.12.2020 r. Niniejsze oświadczenie własne wydawane jest w związku z tym, że Inwestorem zadania był Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o. Na potwierdzenie, należytego wykonania i odebrania Inwestycji, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej załączamy dokumenty Państwowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego: Protokół kontroli obowiązkowej zakończonej budowy obiektu budowlanego z dnia 16.12.2020 r. oraz Decyzja nr 2760/2020 z dnia 16.12.2020 r. o pozwoleniu na użytkowanie."

Protokół kontroli obowiązkowej zakończonej budowy obiektu budowlanego z dnia 16 grudnia 2020 r.: Izba ustaliła, że protokół nie stwierdza niezgodności z projektem. Stwierdzono zmiany nieistotne.

Decyzja Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla Miasta Wrocławia nr 2760/2020

z dnia 16.12.2020 r. o pozwoleniu na użytkowanie.: Izba ustaliła, że w decyzji stwierdzono:

„udzielam pozwolenia na użytkowanie przebudowanego i rozbudowanego budynku biurowo - magazynowego przy ul. Tyskiej 8-10 we Wrocławiu w odniesieniu, do którego wydaliśmy decyzję nr 1655/2017 z 29.06.2017 r. zatwierdzającą projekt budowlany zamienny."

W dniu 22 czerwca 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia wykazu robót w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp, tj. do przedstawienia dokumentów potwierdzających, że w trakcie realizacji inwestycji budowlanej Wykonawca wykonywał prace ziemne oraz ławy fundamentowe budynku o kubaturze minimum 2000 m3, np. pozwolenie na budowę i rysunek pokazujący kubaturę i powierzchnię budynku wskazanego w wykazie robót. Zamawiający wskazał, że po analizie złożonych dokumentów nie mógł stwierdzić spełnienia ww. warunku.

W dniu 28 czerwca 2022 r. odpowiadając na ww. wezwanie wskazał: „Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Tyskiej 8-10, w odpowiedzi na otrzymane wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z dnia 22.06.2022 r. (l.dz. 21/2022), w załączeniu przekazuje: 1. odnośnie wykazu robót budowlanych dokumenty, które jednoznacznie i szczegółowo przedstawią zakres wykonanych własnym sumptem i zasobami (prace ziemne i ławy fundamentowe budynku) oraz zadeklarowaną w uzupełnieniu kubaturę powyżej 2500 m3 przy wykonywaniu prac na inwestycji pn.: Przebudowa i rozbudowa budynku biurowo - magazynowego przy ul. Tyskiej 8-10 we Wrocławiu": a) opis techniczny z projektu budowlanego zamiennego (fragment

projektu obejmujący 19 stron; wykonywanie ław fundamentowych budynku określone w pkt. 5.3 opisu; roboty fundamentowe są poprzedzone robotami ziemnymi); b) rysunek A-0 - przedstawiający część budynku, który była rozbudowana; c) rysunek K-1 - rzut wykonanych

fundamentów - wymiary: długość (31,16 m + 12,52 m= 43,68 m) x szerokość (8,57 m+ 1,20 m = 9,77 m); d) rysunek A-8 - przekrój poprzeczny B-B - określający wysokość zabudowy budynku biurowego - 7,10 m; e) rysunek A-9 - przekrój poprzeczny C-C - określający wysokość zabudowy budynku magazynowego - 5,79 m; Na podstawie ww. materiałów przedstawiamy wymiary kubatury budynku:

Budynek	długość zabudowy (m)	szerokość zabudowy (m)	wysokość zabudowy (m)	m3
magazynowy	31,16	9,77	5,79	1 762,67
biurowy	12,52	9,77	7,10	868,47
Razem				2 631,14

Odwołujący załączył projekt budowlany zamienny dla referencyjnej inwestycji z kwietnia 2017 r., gdzie w pkt 5.3. wskazano: „Zaprojektowano ławy i stopy fundamentowe monolityczne z betonu B 30, zbrojone stalą A - IIIN, o wysokości 40 cm. Fundamenty należy betonować na 10 cm podkładzie z chudego betonu i zbroić podłużnie 4 prętami 12, oraz poprzecznie strzemionami 6 co 30 cm. Otulina zbrojenia wynosi 50 mm. Ściany fundamentowe wykonać z betonu B 30, lub z bloczków betonowych. Fundamenty izolować przez dwukrotne pokrycie abizolem R, a następnie dwukrotne pokrycie abizolem P, lub środkiem równoważnym. Poziom posadowienia fundamentów wynosi - 1 M."

Izba ustaliła, że w dniu 5 lipca 2022 r. Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą. W dniu 15 lipca 2022 r. odwołanie wniósł Przystępujący GM ROADS. Do postępowania przystąpił skutecznie Odwołujący. W dniu 20 lipca 2022 r. Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wobec czego odwołanie zostało wycofane w dniu 2 sierpnia 2022 r., a postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1872/22 umorzone.

