Sygn. akt: KIO 2690/17

WYROK
z dnia 8 stycznia 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2017 roku przez wykonawcę **Nafibud S.A. z Bielska Podlaskiego (17-100)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ursynów z Warszawy (02-777),**

przy udziale wykonawcy **Eko-Invest Sp. z o.o. z Kielc (25-650),** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 14 grudnia 2017 roku, polegającej na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty oraz wezwanie odwołującego do złożenia, na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) wyjaśnień w zakresie wątpliwości zamawiającego w odniesieniu do roboty budowlanej z pozycji 2 wykazu robót budowlanych, złożonego przez odwołującego piśmie z dnia przy 7 grudnia 2017 roku, a także uwzględnienie w ramach ponowienia czynności badania oferty odwołującego wyjaśnień odwołującego (wraz z dokumentami), o ile zostaną złożone,

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ursynów z Warszawy (02-777)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Nafibud S.A. z Bielska Podlaskiego (17-100)** tytułem wpisu od odwołania,

zasądza od 2.2. **Miasta Stołecznego Warszawa Dzielnica Ursynów z Warszawy (02-777)** na rzecz wykonawcy **Nafibud S.A. z Bielska Podlaskiego (17-100)** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący ……

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ursynów (dalej „zamawiający") w trybie przetargu nieograniczonego *pn. „Budowa żłobka wraz z infrastrukturą zewnętrzną przy ul. Cynamonowej w Warszawie"* wykonawca NAFIBUD S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim (dalej „odwołujący") wniósł odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących

przepisów ustawy
z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 26 ust. 4, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu posiadanego doświadczenia wykazywanego w pkt 2 wykazu robót, pomimo, że okoliczność skierowania do wystawcy referencji zapytania odnośnie aspektów realizacji inwestycji nie zwalnia zamawiającego z obowiązku przeprowadzenia procedury wyjaśniającej z wykonawcą,
2. art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez przyjęcie jako podstawy decyzji o wykluczeniu odwołującego, a następnie odrzuceniu jego oferty, wybiórczo wyselekcjonowanych informacji z pominięciem danych i dokumentów dołączonych do pisma z dnia 7 grudnia 2017 roku,
3. art. 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez błędne i niezasadne przyjęcie, że informacja uzyskana od Burmistrza Urzędu Miasta Mińsk Mazowiecki potwierdza, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
4. art. 24 ust. 1 pkt 12, poprzez niezasadne wykluczenie odwołującego z uwagi na rzekome niewykazanie spełnienia warunku udziału w sytuacji braku ku temu podstaw natury prawnej oraz faktycznej,
5. art. 24 ust. 4, poprzez niezasadne uznanie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na wykluczenie go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp,
6. art. 7 ust. 1, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób godzący w zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

---

1. unieważnienie czynności z dnia 14 grudnia 2017 roku, polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą oraz uruchomieniu procedury zatrzymania wadium w postępowaniu,
2. dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert,
3. ewentualne skierowanie do odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie zakresu doświadczenia wykazywanego w pkt. 2 wykazu robót,
4. dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł także o dopuszczenie dowodu z:
- dokumentów powołanych w treści odwołania oraz przedłożonych na rozprawie przez Krajową Izbą Odwoławczą,
- zeznań świadka Inspektora Nadzoru Robót Budowlanych W. B. oraz Członka Wydziału Inwestycji Urzędu Miasta w Mińsku Mazowieckim M. S. na okoliczność ustalenia zakresu wykonywanych przez odwołującego prac w ramach inwestycji pn. „Przebudowa *miejskiej Szkoły Artystycznej wraz z budową Sali koncertowej w Mińsku Mazowieckim przy ul. Armii Ludowej 23”* oraz stanu budynku w momencie przystąpienia do prac budowanych przez odwołującego,

oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 9.2 pkt 1) SIWZ (Warunki udziału w postępowaniu):
za spełniających warunki udziału w postępowaniu zamawiający uzna wykonawców, którzy wykażą, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu wykonali (tj. zakończyli) co najmniej dwie roboty budowlane polegające, każda z nich, na budowie co najmniej jednego budynku o kubaturze nie mniejszej niż 6.500 m^3 wraz z infrastrukturą techniczną i o wartości budowy każdego z tych budynków wraz z infrastrukturą techniczną nie mniejszej niż 5 mln złotych brutto.
Zamawiający zamieścił także uwagę – pod pojęciem „budowy” należy rozumieć budowę

w rozumieniu art. 3 ust. 6 ustawy Prawo budowlane. W przypadku, gdy Wykonawca będzie wykazywał się w celu potwierdzenia spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu robotą budowlaną związaną z rozbudową/ odbudową/ nadbudową istniejącego budynku, to warunek zostanie uznany za spełniony jeżeli kubatura nowo powstałej części budynku (tj. rozbudowy / odbudowy / nadbudowy budynku) była nie mniejsza niż 6.500 m^3.

Oświadczył, że w celu potwierdzenia ww. warunku złożył wykaz, w którym powołał się na następujące doświadczenie obejmujące trzy roboty budowlane:

1. Budowa Przedszkola w Dziekanowie Leśnym przy ul. Akinsa (odbiorca – Gmina Łomianki),
2. Przebudowa wraz z rozbudową części budynku „B" Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii (OIT) Szpitala Ogólnego w Grajewie" wraz z dostawą i montażem urządzeń medycznych oraz wyposażenia (odbiorca – Szpital Ogólny im. dr Witolda Ginela w Grajewie,
3. Przebudowa budynku administracyjnego przy ulicy Warszawskiej 39 w Olsztynie na cele hotelowe (odbiorca – Hotele Olsztyn).