W dniu 21 lipca 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 4 do złożenia wyjaśnień wskazując:

> W związku z wniesionym w dniu 15.07,2022 r, przez GM ROADS POLSKA Sp. z o.o., z siedzibą w Cieśle 44, 56-400 Oleśnica, odwołaniem do Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający poznał nowe okoliczności związane z realizacją wykazanego przez Wykonawcę Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o. o., w Wykazie robót budowlanych, zadania inwestycyjnego. W wyniku tego, po analizie dokumentów otrzymanych wraz z odwołaniem, Zamawiający nabrał wątpliwości czy Wykonawca Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o. o., spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 11.1 pkt 4) lit a) tj.: Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że: w okresie ostatnich TO lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował co najmniej I (jedno) zadanie inwestycyjne obejmujące wykonanie prac ziemnych oraz ław fundamentowych budynku o kubaturze minimum 2 000 m^3; wraz z podaniem ich rodzaju, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty.
>
> W związku z powyższym, Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust, 4 ustawy Pzp, wzywa Wykonawcę Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o. o, do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych na wezwanie podmiotowych środków dowodowych.
>
> W szczególności Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień w zakresie postawionego w odwołaniu zarzutu nienależytego wykonania zadania inwestycyjnego, na które Wykonawca powołuje się w złożonym Wykazie robót budowlanych.
>
> Ponadto, Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wzywa Wykonawcę - Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień w zakresie terminu w jakim ww. zadanie inwestycyjne było realizowane. W pkt 12.1 pkt 1 lit. b) tiret pierwszy SWZ Zamawiający wymagał, aby Wykaz robót budowlanych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowania obejmował roboty budowlane wykonane w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert. W złożonym przez Wykonawcę Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o. o„ Wykazie robót budowlanych oraz oświadczeniu własnym Wykonawca oświadczył, iż wykonał przywołane powyżej zadanie inwestycyjne w okresie od 29.06.2017 r. do 16.12.2020 r. Z treści zarzutu postawionego przez Odwołującego wynika, że roboty budowlane wymienione w złożonym przez Wykonawcę Wykazie zostały wykonane w okresie wcześniejszym niż wymagane przez Zamawiającego w SWZ ostatnie 10 lat przed upływem terminu składania ofert.

W dniu 29 lipca 2022 r. Odwołujący wyjaśnił: „Na wstępie wyjaśnień oferenta, podkreślenia wymaga okoliczność, iż Zamawiający zażądał wykazania wykonania co najmniej 1 (jednego) zadania inwestycyjnego, co też oferent przedstawił w postaci wykonanego zadania własnego, na swoje potrzeby inwestycyjne spełniające wymogi określone przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Biorąc jednak pod uwagę treść uzasadnienia do wniosku Zamawiającego, w ślad za przedłożonymi dotychczas dokumentami, oferent wyjaśnia i przedstawia ciągłość dokumentów związanych z prowadzoną inwestycją, potwierdzających dotychczasowe oświadczenie oraz wskazujących że:

1. Uzyskał Decyzję Pozwolenie na Budowę nr 845/02 z dn. 21.05.2002 r.

2. Dziennik Budowy nr 1016/III/02 wydany został w dn. 28.06.2002 r., rozpoczęcie robót nastąpiło wpisem do DB w dn. 17.02.2002 r. Ostatni wpis do DB nastąpił w dn. 26.03.2012 r.

Jednakże BRAK JEST WPISU O ZAKOŃCZENIU ROBÓT I GOTOWOŚCI DO ODBIORU OBIEKTU BUDOWLANEGO.

3. Pozwolenie PINB nr 1655/2017 z dn. 29.06.2017 r. w uzasadnieniu zawiera informację, że

,, .w związku z wnioskiem inwestora ZSiZ . ” ,, . uchylam decyzję nr 845/02 z dn.

21.05.2002 r. .” ,, .oraz nakładam na inwestora ZSiZ obowiązek uzyskania Decyzji Pozwolenia na Użytkowanie. ”.

4. Następnie do tej samej inwestycji Dziennik Budowy nr 1258/III/2017 został wydany dn. 27.07.2017 r., rozpoczęcie robót nastąpiło wpisem do DB dn. 27.10.2017 r. Ostatni wpis do DB nastąpił w dn. 05.06.2020 r. ,,Zakończono prace związane z projektem budowlanym i Pozwoleniem na Budowę. Budynek jest gotowy do odbioru końcowego”.

5. Następnie uzyskano Postanowienie nr 2544/2020 z dn. 23.11.2020 r. o wszczęciu procedury administracyjnej w związku z wnioskiem Inwestora ZSiZ z dn. 16.11.2020 r., o wydanie pozwolenia na użytkowanie przedmiotowej inwestycji.

6. Na skutek powyższych działań, oraz prowadzonej inwestycji opisanej jak wyżej, oraz w dotychczas złożonym oświadczeniu do oferty uzyskano Decyzję Pozwolenia na

Użytkowanie nr 2760/2020 z dn. 16.12.2020 r. bez uwag.”

Załączone dodatkowo dokumenty potwierdzają zgodność złożonego oświadczenia do oferty, a zarzuty odwołującego w treści odwołania złożonego do KIO, są bezpodstawne i bezprzedmiotowe.”

W informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego, pismo znak 42/2022, z dnia 26 sierpnia 2022 r. Zamawiający wskazał, że: „Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy pzp, tj. ze względu na fakt, że Wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonego w pkt 11.1 ppkt 4) lit. a) SWZ, tj.:

„Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich W lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował co najmniej 7 (jedno) zadanie inwestycyjne obejmujące wykonanie prac ziemnych oraz ław fundamentowych budynku o kubaturze minimum 2 000 m^3".

Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę - Zakład Sieci i Zasilania

Sp. z o. o.:

W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt. 4) ustawy Pzp, a określonych w pkt 11.1. ppkt 4) lit a) SWZ, Zamawiający żądał złożenia zgodnie z pkt. 12.2 ppkt 1) lit. b) tiret pierwszy SWZ:

„Wykazu robót budowlanych, wykonanych w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie polegających na: zrealizowaniu co najmniej 7 (jednego) zadania inwestycyjnego obejmującego wykonanie prac ziemnych oraz ław fundamentowych budynku o kubaturze minimum 2 000 m^3;

wraz z podaniem ich rodzaju, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty."

W dniu 06.06.2022 r. Wykonawca Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o. o. został wezwany przez Zamawiającego na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych, m.in. Wykazu robót budowlanych wraz z dowodami określającymi należyte wykonanie ww. robót w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o. o. złożył w dniu 15.06.2022 r. podmiotowe środki dowodowe, między innymi Wykaz wykonanych robót budowlanych wraz z Oświadczeniem Wykonawcy potwierdzającym należyte wykonanie robót wskazanych

w wykazie. W złożonym wykazie Wykonawca oświadczył, że wymagane doświadczenie nabył podczas realizacji zadania inwestycyjnego pn: „Przebudowa i rozbudowa budynku biurowo-magazynowego przy ul. Tyskiej 8-10, 52-014 Wrocław" w okresie od 29.06,2017 r. do 16.12.2020 r.

W związku z tym, iż przywołane zadanie inwestycyjne Wykonawca realizował na własne potrzeby, na potwierdzenie należytego wykonania ww. robót Wykonawca złożył Oświadczenie własne potwierdzające należyte wykonanie prac obejmujących między innymi roboty budowlane polegające na wykonaniu prac ziemnych oraz ław fundamentowych oraz dokumenty wydane przez Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego, tj.: Protokół kontroli obowiązkowej zakończonej budowy obiektu budowlanego z dnia 16.12.2020 r. oraz Decyzję nr 2760/2020 z dnia 16.12.2020 r. o pozwoleniu na użytkowanie.

W wyniku dokonanej analizy złożonych przez Wykonawcę dokumentów Zamawiający, uznał, iż brakuje w nich informacji potwierdzających wymaganą w warunku udziału w postępowaniu kubaturę wykonanych robót budowlanych, tj. minimum 2000 m^3. Wobec czego, Zamawiający działając na postawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 22.06.2022 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie między innymi dokumentów potwierdzających kubaturę.

W odpowiedzi na wezwanie w dniu 28.06.2022 r. Wykonawca Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o. o., uzupełniając podmiotowe środki dowodowe, złożył dokumenty potwierdzające wymaganą kubaturę obiektu, tj. powyżej 2500 m^3. Wśród złożonych dokumentów znalazła

się m.in. Mapa dla celów projektowych z kwietnia 2017 r„ z zaznaczonym kolorem czerwonym zakresem wykonanych robót.

Na podstawie otrzymanych dokumentów Zamawiający uznał, że Wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu i dniu 05.07.2022 r, dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. wybrał ofertę złożoną przez Wykonawcę Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o. o., z ceną ofertową 42.635.207,10 zł brutto, w tym za zamówienie podstawowe 31.651.836,00 zł brutto oraz za zamówienie objęte prawem opcji 10.983.371,10 zł brutto.

W dniu 15.07.2022 r. Zamawiający został poinformowany o wniesieniu przez Wykonawcę GM Roads Polska Sp. z o.o. odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej na czynność wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o. o. W treści odwołania Odwołujący wskazał, że Wykonawca, którego ofertę Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą, tj. Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o. o., nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonego w pkt 11.1 ppkt 4) lit a) SWZ oraz załączył dowody na potwierdzenie stawianych zarzutów, tj. między innymi Decyzję nr 845/02 z dnia 21.05.2002 r. wydaną przez Prezydenta Wrocławia zatwierdzającą projekt budowlany i udzielającą pozwolenia na budowę dla nieruchomości położonej przy ul. Tyskiej 8-10 we Wrocławiu oraz mapy wydane do celów projektowych, z których wynikało, że już w 2001 r. wybudowana była część budynku na wykonanie którego powołał się - w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu - wybrany Wykonawca.