Odwołujący wskazał, że w dniu 30 listopada 2017 roku zamawiający skierował do niego wezwanie do złożenia wyjaśnień:

1. Czy wskazana w pkt 1 wykazu robota budowlana obejmowała swoim zakresem infrastrukturę techniczną ?
2. Czy wykazana w pkt 3 wykazu robota budowlana obejmowała również rozbudowę w rozumieniu art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane ? Jeśli tak, to jaka była kubatura budynku i jaka była wartość wykonanych robót polegających na rozbudowie budynku ?
3. Czy wskazana w pkt 3 robota budowlana obejmowała swoim zakresem infrastrukturą techniczną ?

Odpowiedział na nie przy piśmie z dnia 4 listopada 2017 roku:

1. w zakresie roboty wskazanej w pkt 1 – potwierdził, że robota budowlana obejmowała infrastrukturę techniczną, przedstawiając jako dowód kopię protokołu odbioru końcowego elementów robót,
2. w zakresie roboty wskazanej w pkt 3 – wskazał, że część dobudowywana nie ma w projekcie odrębnie podanej kubatury, w związku z czym przedstawił wyliczenia na podstawie dokumentacji i rzeczywistych obmiarów; w części przebudowywanej na kubaturze ok. 17.400 m3, wykonywane były również roboty konstrukcyjne, w tym wymiana stropów i przebudowa ścian nośnych i pionów windowych, załączając wyciąg projektu budowalnego oraz SIWZ dla tego zamówienia na potwierdzenie, że została wykonana infrastruktura techniczna. Wskazał także, że przy rozliczeniu robót z zamawiających poszczególne roboty były sumowane branżami, a nie w rozbiciu na przebudowę i rozbudowę, wobec czego nie podał jaka w kwocie zrealizowanych robót jest wartość rozbudowy, a jaka przebudowy.

Odwołujący podał, że 6 grudnia 2017 roku zamawiający skierował do niego wezwanie do uzupełniania dokumentów, tj. do złożenia nowego wykazu doświadczenia, w którym zamawiający wskazał, że:

1. robota wskazana w pkt 1 wykazu spełnia warunek udziału w postępowaniu,
2. robota wskazana w pkt 2 wykazu nie spełnia wymagań zamawiającego,
3. robota wskazana w pkt 3 nie spełnia wymagań zamawiającego, gdyż kubatura budynku i wartość robót nie spełniała oczekiwań zamawiającego wyrażonych w SIWZ.

Oświadczył, że 7 grudnia 2017 roku przedłożył nowy wykaz doświadczenia, w którym powołał się na dwie roboty budowalne:

1. Budowa Przedszkola w Dziekanowie Leśnym przy ul. Akinsa (odbiorca – Gmina Łomianki),
1. Przebudowa miejskiej Szkoły Artystycznej wraz z budową Sali koncertowej w Mińsku Mazowieckim przy ul. Armii Ludowej 23, kubatura:16 324,44 m^3, wartość: 5 832 431,00 zł (odbiorca – Miasto Miński Mazowiecki).

Uzupełnił, że do wykazu dołączył następujące dokumenty potwierdzające, że robota wskazana w pkt 2 nowego wykazu spełnia warunek udziału w postępowaniu:

- Wyciąg z projektu potwierdzający kubaturę części nowodobudowywanej,
- Kopię karty gwarancyjnej przyjętej przez zamawiającego,
- Korekta do protokołu usunięcia usterek poodbiorowych potwierdzających całkowitą wartość wykonanych robót i dobrą jakość wykonanych;
- Wyliczenie jaką wartość robót wykonanych na części dobudowanej.

Wskazał, że zamawiający w dniu 14 grudnia 2017 roku poinformował go o podjęciu decyzji o wykluczeniu go z postępowania z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu – w ocenie zamawiającego robota wskazana w pkt. 2 wykazu nie spełniała wymogu określonego w SIWZ.

Stwierdził, że podstawą podjęcia decyzji w ww. zakresie miały być informacje uzyskane od podmiotu, na rzecz którego miała być wykonywana przedmiotowa robota – zgodnie
z uzasadnieniem *„NAFTIBUD S.A. (...) nie wykonała robót związanych ze wznoszeniem obiektów budowalnych w zakresie rozbudowy kubatury. Roboty budowlane dotyczące rozbudowy kubatury zostały wykonane przez inną firmę. Firma NAFTIBUD S.A. kontynuowała roboty budowalne zakończone na etapie stanu surowego otwartego.*

---

*Przedmiotowej umowy na dokończenie Miejskiej Szkoły Artystycznej były roboty wykończeniowe łącznie
z zagospodarowaniem terenu."*

W odniesieniu do zarzutu zaniechania skierowania do odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień stanął na stanowisku, że okoliczności na podstawie których zamawiający podjął decyzje o wykluczeniu go z postępowania nie znajdują odzwierciedlenia w istniejącym stanie faktycznym, co spowodowane jest tym, iż zamawiający zakończył procedurę badania i oceny doświadczenia odwołującego na niepełnych informacjach uzyskanych od podmiotu, na rzecz którego była wykonywana robota budowlana wskazana w pkt. 2 wykazu doświadczenia.

Zdaniem odwołującego zakres otrzymanych od ww. podmiotu informacji nie jest kompletny i wynika zapewne ze sposobu pytania zredagowanego przez samego Zamawiającego.

Stwierdził, że zamawiający zobowiązany był skierować do niego wezwanie do złożenia wyjaśnień w ww. zakresie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, co pozwoliłoby zamawiającemu na pozyskanie wszystkich danych składających się na stan sprawy oraz skonfrontowanie ich z informacjami uzyskanymi przez zamawiającego.