Wobec wniesionego odwołania i przedstawionych wraz z nim dowodów, Zamawiający w dniu 20.07.2022 r. dokonał unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o. o. oraz przystąpił do powtórnego badania ofert. W dniu 20.07.2022r. Wykonawca Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o. o., przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 21.07.2022 r„ Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi na wezwanie, w dniu 29.07.2022 r. Wykonawca złożył wyjaśnienia wraz z dowodami w postaci Dzienników Budowy o numerze 1016/111/02 z dnia 28.06.2002 r. oraz nr 1258/111/2017 z dnia 27.07.2017 r. Z przedłożonych dokumentów jednoznacznie wynika, iż prace ziemne oraz roboty związane z budową ław fundamentowych wskazane przez Wykonawcę w złożonym jako podmiotowy środek dowodowy Wykazie wykonanych robót budowlanych, Wykonawca jako Inwestor prowadził w latach 2002-2003.

W związku z powyższym Zamawiający uznał, że Wykonawca nie udowodnił spełniania warunku udziału w postępowaniu tj. nie wykonał, określonych w warunku udziału w postępowaniu, prac ziemnych oraz robót związanych z budową ław fundamentowych w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składnia ofert.

Dodatkowo, Zamawiający, w toku badania dokumentów złożonych przez Wykonawcę wraz z wyjaśnieniami, stwierdził, iż Wykonawca nie wykazał również spełnienia warunku udziału

w postępowaniu z zakresie wymaganej kubatury budynku, w którym realizował prace ziemne oraz roboty związane z budową ław fundamentowych, tj. minimum 2000 m^3. Analizując przedłożone dzienniki budowy oraz rysunki techniczne, Zamawiający stwierdził, iż Wykonawca wykonywał prace ziemne oraz roboty związane z budową ław fundamentowych jedynie w nowobudowanej części budynku biurowo-magazynowego, a nie jak wcześniej oświadczył pod całym tym budynkiem co łącznie, dawałoby kubaturę powyżej 2500 m^3, zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Wykonawcę w Wykazie wykonanych robót budowlanych. Co więcej, na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, podmiotowych środków

dowodowych, Zamawiający nie był w stanie ocenić zakresu robót (kubatury budynku) obejmujących wykonanie prac ziemnych oraz ław fundamentowych.

Artykuł 16 pkt 1 - 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny."

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę: b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu."

W myśl art. 112 ust. 1 ustawy pzp: „1. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności."

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była ocena prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o podstawy prawne i faktyczne wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 26 sierpnia 2022 r., a dotyczące spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 11.1 ppkt 4) lit. a) SWZ. Analiza dokumentacji postępowania doprowadziła Izbę do przekonania, że czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego była niezasadna z kliku powodów.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że Izba ocenia prawidłowość dokonanych przez Zamawiającego czynności w oparciu o uzasadnienie prawne i faktyczne tych czynności, postanowienia SWZ oraz dokumenty i wyjaśnienia składane przez Odwołującego w postępowaniu. Granice rozpoznania sprawy przez Izbę wyznacza zatem treść wniesionego odwołania oraz podstawy prawne i faktyczne czynności Zamawiającego.

Mając powyższe na względzie, osią sporu były podstawy prawne i faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego. Z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty wywieść można dwie okoliczności, które spowodowały uznanie przez Zamawiającego, iż Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu z pkt 11.1. ppkt 4) lit a) SWZ. Pierwsza stanowi stwierdzenie Zamawiającego, iż z przedłożonych przez Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokumentów wynika, że prace ziemne oraz ławy fundamentowe były wykonywane w latach 2002 - 2003. W konsekwencji Zamawiający uznał warunek za niespełniony w zakresie, w jakim wymagane było aby prace ziemne i ławy fundamentowe zostały wykonane w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert. Druga podstawa faktyczna odrzucenia oferty opierała się na stwierdzeniu, że z przedstawionych dokumentów wynika również, że tylko w nowo wybudowanej części budynku, a nie jak pierwotnie oświadczył Wykonawca, pod całym budynkiem były wykonywane prace ziemne i ławy fundamentowe. Ponadto, Zamawiający podkreślił, że w konsekwencji nie był w stanie ocenić zakresu robót (kubatury budynku) obejmujących wykonanie prac ziemnych i ław fundamentowych.

Aby odnieść się do powyższych wniosków Zamawiającego oraz dokonać oceny prawidłowości czynności Zamawiającego, w tym podstaw faktycznych odrzucenia oferty, w pierwszej kolejności należy dokonać wykładni postawionego warunku udziału w postępowaniu.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający wymagał wykazania przez Wykonawcę, że: „W okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował co najmniej 1

(jedno) zadanie inwestycyjne obejmujące wykonanie prac ziemnych oraz ław fundamentowych budynku o kubaturze minimum 2000 m3.” Niewątpliwie właściwa interpretacja warunku, co wynika z jego literalnego brzmienia, prowadzi do konstatacji, że to 1 zadanie inwestycyjne, a nie prace ziemne i ławy fundamentowe miały zostać zrealizowane w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert. Wynika to ze wstępnej treści warunku: „W okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (.) zrealizował co najmniej 1 (jedno) zadanie inwestycyjne (.).” Aby dokonać oceny spełnienia powyższego warunku konieczne jest określenie kiedy zadanie inwestycyjne można uznać za „zrealizowane”. Za słownikiem PWN wskazać można, że „zrealizować” oznacza „sprawić, że jakieś plany, marzenia, zamiary itp. staną się rzeczywistością”. Zgodnie natomiast z wyjaśnieniem na stronie internetowej „Dobrysłownik.pl” „zrealizować” to „dokonać; dopiąć celu; doprowadzić do; przeprowadzić; sfinalizować; spełnić; ukończyć; urządzić; urzeczywistnić; uskutecznić; uwieńczyć; wcielić w życie; wprowadzić w życie; wykonać; wypełnić; wyprawić; wywiązać się; zaaranżować; zakończyć; zorganizować.” Niewątpliwie jest to czasownik dokonany. Ponadto, mając na względzie, że warunek dotyczy zrealizowania zadania inwestycyjnego, to w świetle prawa budowlanego proces inwestycyjny kończy udzielenie na pozwolenia na użytkowanie, bowiem bez uzyskania odpowiedniej zgody na użytkowanie obiekt budowlany formalnie wciąż jest budową. Co więcej, tylko gdy zostanie wydane pozwolenie na użytkowanie obiektu, możliwe jest stwierdzenie, że roboty zostały prawidłowo ukończone. Dalej podkreślić należy, że Zamawiający nie wyjaśnił powyższego pojęcia w treści SWZ, co zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby powoduje, że wszelkie niejasności należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy. Idąc dalej, zaznaczenia wymaga, że przy ocenie spełnienia warunku co do wykonania w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert, istotna zatem będzie data zrealizowania 1 zadania inwestycyjnego, jego ukończenia, w tym przypadku za właściwą uznać należałoby datę uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Wynika to nie tylko z treści samego warunku, ale również z Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020 r., poz. 2415), gdzie w par. 9 ust. 1 pkt 1 wskazano: „W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: 1) wykazu 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 i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty.” Nie ulega wątpliwości, że Rozporządzenie zakreśla zakres podmiotowych środków dowodowych i informacji, których żądanie jest uprawnione przez zamawiającego i koniecznych do wykazania celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jak wynika z treści par. 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia w wykazie robót wskazana powinna zostać m.in. data wykonania. Przepisy prawa nie przewidują zatem możliwości żądania wskazania daty rozpoczęcia robót, a wyłącznie ich zakończenia. To data wykonania zamówienia objętego warunkiem (w tym przypadku 1 zadania inwestycyjnego) będzie znacząca dla uznania spełnienia wymagania „zrealizowania w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert”. W tej materii warto przytoczyć wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 kwietnia 2019 r., sygn. akt: I GSK 2523/18, w którym Sąd zważył: “użyte w § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia sformułowanie “robót wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat” wprowadza tylko ogranicznik w postaci daty granicznej końca robót, nie wprowadza zaś ogranicznika w odniesieniu do terminu rozpoczęcia robót. Oznacza to, że wprowadzenie tego dodatkowego warunkowania przez zamawiającego pozbawia możliwości wzięcia udziału w postępowaniu podmioty, które prowadziły duże, długotrwałe inwestycje, rozpoczęte wcześniej niż 5 lat przed terminem składania ofert, jednak do tego momentu ukończone.” Powołując się na komentarz praktyczny H. Nowak, Ł. Korporowicz Prawo Zamówień Publicznych Vademecum Sąd wywiódł: „Sformułowanie "wykonanymi robotami" co do intencji tego zapisu wskazano - jest to o tyle oczywiste, że z robót budowlanych w toku nie można wywnioskować o doświadczeniu zawodowym wykonawcy, gdyż nie jest wiadomym, czy prace te zostaną wykonane prawidłowo i jaką ocenę zaprezentuje inwestor. Podobnie rozumiał intencje ustawodawcy Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 28 kwietnia 2008 r. sygn. akt XIX Ga 128/08 oraz Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 24 lipca 2008 KIO/UZP 710/08.”