Podkreślił, że przedmiotowa robota nie była wskazana w pierwotnym wykazie robót, gdyż została uwzględniona dopiero w odpowiedzi na wezwanie do uzupełniania dokumentów.

Powołał się na wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 1343/14, zgodnie z którym możliwość zastosowania § 1 ust. 5 (obecnie § 2 ust. 6) rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane nie zwalnia zamawiającego z wezwania samego zainteresowanego wykonawcy oraz KIO 2750/13, w którym nie podzielono stanowiska, że zastosowanie trybu uzyskiwania dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio od podmiotu na rzecz, którego były wykonywane roboty budowlane, z pominięciem odwołującego uczestniczącego w postępowaniu zwalnia zamawiającego z obowiązku stosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż taka możliwość nie wynika z przepisów ustawy.

Oświadczył, iż na etapie uzupełniania dokumentów był przekonany, iż zakres oraz charakter składanych dowodów potwierdzających fakt należytego wykonania roboty nr 2 jest odpowiedni i będzie czynił zadość wymaganiom zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu, na podstawie którego była realizowana ww. robota przedmiotem zamówienia było dokończenie realizacji zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa Miejskiej Szkoły Artystycznej wraz z budową sali

---

koncertowej w Mińsku Mazowieckim przy ul. Armii Ludowej 23 w szczególności o następującym zakresie:

Roboty budowlane: demontaż zabezpieczeń obiektu na okres zimowy, roboty poprawkowe wynikające z ustaleń inwentaryzacji, konstrukcje żelbetowe, roboty murowe, uszczelnienia izolacji zewnętrznej, stolarka i ślusarka zewnętrzna, roboty wykończeniowe w całym budynku, elewacja, zagospodarowanie terenu, Instalacje sanitarne, Instalacje wodociągowo-kanalizacyjne, Instalacje centralnego ogrzewania, Instalacje ciepła technologicznego, Instalacje wody lodowej, Instalacje wentylacji mechanicznej, Przyłącza sanitarne, Instalacje elektryczne: Instalacja elektryczna siły i światła, Instalacja komputerowa, Instalacja kontroli dostępu, Instalacja sygnalizacji pożaru, Instalacja telewizji przemysłowej.

Podał, że w SIWZ dokonano uszczegółowienia opisu przedmiotu zamówienia wskazując w szczególności:
załącznik nr 7 – Projekt budowlano-wykonawczy branża elektryczna,
załącznik nr 8 – Projekt budowlano-wykonawczy branża sanitarna,
załącznik nr 9 – Projekt budowlano-wykonawczy branża wentylacja,
załącznik nr 10 – Projekt budowlano-wykonawczy branża teletechniczna,
załącznik nr 11 – Projekt budowlany – architektura,
załącznik nr 12 – Projekt wykonawczy –architektura,
załącznik nr 13 – Projekt wykonawczy konstrukcja,
załącznik nr 14 – Projekt zamienny (I) architektura,
załącznik nr 15 – Projekt zamienny (I) elektryczny,
załącznik nr 16 – Projekt zamienny (I) sanitarny – wentylacja,
załącznik nr 17 – Projekt konstrukcyjny – część opisowa,
załącznik nr 18 – Projekt zamienny (II) architektura,
załącznik nr 19 – Projekt zamienny (II) elektryczny,
załącznik nr 20 – Projekt zamienny (II) konstrukcja,
załącznik nr 21 – Projekt zamienny (II) sanitarny,
załącznik nr 22 – System Sygnalizacji Pożarowej,
załącznik nr 23 – ZUD,
załącznik nr 24 – rysunki zamienne do projektu budowlano-wykonawczego do rozbudowy w zakresie posadowienia części podpiwniczonej budynku,
załącznik nr 25 – rysunki zamienne do projektu rozbudowy i przebudowy budynku,
załącznik nr 26 – rysunki zamienne i opis do decyzji nr 1074 z 28.10.2010 r.

Odwołujący stwierdził, że pomimo tego, iż rozpoczęcie przez niego prac w ramach zamówienia było poprzedzone wykonaniem pewnego zakresu prac przez inną firmę to faktycznie wykonał cały zakres niezbędnych robót zmierzających do ukończenia inwestycji, o czym – zdaniem odwołującego – świadczy opis przedmiotu zamówienia oraz zakres dokumentów na podstawie, których były wykonywane roboty budowlane.

Podkreślił, iż w ramach każdej z branż wykonywany był projekt zamienny, w tym do projektu budowlano-wykonawczego oraz oświadczył, że zakres prac poprzedniego wykonawcy sprowadzał się jedynie do wykonania „szkieletu" całego budynku i stanowił jedynie mniej niż 10% całości robót budowlanych (wynagrodzenie poprzedniego wykonawcy wynosiło 1,5 mln zł brutto z prawie 17 mln).

Na podstawie powyższego uznał, że jest podmiotem legitymowanym do powoływania się na doświadczenie zdobyte w ramach ww. zamówienia w zakresie w jakim wymagał tego zamawiający w SIWZ i nie zachodzą podstawy do przyjęcia odmiennego stanowiska w tym zakresie.