Dokonując dalszej interpretacji warunku, podnieść należy, że Zamawiający postawił wymóg, aby 1 zadanie inwestycyjne obejmowało określone prace, a mianowicie „prace ziemne i ławy fundamentowe”. Dla oceny spełnienia tego warunku koniecznym było zatem stwierdzenie, że referencyjna inwestycja obejmowała wykonanie takich prac. Irrelewantne wobec tego pozostawało, na jakim etapie inwestycji prace te zostały zrealizowane.

Ostatnim wymogiem postawionego warunku było: „wykonanie prac ziemnych oraz ław fundamentowych budynku o kubaturze minimum 2000 m3". Aby uznać powyższy warunek za spełniony należało ustalić, czy budynek dla którego wykonano prace ziemne i ławy fundamentowe wykazywał kubaturę minimum 2000 m3. Niewątpliwie, treść warunku nie określa rozmiaru wykonanych prac ziemnych i ław fundamentowych.

Podsumowując powyższe wywieść można, że warunek dotyczył wykazania się zrealizowaniem 1 zadania inwestycyjnego. Ukończenie realizacji inwestycji (data wykonania) miała mieć miejsce przed upływem 10 lat od terminu składania ofert. Referencyjna inwestycja miała obejmować prace ziemne i ławy fundamentowe, przy czym nie określono rozmiaru tych prac, a miały one zostać wykonane dla budynku o kubaturze 2000 m3.

Konfrontując powyższą wykładnię warunku z ustaleniami faktycznymi sprawy stwierdzić należało, że interpretacja warunku dokonana przez Zamawiającego była błędna co skutkowało nieprawidłowością przeprowadzonej oceny złożonych przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych, a w konsekwencji spowodowało niezasadne odrzucenie oferty Wykonawcy.

W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, że pierwotnie Odwołujący złożył podmiotowe środki dowodowe, w tym wykaz robót, z którego wynikało, że zrealizował 1 zadanie inwestycyjne w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert na co wskazywał zapis w wykazie robót: „Przebudowa i rozbudowa budynku biurowo-magazynowego ul.

Tyskiej 8-10, 52-014 Wrocław" oraz data „16.12.2020". Z oświadczeń zawartych w wykazie wynikało, że inwestycja obejmowała „wykonanie prac ziemnych oraz ław fundamentowych budynku o kubaturze minimum 2000 m3." Oprócz oświadczenia Inwestora dołączono Protokół kontroli obowiązkowej zakończonej budowy obiektu budowlanego z dnia 16 grudnia 2020 r. oraz Decyzję Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla Miasta Wrocławia nr 2760/2020 z dnia 16.12.2020 r. o pozwoleniu na użytkowanie. Następnie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca przedstawił dalsze dokumenty potwierdzające kubaturę budynku, gdzie wykonano prace ziemne i ławy fundamentowe, w tym opis techniczny z projektu budowlanego zamiennego. Zaznaczyć należy, że dodatkowe dokumenty i wyjaśnienia Odwołującego przekazane już po unieważnieniu pierwotnego wyboru najkorzystniejszej oferty nie pozwalały na taką ocenę spełnienia warunku, jak wskazał Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty.

W tym zakresie odpowiedzieć należało na pytanie, czy w świetle złożonych przez Odwołującego dokumentów oraz prawidłowej wykładni postawionego warunku, którą Izba przeprowadziła wyżej, można było uznać, że Wykonawca spełnił warunek co do wymogu zrealizowania 1 zadania inwestycyjnego w okresie 10 lat przed terminem składania ofert? Na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć pozytywnie. Niewątpliwie, prace polegające na „Przebudowie i rozbudowie budynku biurowo-magazynowego ul. Tyskiej 8-10, 52-014 Wrocław" rozpoczęły się w 2002 r. a zakończyły w 2020 r. W ocenie Izby, z przedłożonych przez Odwołującego dokumentów wynika jednoznacznie, że w latach tych odbywał się proces inwestycyjny, który ostatecznie skończył się wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie. Jak Izba ustaliła, we wszystkich tych dokumentach występuje nazwa inwestycji: „Przebudowa i rozbudowa budynku biurowo-magazynowego ul. Tyskiej 8-10, 52-014 Wrocław". Ponadto, jak wskazano w decyzji nr 429/2016 Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla Miasta Wrocławia o nałożeniu obowiązku przedłożenia projektu budowlanego zamiennego, a znajdującej się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej Izbie przez Zamawiającego: „Warto także dodać, iż w związku z wydaniem niniejszej decyzji organ administracji architektoniczno-budowlanej na podstawie art. 36a ust.2 ustawy Prawo budowlane uchyli pozwolenie na budowę, a zatem wyeliminowany zostanie z obrotu prawnego także zatwierdzony projekt budowlany. Stąd projekt budowlany zamienny winien zostać sporządzony zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane oraz aktami wykonawczymi do tejże ustawy, w tym rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej (...) i zawierać rozwiązania projektowe dotyczące całego zamierzenia inwestycyjnego, a nie tylko wprowadzonych zmian, bowiem zastąpi on pierwotny projekt budowlany." W decyzji nr 1655/2017 wskazano, że decyzją nr

3418/2016 została uchylona pierwotna decyzja o pozwoleniu na budowę. Z powyższego niewątpliwie wynika, że pierwotna decyzja o pozwoleniu na budowę oraz wcześniej zatwierdzony projekt budowlany zostały wyeliminowane z obrotu. Decyzja nr 1666/2017 zatwierdza projekt budowlany zamienny dla całego zamierzenia inwestycyjnego, a do decyzji został wydany Dziennik Budowy 1258/III/2017, a więc prace były kontynuowane. Proces inwestycyjny kończy uzyskanie pozwolenia na użytkowanie w 2020 r. Z powyższego wynika jednoznacznie, że jest to jedno zadanie inwestycyjne. Nie zmienia tej oceny podnoszona przez Zamawiającego treść decyzji nr 1655/2017, gdzie wskazano, że: „ze względu na brak stwierdzenia podczas oględzin prowadzenia robót tut. organ uznał, iż brak jest podstaw do

wydania postanowienia o wstrzymaniu robót Jak już wskazano, po uzyskaniu

powyższej decyzji prace w ramach inwestycji były kontynuowane i jak słusznie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w dniu 29 lipca 2022 r. podniósł Wykonawca, w Dzienniku Budowy nr 1016/III/2002 brak jest wpisu o zakończeniu robót i gotowości do odbioru. Dla inwestycji „Przebudowa i rozbudowa budynku biurowo-magazynowego ul. Tyskiej 8-10, 52-014 Wrocław" zostało wydane pozwolenie na użytkowanie dopiero w 2020 r. Zadanie inwestycyjne zostało zatem zrealizowane w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, gdyż to właśnie ww. pozwolenie zakończyło proces inwestycyjny. Co więcej, jakakolwiek odmienna interpretacja terminu „zrealizował" i tak musiałaby zostać przeprowadzona na korzyść Wykonawcy, gdyż jak już zostało wskazane Zamawiający nie określił w warunku, kiedy uzna inwestycję na „zrealizowaną".

Następnie istotnym było ustalenie, czy ww. zadanie inwestycyjne obejmowało prace ziemne i ławy fundamentowe? Na tak zadane pytanie należało odpowiedzieć pozytywnie. Co do zasady, kwestia że prace takie były prowadzone była bezsporna. Osią sporu była ocena na jakim etapie prac zostały one wykonane i wyprowadzona przez Zamawiającego z treści warunku interpretacja, że prace ziemne i ławy fundamentowe powinny zostać zrealizowane w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert. Jak już wskazano, wykładnia ta jest błędna, a kwestia kiedy prace ziemne i ławy fundamentowe były wykonywane jest irrelewantna dla spełnienia warunku. Trudność w ocenie kiedy takie prace były faktycznie wykonywane wynika nie tylko z zapisów Dzienników Budowy, ale także z faktu, że projekt budowlany zamienny obejmował całe zamierzenie inwestycyjne. Niemniej jednak kwestia ta pozostaje bez znaczenia. Istotnym jest, iż zadanie inwestycyjne obejmowało wymagane warunkiem prace ziemne i ławy fundamentowe, co wynika w sposób oczywisty z pkt. 5.3. tego projektu.

Drugą podstawą faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego było niespełnienie wymogu dotyczącego kubatury budynku, i wniosek Zamawiającego, że skoro prace ziemne i ławy fundamentowe były prowadzone wyłącznie pod nowo wybudowaną częścią budynku, a nie całym to nie był w stanie ocenić zakresu robót (kubatury budynku) obejmujących wykonanie prac ziemnych i ław fundamentowych.

Odnosząc się do powyższego ponownie podkreślić należy, że błędna jest interpretacja warunku przeprowadzona przez Zamawiającego a przejawiająca się w utożsamianiu przez Zamawiającego zakresu robót - prac ziemnych i fundamentowych - rozmiaru tych prac, z kubaturą budynku. Niewątpliwie takiego wniosku nie sposób wyprowadzić z treści warunku. Istotnym była kubatura budynku gdzie prace takie były wykonywane, obojętnie w jakiej części tego budynku i jaki był rozmiar wykonanych prac ziemnych i ław fundamentowych.