Podsumował, że zaniechanie przez zamawiającego skierowania wezwania do złożenia wyjaśnień, czy też dodatkowych dokumentów, uniemożliwiło mu skorzystanie z przysługującego mu na podstawie obowiązujących przepisów uprawnienia – wykorzystania procedury wyjaśniającej, celem wykazania, iż przedmiotowa robota spełnia warunek udziału w postępowaniu; zaniechanie zamawiającego w sposób rażący godzi w podstawowe zasady kierujące zamówieniami publicznymi, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Do odwołania załączył:

- wyciąg Projektu budowlany dla ww. inwestycji celem wykazania, iż dla postępowania na podstawie którego realizował inwestycje została przewidziana kubatura potwierdzającą wartość wskazaną w ofercie,
- Projekt budowlany dla ww. inwestycji – rysunki zamienne do projektu budowlanego dla rozbudowy części Miejskiej Szkoły Artystycznej I-go stopnia wraz z salą koncertową potwierdzającą, iż wysokość kubatury przyjęta przez odwołującego w

ofercie była prawidłowa, a odwołujący był zobowiązany do wykonania prawie całości prac
z uwzględnieniem projektów zamiennych wiążących się z częściową rozbiórką obiektu budowlanego,

- Decyzję nr 123/14 zatwierdzającą projekt budowlany i udzielającą zezwolenia na budowę – zatwierdzającą rysunki zamienne,

---

- artykuł prasowy z którego – wedle odwołującego – wynika, iż poprzedni wykonawca wykonał jedynie niewielką część robót budowlanych i inwestor był zadowolony z efektu pracy odwołującego.

W odniesieniu do naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany w uzasadnieniu wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazać okoliczności faktyczne oraz prawne podjętej decyzji.

Zdaniem odwołującego w niniejszym stanie faktycznym uzasadnienie decyzji zamawiającego zdaje się wskazywać, iż zamawiający dokonał oceny jedynie tych informacji, które dają możliwość wysnucia stanowiska, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postepowaniu, tj. informacji otrzymanych od podmiotu, na rzecz którego była wykonywana robota nr 2, pominął natomiast szereg dokumentów dołączonych do pisma odwołującego, tj. karty gwarancyjnej obiektu budowlanego, w którym została wskazana kubatura budynku czy też korekty protokołu z usunięcia usterek.

Stanął na stanowisku, że są to dokumenty, które powstały na rzecz realizacji przedmiotowej inwestycji, a ich moc dowodowa jest niemniejsza niż w przypadku informacji otrzymanych od ww. podmiotu. Zauważył, że żaden przepis nie hierarchizuje informacji, na podstawie których dokonywana jest ocena i badanie ofert wykonawców, który wskazywałby, że otrzymane od Burmistrza Mińska Mazowieckiego informacje posiadają w tym zakresie wyższy prymat.

W ocenie odwołującego z karty gwarancyjnej wynika, iż przedmiotem umowy jest: „Dokończenie realizacji zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa Miejskiej Szkoły Artystycznej I-go stopnia wraz z budową Sali koncertowej w Mińsku Mazowieckim przy ul. Armii Ludowej 23. ”, kubatura budynku to 18.259,29 m^2.

Stwierdził, że z uwagi na istotę ww. dokumentu dla realizacji zadania inwestycyjnego oraz informacji w niej zawartych zamawiający nie powinien mieć żadnych wątpliwości, iż odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, a zakres wykonywanych prac obejmował również prace związane z budową kubatury budynku. Podkreślił, że na podstawie ww. dokumentu przejął na siebie wszelkie ryzyka związane z wadami jakościowymi powstałymi w całym obiekcie, tj. bez wyłączenia części wykonywanej przez poprzedniego wykonawcę.

Przypomniał, że zakres prac poprzedniego wykonawcy sprowadzał się do wykonania wstępnych prac oraz wykonania szkieletu
obiektu, a odwołujący niejako „od nowa”
wykonywał wszystkie prace w każdej z branż.

W ocenie odwołującego z wyciągu z projektu wynika jednoznacznie, że kubatura budynku (projektowanego) wynosiła 16.334,44 m^2, a kubatura całkowita 18.295,29 m^2.

Uzupełnił, że informacje zawarte w wyciągu z projektu budowalno-wykonawczego są kompatybilne z informacjami zawartymi w wykazie usług oraz w karcie gwarancyjnej.

Podsumował, że dokonanie badania i oceny ofert jedynie na podstawie części posiadanych przez zamawiającego danych stanowi naruszenie prawa oraz, że wykonawca jako słabsza strona postępowania w sprawie zamówienia publicznego nie posiada skutecznych instrumentów dających możliwość obrony swoich racji oraz dowodzenia; aprobata działań dawała zamawiającym niczym nieograniczone uprawnienie do manipulowania rozstrzygnięciem przetargu na rzecz określonych podmiotów, godząc tym samym w zasadę
uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący stanął na stanowisku, że zamawiający nadinterpretował informacje uzyskane od Burmistrza Urzędu Miasta Mińsk Mazowiecki, co stanowi naruszenie art. 2 ust.

6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126) w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

W ocenie odwołującego z informacji uzyskanych od Burmistrza Urzędu Miasta Mińsk Mazowiecki nie sposób wywnioskować, iż odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu oraz zamawiający w sposób błędny sformułował treść zapytania skierowanego do ww. podmiotu (Na jakim etapie budowy firma Nafibu S.A. rozpoczęła realizować zadanie inwestycyjne. Innymi słowy czy firma Najibud S.A. uczestniczyła w pracach dotyczących rozbudowy kubatury budynku?).

Odwołujący za aktualne uznał wcześniejszą część uzasadnienia, gdzie wskazał, iż w momencie przystąpienia odwołującego do prac stan zastany obejmował wykonanie szkieletu budynku, a odwołujący wykonał pozostały zakres prac zmierzających do ukończenia inwestycji.

W ocenie odwołującego w niniejszym przypadku ma się bardziej do czynienia z budową w rozumieniu prawa budowlanego, tj. wykonywaniem obiektu budowlanego w określonym miejscu (co wynika z zakresu opisu przedmiotu zamówienia oraz zakresu dokumentów, na podstawie których były wykonywane prace) aniżeli z rozbudową budynku.