Ponadto, co wymaga podkreślenia, Zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu może żądać wyłącznie podmiotowych środków dowodowych wymienionych w wyżej cytowanym Rozporządzeniu. Jeśli chodzi o warunek zdolności technicznej i zawodowej to podmiotowymi środkami dowodowymi będą wykaz robót „wraz z podaniem

ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie." Oznacza to, że wszystkie informacje objęte warunkiem udziału w postępowaniu muszą wynikać z wykazu robót, tj. z oświadczenia Wykonawcy. Zamawiający nie jest więc uprawniony żądać potwierdzenia dokumentami źródłowymi wszystkich oświadczeń z wykazu robót co do spełnienia wymogów z warunku. Potwierdzeniem spełnienia tych wymogów nie muszą być również dowody, o których mowa w ww. Rozporządzeniu, gdyż te mają wyłącznie określać „czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie." Izba podziela argumentację przedstawioną w wyroku z dnia 18 maja 2018 r., sygn. akt: KIO 845/18: „Z treści Rozporządzenia wynika zamknięty katalog dokumentów, których może żądać zamawiający od wykonawcy w tym zakresie i jako dokument ten wskazuje wykaz zrealizowanych usług. Referencje, jako załącznik do wykazu, są jedynie uzupełnieniem informacji w nim zawartych, a ich rolą jest potwierdzenie faktu, że zamówienie na które powołuje się wykonawca zostało zrealizowane w sposób należyty. Zamawiający w SIWZ precyzuje najczęściej jakie informacje winny znaleźć się w treści wykazu, załączając jego wzór i wskazując określone treści, które winny się w nim znaleźć. Jest to działanie dopuszczalne, jeśli jego celem jest możliwość dokonania oceny czy z treści tego dokumentu wynika, że wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu w sposób opisany przez zamawiającego. Adresatem, do którego kierowane są wytyczne w tym zakresie jest podmiot składający ofertę. Niedopuszczalnym jest natomiast aby w treści SIWZ zamawiający precyzował jaki zakres informacji winien znajdować się w treści załączników do wykazu. Ustawodawca pozostawił w tym zakresie swobodę wykonawcy." Warto także przywołać w tej materii wyrok o sygn. akt: KIO 1216/17 z dnia 6 lipca 2017 r.: „Odwołujący w treści odwołania stawia zarzut, iż treść referencji nie potwierdza wszystkich czynności, które zostały podane w wykazie, a wymagane były przez zamawiającego treścią ww. warunku.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący błędnie i w sposób nieuzasadniony wymaga, aby treść referencji powielała wszystkie informacje, żądane przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem potwierdzeniem spełnienia warunku jest oświadczenie wykonawcy w formie wykazu, a referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie prawidłowość wykonywanej usługi referencyjnej. Powyższe potwierdzają wprost przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych i rozporządzenia wykonawczego do tej ustawy. (.) Nie może zatem ulegać najmniejszej wątpliwości, że dokumentem potwierdzającym zakres wykonanych usług jest wykaz usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane". Wobec powyższego, to wykaz robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, Izba zwraca uwagę, że w wykazie robót Odwołujący oświadczył jaka była kubatura budynku. Na skutek dalszych wezwań Odwołujący w sposób bardziej dokładny i precyzyjny dokonał wyliczeń, bazując m.in. na danych z projektu budowlanego zamiennego, który obejmował całe zadanie inwestycyjne. Zamawiający dysponował zatem oświadczeniami Wykonawcy, z których każde wykazywało kubaturę powyższej minimum określonego warunkiem. Zamawiający powinien był zatem te oświadczenia przyjąć. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że to Wykonawca wykazuje spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Złożonymi oświadczeniami Odwołujący wykazał, że warunek został spełniony. Jeśli natomiast Zamawiający uważał, że oświadczenia te są nieprawdziwe to powinien był wykazać w decyzji o odrzuceniu oferty, jaka jest faktyczna jego zdaniem kubatura budynku niespełniająca wymagań warunku. Zamawiający tego nie uczynił, a wręcz przyznał, że na podstawie podmiotowych środków dowodowych nie był w stanie tego wymogu ocenić. Skoro tak, to powinien przyjąć oświadczenie Wykonawcy, który poza wykazem robót i dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie robót, nie był zobowiązany, zgodnie z Rozporządzeniem wykazywać spełnienia wymogów warunku w inny sposób. Działanie Zamawiającego podejmującego czynność odrzucenia oferty bazującej na nieustalonej postawie faktycznej jest niezasadne i nie zasługuje na aprobatę. Niewątpliwie, podejmując czynność skutkującą wyeliminowaniem wykonawcy z postępowania, zamawiający muszą mieć pewność co do podstaw faktycznych odrzucenia oferty, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

Potwierdziły się zatem zarzuty Odwołującego, że Zamawiający dokonał błędnej interpretacji warunku, co przełożyło się na niewłaściwą ocenę jego spełnienia w świetle stanu faktycznego wynikającego ze złożonych przez Odwołującego w toku postepowania o udzielenie zamówienia publicznego dokumentów i oświadczeń. Podstawy prawne i faktyczne

kwestionowane przez Odwołującego, a wynikające z decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie potwierdziły się, dlatego też Izba nakazała unieważnienie tej czynności i w konsekwencji unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości

20 000,00 zł, wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości określonej ww. Rozporządzeniem - 3 600,00 zł oraz koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę w wysokości 956,07 zł na podstawie faktur Vat złożonych przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący:.....