Zdaniem odwołującego zamawiający wychodzi z błędnego założenia, iż roboty budowalne mają zawsze jednorodny charakter, tj. polegają na budowie lub rozbudowie lub odbudowie etc., jednak w wielu przypadkach ma się do czynienia z robotami budowalnymi o charakterze mieszanym, gdyż zakres prac przy realizacji jednej inwestycji będzie się ze sobą „zazębiał', wobec czego jednoznaczna ocena czy prace miały charakter budowy czy też rozbudowy będzie niemożliwy.

Podsumował, że skierowanie tendencyjnego pytania, czy odwołujący wykonywał prace związane z rozbudową kubatury zmierzało do uzyskania negatywnej lub niejednoznacznej odpowiedzi, ponieważ rozbudowa, z uwagi na brak ustawowej definicji, może być rozumiana różnorako, a zatem udzielona przez Urząd informacja nie daje miarodajnej oceny stanu faktycznego i nie powinna stanowić przedmiotu rozstrzygnięcia postępowania.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą (naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp) odwołujący stwierdził, że zamawiający, dokonując wykluczenia go z postępowania, a następnie uznając jego ofertę za odrzuconą działał w sposób naruszający ww. przepisy Pzp.

Odwołujący wskazał nadto, iż doświadczenie wskazane w pierwotnym wykazie, tj. robota budowlana „Przebudowa budynku administracyjnego przy ulicy Warszawskiej 39 w Olsztynie na cele hotelowe” spełniała warunek udziału w postępowaniu.

Za nieprawdziwe uznał, co stwierdził zamawiający, że budynek nie posiadał wymaganej kubatury oraz, że odwołujący nie wykazał, że wartość robót nie była mniejsza niż 5 mln zł brutto.

Podniósł, że w wyjaśnieniach z 04.12.2017 r. wskazał, że część dobudowywana nie miała w projekcie podanej odrębnej kubatury, w związku z czym przeprowadził wyliczenia na podstawie dokumentacji i rzeczywistych obmiarów; wskazał, iż nie ma możliwości wskazania jaka była wartość przebudowy i rozbudowy, gdyż rozliczenie robót z zamawiającym było sumowane branżami, a nie w rozbiciu na ww. wartości.

Stanął na stanowisku, że przekazane wraz z wyjaśnieniami dokumenty potwierdzały, iż ocena inwestycji z uwagi na konstrukcyjne i funkcjonalne połączenie wszystkich niezbędnych do wykonania robót uniemożliwiało wyodrębnienie robót, które obejmowały jedynie wykonanie nowych budynków.

Zauważył, że umowa o roboty budowlane analogicznie jak umowa o dzieło jest umową rezultatu, tj. ocenie oraz rozliczeniu podlega finalnie wykonany jej przedmiot – obiekt budowlany.

Stanął na stanowisku, że przyjęcie, iż na potrzeby wykazania się spełnianiem warunku udziału w postępowaniu wykonawca powinien samodzielnie wydzielić część ww. rezultatu, który następnie miałby być poddany ocenie zamawiającego przeczy istocie tego rodzaju umowie.

Oświadczył, że wychodząc naprzeciw oczekiwaniom zamawiającego dokonał próby

samodzielnego wyliczenia kubatury części dobudowywanej budynku, jednak zamawiający

---

uznał, iż wliczenie w metraż kubatury budynku odbudowy kanałów dachu (wentylatora) oraz wentylatora na ścianie było nieuprawnione, a kubatura samego budynku garażu i restauracji nie spełnia samodzielnie określonego warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego w świetle brzmienia warunku z pkt. 9.2.1) SIWZ należy uznać, iż warunek dopuszczał wykazanie się wykonaniem budynku o kubaturze 6.500 m ^{3}, w której zakres wchodzi infrastruktura techniczna, do której ww. elementy niewątpliwie należą.

Uznał, że taka interpretacja wynika z dokumentacji przetargowej postępowania oraz zasady proporcjonalności, która nakazuje określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do opisu przedmiotu zamówienia – w przedmiarze robót zamawiający nie wyszczególnił bowiem robót, które wiążą się stricte z kubaturą budynku, a które obejmują prace związane z jedynie z infrastrukturą techniczną; w SIWZ w pkt 2.1 zamawiający wskazał powierzchnię całkowitą budynku – 1.730,20 m ^{2} oraz jej kubaturę 7.206,74 m ^{3} bez jednoczesnego wskazania, iż odnosi się ona jedynie do parametrów samego budynku.

Na powyższej podstawie stwierdził, że skierowanie przez zamawiającego wezwania do uzupełnienia wykazu było działaniem nadmiarowym.

Oświadczył, że gdyby zaniechał podjęcia działań w ww. zakresie mógł narazić się ze strony zamawiającego na zarzut, że nie wykonał w sposób literalny jego żądania.

Uznał, że ww. robota budowlana już na etapie złożenia pierwotnego wykazu potwierdzała, że odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 22 grudnia 2017 roku, *Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie* (pismo z dnia 29 grudnia 2017 roku), a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Niezasadne wykluczenie odwołującego i w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego oznacza, że stwierdzenie naruszenia w tym zakresie

---

przepisów ustawy Pzp dawałoby odwołującemu szansę na uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu posiadanego doświadczenia wykazywanego w pkt. 2 wykazu robót, pomimo, że okoliczność skierowania do wystawcy referencji zapytania odnośnie aspektów realizacji inwestycji nie zwalnia zamawiającego z obowiązku przeprowadzenia procedury wyjaśniającej z wykonawcą potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 6 grudnia 2017 roku zamawiający skierował do odwołującego, z powołaniem się na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, „Wezwanie *do uzupełnienia dokumentów",* oczekując złożenia wykazu robót budowlanych wg załącznika nr 5 do SIWZ z załączeniem dowodów określających, czy roboty te zostały wykonane należycie, ponieważ z trzech robót budowlanych, które odwołujący ujął w wykazie złożonym wraz z ofertą jedynie jedna (pkt 1 – Budowa Przedszkola w Dziekanowie Leśnym przy ulicy Akinsa) spełnia wymagania zamawiającego określone w pkt. 9.2.1) SIWZ w sytuacji, gdy niezbędnym było wykazanie się wykonaniem co najmniej dwóch robót (opisanych w pkt. 9.2.1) SIWZ)

Odwołujący, do pisma z dnia 7 grudnia 2017 roku załączył nowy wykaz, ujmujący

w pozycji 1 robotę – Budowa Przedszkola w Dziekanowie Leśnym przy ulicy Akinsa, a w pozycji 2 robotę – Przebudowa miejskiej Szkoły Artystycznej wraz z budową Sali koncertowej w Mińsku Mazowieckim przy ul. Armii Ludowej 23" wykonaną na rzecz Miasta Mińsk Mazowiecki.

Pozycja 2 wzbudziła wątpliwości zamawiającego, które – jak wskazał zamawiający w piśmie z dnia 14 grudnia 2017 roku „Informacja *o wykluczeniu wykonawcy i uznaniu oferty za odrzuconą"* oraz w piśmie z dnia 29 grudnia 2017 roku *„Odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2690/17"* – wynikały z tego, że „*Z treści Ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych (numer ogłoszenia: 18452 - 2015; data zamieszczenia: 27.01.2015) wynika, że zamówienie dotyczyło „Dokończenia realizacji zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa miejskiej Szkoły artystycznej wraz z budową sali koncertowej w Mińsku Mazowieckim przy ul. Armii Ludowej 23""* oraz z tego, że „ze *złożonych przez Wykonawcę dokumentów nie wynikło jednoznacznie, że robota została wykonana należycie, w szczególności czy została wykonana zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończona".*

Wątpliwości polegały więc na tym, czy wykazana robota spełnia wymagania określone
w pkt. 9.2.1) SIWZ skoro odwołujący nie realizował przedmiotowej inwestycji od samego początku, a jego udział polegał na dokończeniu zadania inwestycyjnego w Mińsku Mazowieckim.

Zamawiający uznał, że ww. wątpliwości może wyjaśnić jedynie odbiorca usługi, tj. Miasto Mińsk Mazowiecki („*Z uwagi na fakt, iż przedłożone przez Wykonawcę dokumenty budziły wątpliwości, które mógł jedynie wyjaśnić podmiot zlecający wykonanie roboty budowlanej* (…) – str. 9 *Odpowiedzi na odwołanie,* drugi akapit) wobec czego zamawiający, [„Zgodnie *z brzmieniem § 2 ust. 6 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia „Jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie"* (str. 8 Odpowiedzi na odwołanie)], pismem z dnia 11 grudnia 2017 roku zwrócił się do Burmistrza Miasta Mińsk Mazowiecki z prośbą o udzielenie informacji: „na *jakim etapie budowy firma Nafibud S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim rozpoczęła realizować zadanie inwestycyjne pn. „Dokończenia realizacji zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa miejskiej szkoły artystycznej wraz z budową sali koncertowej w Mińsku Mazowieckim przy ul. Armii Ludowej 23". Innymi słowy mówiąc, czy firma Nafibud S.A. uczestniczyła w pracach dotyczących rozbudowy kubatury budynku"* oraz *„czy wykonana przez Wykonawcę NAFIBUD S.A. robota budowlana polegająca na „Przebudowie miejskiej Szkoły Artystycznej wraz z budową Sali koncertowej w Mińsku Mazowieckim przy ul. Armii Ludowej 23" wykonana w terminie od dnia 17.04.2015 r. do dnia 12.08.2016 r. na rzecz Miasta Mińsk Mazowiecki ul. Konstytucji 3 Maja, 05-300 Mińsk Mazowiecki" została wykonana należycie, w szczególności czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone".*

Zamawiający nie zwrócił się do odwołującego o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień w związku z ww. wątpliwościami.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 4 ustawy Pzp „Zamawiający *wzywa (…), w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.".*

Brzmienie zacytowanego artykułu nie pozostawia wątpliwości, że obowiązkiem zamawiającego jest skierowanie do wykonawcy, który złożył oświadczenia lub dokumenty,

---

o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wezwania do złożenia wyjaśnień, w każdym przypadku gdy – co oczywiste – oświadczenia te lub dokumenty z jakichkolwiek względów są dla zamawiającego niejasne – budzą wątpliwości, przy czym brak w przepisie jakichkolwiek innych przesłanek skierowania wezwania (innych niż wątpliwości zamawiającego). Nie sposób zatem zaakceptować prezentowanego przez zamawiającego

stanowiska,
iż „w *przedmiotowej sprawie przesłanki takie nie zaszły"* (str. 5 Protokołu posiedzenia i rozprawy), skoro zamawiający bezsprzecznie powziął wątpliwości w związku z ujętą w nowym wykazie odwołującego robotą budowlaną z pozycji 2.

Gołosłowne, a także sprzeczne z praktyką rynku robót budowlanych (w tym realizowanych w ramach zamówień publicznych) i doświadczeniem życiowym było twierdzenie zamawiającego, że wątpliwości, jakie nasunęły się zamawiającemu nie mogłyby zostać wyjaśnione przez odwołującego z tego względu, iż nie miał wystarczającej wiedzy co do informacji niezbędnych dla rozwiania wątpliwości – wykonawca roboty budowlanej dysponuje nie mniejszą (jeśli nie większą) wiedzą na temat przebiegu realizowanej przez siebie inwestycji.

Zamawiający, kierując do Burmistrza Miasta Mińsk Mazowiecki prośbę o udzielenie informacji co do zakresu robót wykonanych przez odwołującego, mógł i powinien zwrócić się o udzielenie takich informacji także do odwołującego, co nie oznacza, że odbiorca i wykonawca usługi nie mogą różnić się w szczególności oceną jakości wykonania roboty budowlanej. Dostrzeżenia jednak wymaga, że w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego zamawiający nie kwestionował należytego wykonania przez odwołującego roboty budowlanej wykonanej przez odwołującego na rzecz Miasta Miński Mazowiecki (w piśmie Burmistrza Miasta Mińsk Mazowiecki wskazano, że roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego, miasto uzyskało „decyzję *pozwolenia użytkowania obiektu")* – zamawiający nie przytoczył w ogóle tego fragmentu odpowiedzi odbiorcy roboty, które dotyczyło pytania, czy robota została wykonana należycie, nie odniósł się do zdania z pisma Burmistrza Miasta Mińsk Mazowiecki o treści: „Zadanie *inwestycyjne zostało zrealizowane po terminie umownym".*

Wskazać nadto należy, że uprawnienie zamawiającego, polegającego na zwróceniu się do podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane były wykonane o dodatkowe informacje lub dokumenty nie było w ogóle przez odwołującego kwestionowane.

Skład orzekający Izby uznał także, że stanowisko zamawiającego, iż zastosowanie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp doprowadziłoby do kolejnego uzupełnienia dokumentów – „o *czym świadczy fakt załączenia przez odwołującego do odwołania dokumentów związanych z realizacją inwestycji w Mińsku Mazowieckim"* stanowi jedynie założenie

---

zamawiającego, którego trafności obecnie nie można stwierdzić, ponieważ odwołujący nie został wezwany do złożenia wyjaśnień. Skład orzekający Izby podziela przy tym co do zasady stanowisko odwołującego, iż wezwany w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień wykonawca może załączyć do wyjaśnień nowe dokumenty. Odrębną natomiast kwestią jest ocena, czy dokumenty te oznaczałyby zmianę uprzednio podanych informacji, czy oświadczeń.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził – wbrew obowiązkowi nałożonemu na zamawiającego w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający pozbawił odwołującego możliwości wypowiedzenia się w jego własnej sprawie, mającej kluczowe znaczenie dla oceny istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy.

Zarzut przyjęcia jako podstawy decyzji o wykluczeniu odwołującego, a następnie odrzuceniu jego oferty, wybiórczo wyselekcjonowanych informacji z pominięciem danych i dokumentów dołączonych do pisma z dnia 7 grudnia 2017 roku oraz potwierdziły się.

Ustalenia składu orzekającego Izby poczynione w odniesieniu do zarzutu poprzedniego pozostają aktualne.

Skład orzekający Izby ustalił także, że do pisma z dnia 7 grudnia 2017 roku odwołujący, oprócz nowego wykazu robót, załączył:

- wyciąg z „Projektu *budowlano-wykonawczego dla rozbudowy części Miejskiej Szkoły Artystycznej I-go stopnia wraz z sala koncertową na dz. Nr 3940/1 w, str. 12 z 41",*
- „Kartę *gwarancyjną obiektu budowlanego wykonanych robót budowlanych",*
- *„Korektę protokołu z usunięcia usterek i uzupełnienia dokumentacji sporządzonego w dniu 26.08.2016 r",*
- wyliczenia własne odwołującego, jaka wartość robót wykonano na części

dobudowanej.

Przypomnienia wymaga, że zamawiający w „Informacji *o wykluczeniu wykonawcy i uznaniu oferty za odrzuconą",* w odniesieniu do złożonych przez odwołującego dokumentów stwierdził: „(…) *ze złożonych przez Wykonawcę dokumentów nie wynika jednoznacznie, że robota została wykonana należycie, w szczególności czy została wykonana zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończona".*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, których naruszenie odwołujący zarzucił zamawiającemu „Zamawiający *informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:*

---

1) (…),

2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,

3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,

(…)

– podając uzasadnienie faktyczne i prawne."

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że w konsekwencji wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz złożenia przez wykonawcę na takie wezwanie określonych dokumentów zamawiający, który podjął decyzję
o wykluczeniu wykonawcy (i w następstwie odrzuceniu jego oferty) zobligowany jest uzasadnić przyczyny uznania złożonych przez wykonawcę dokumentów za niepozwalające uznać, że wykonawca wykazał spełniania postawionego przez zamawiającego warunku.

Obowiązkiem wezwanego wykonawcy było wykazanie, że spełnia postawiony przez zamawiającego warunek w zakresie doświadczenia. Skoro wykonawca złożył zamawiającemu określone dokumenty, to brak odniesienia się przez zamawiającego w informacji o wykluczeniu do tych dokumentów, które wykonawca złożył w tym przecież celu, aby wykazać spełnienie postawionego warunku – stąd ich kluczowe znaczenie dla oceny doświadczenia wykonawcy – uznać należy za niewywiązanie się przez zamawiającego z obowiązku podania uzasadnienia faktycznego podjętej decyzji.

Fakt, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający skorzystał z prawa uzyskania dodatkowych informacji o robocie budowlanej z pozycji 2 wykazu bezpośrednio od odbiory roboty nie zwalniało zamawiającego z wypełnienia nałożonego nań przepisem art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp obowiązku.

Jednocześnie podjętą przez zamawiającego decyzję o eliminacji odwołującego z udziału w postępowaniu wyłącznie na podstawie wyjaśnień od odbiorcy roboty budowlanej należy uznać, wobec zaniechanie wezwania w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, za wadliwą (o czym szerzej poniżej w odniesieniu do kolejnego zarzutu).

Po wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień (w wykonaniu wyroku Izby) bezwzględnie obowiązkiem zamawiającego będzie (o ile wyjaśnienia zostaną złożone) nie tylko skonfrontowanie wszystkich pozyskanych informacji (pozyskanych tak od odbiorcy, jak i odwołującego), ale także podanie w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu odwołującego „wyniku" tej konfrontacji i przyczyn, dla które z tych informacji „przeważają".

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził – wbrew obowiązkowi nałożonemu na zamawiającego w art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, zamawiający nie podał, adekwatnie do pozyskanych informacji, podstaw faktycznych wykluczenia.

Zarzut błędnego i niezasadnego przyjęcia, że informacja uzyskana od Burmistrza Miasta Mińsk Mazowiecki potwierdza, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz niezasadnego wykluczenia odwołującego z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w sytuacji braku ku temu podstaw natury prawnej oraz faktycznej, potwierdziły się.

Obowiązkiem zamawiającego, o czym była mowa w odniesieniu do zarzutu pierwszego, było wezwanie odwołującego – na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień ze względu na wątpliwości zamawiającego, jakie powziął w odniesieniu do roboty budowlanej realizowanej przez odwołującego na rzecz Mińska Mazowieckiego.

Obowiązek skierowania takiego wezwania oznacza jednocześnie obowiązek uwzględnienia przez zamawiającego w toku badania spełniania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia informacji pozyskanych w wyniku takiego wezwania – stanowisko przeciwne oznaczałoby pozbawienia odwołującego prawa wykazania spełniania warunku w sposób gwarantowany mu przepisami prawa (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp).

Ponieważ zamawiający w toku badania spełniania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia nie pozyskał niezbędnych dla tej oceny informacji od odwołującego, skład orzekający Izby uznał, że decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego była wadliwa – wadliwość decyzji wynika z zaniechania zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Innymi słowy, informacje pozyskane przez zamawiającego nie były wystarczające dla podjęcia decyzji o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Zarzut niezasadnego uznania, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na wykluczenie go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp potwierdził się.

Art. 24 ust. 4 ustawy Pzp brzmi: „Ofertę *wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”* – odrzuceniu oferty wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp stanowi następstwo wykluczenia wykonawcy.

Wobec niezasadnego wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, w konsekwencji za niezasadne uznać należało odrzucenie oferty odwołującego z powołaniem się przez zamawiającego na art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Zarzut przeprowadzenia postępowania w sposób godzący w zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp potwierdził się.

W konsekwencji potwierdzenia się wszystkich podniesionych przez odwołującego zarzutów (i naruszenia ww. przepisów ustawy Pzp) skład orzekający Izby uznał także, że zamawiający uchybił obowiązującym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadom uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, naruszając tym samym art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Dodatkowo skład orzekający Izby, odnosząc się do stanowiska odwołującego (str. 12 i następne odwołania) wskazuje, że pierwotnie złożony przez odwołującego, tj. wraz z ofertą wykaz robót budowlanych został przez odwołującego zastąpiony przez nowy wykaz, wobec czego jedynie nowy wykaz mógł stanowić podstawę oceny doświadczenia odwołującego. W nowym wykazie, złożonym przez odwołującego na wezwanie zamawiającego z dnia 6 grudnia 2017 roku odwołujący ujął jedynie dwie pozycje – pozycję uznaną przez zamawiającego, już w wezwaniu (po wyjaśnieniach z 4 grudnia 2017 roku), za spełniającą wymagania zamawiającego oraz zupełnie nową (Mińsk Mazowiecki), nie sygnalizując w żaden sposób, że pozycja 3 pierwotnego wykazu (Olsztyn) pozostaje aktualna.

Co więcej, odwołujący nie zakwestionował stanowiska zamawiającego, leżącego u podstaw wezwania (gdyby pozycja 3 pierwotnego wykazu, obok pozycji 1, była „prawidłowa” bezcelowe byłoby wzywanie odwołującego do uzupełniania wykazu i składania przez niego jakichkolwiek uzupełnień), iż ze względu na wyliczoną w sposób nieprawidłowy przez odwołującego kubaturę hotelu z pozycji 3 oraz jej wartość robota ta nie spełnia postawionego przez zamawiającego warunku (w części dotyczącej kubatury).

Nie można także pominąć, że „samodzielna kompilacja” przez zamawiającego pozycji z pierwotnego i nowego wykazu nie znajduje umocowania w żadnym przepisie ustawy Pzp i mogłaby budzić wątpliwości z punktu widzenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W toku rozprawy ujawniło się odmienne rozumienie przez strony warunku

określonego przez zamawiającego w pkt. 9.2.1) SIWZ – stanowiska zostały zaprezentowane w związku

---

z oceną odwołującego, że stanowi to istotę sporu. Oceny tej skład orzekający Izby nie podzielił.
Rozpoznanie postawionych przez odwołującego zarzutów nie wymagało badania sposobu rozumienia przez strony warunku z pkt. 9.2.1) SIWZ, o czym świadczy powyższe uzasadnienie wyroku.

Postępowanie przed Izbą nie może zastępować postępowania przed zamawiającym, w ramach którego zamawiający winien wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień (odwołujący je złożyć), a w przypadku ich uzyskania ocenić je i podjąć decyzję, czy odwołujący spełnia warunek w zakresie doświadczenia.

Wobec powyższego Izba w postępowaniu odwoławczym nie może zastępować zamawiającego i podejmować za niego decyzji w tym w szczególności na podstawie zeznań świadków, których powołania domagał się odwołujący, a które nie były przecież zamawiającemu znane.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: ……