

Sygn. akt: KIO 3286/24

## WYROK

Warszawa, 15 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 września 2024 r. przez wykonawcę:

ZabBud Sp. z o.o. Warszawa (KRS 0000672926) ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Skarb Państwa - Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

Most Łódź S.A. Łódź (KRS: 000059612)

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność wezwania odwołującego do złożenia wykazu robót budowlanych z 29 sierpnia 2024 roku;
2. Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża zamawiającego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) wynagrodzenia i wydatków jednego pełnomocnika;
  - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego 23 600 zł 00 gr (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

## Uzasadnienie

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu (ul. Energetyczna 4 53-330 Wrocław) (dalej

zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o

udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa Budynku Sadu Rejonowego w Świdnicy”, Nr postępowania: Z.261.18.2024. (dalej Postępowanie). Przedmiot zamówienia, warunki udziału, kryteria oceny ofert oraz zasady prowadzenia Postępowania określa specyfikacja warunków zamówienia (dalej SWZ).

9 września 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy ZAB-BUD sp. z o.o. Warszawa (ul. Nowosielecka 14a/2 00-466 Warszawa) ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego (dalej odwołujący) od niezgodnych z Ustawą czynności zamawiającego.

Odwołujący wniósł odwołanie od wezwania do złożenia wykazu robót bez podstawy prawnej i faktycznej. Zamawiającego zarzucił naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 20 Pzp wobec wezwania odwołującego do przedstawienia wykazu robót budowlanych potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy odwołujący w oparciu o wcześniej złożony wykaz robót wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia opisanego w rozdziale V ust.2.1. SWZ oraz wobec braku uzasadnienia dla twierdzenia Zamawiającego, że roboty budowlane przedstawione w wykazie robót nie czynią zadość wymogom SWZ.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania odwołującego do złożenia wykazu robót budowlanych z 29 sierpnia 2024 roku i uznania, że wykaz robót złożony 30 lipca 2024 roku potwierdza spełnienie przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia opisanego w rozdziale V ust.2.1. SWZ.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

12 września 2024 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia Mosty Łódź S.A. Łódź (ul. Bratysławska 52 94-112 Łódź) (dalej przystępujący). Przystąpienie zostało złożone w związku przesłaniem wykonawcom przez zamawiającego kopii odwołania i wezwania do przyłączenia się do postępowania odwoławczego 10 września 2024 r. za pośrednictwem

2

platformy zamówieniowej. Izba wobec zachowania terminu i wykazania spełniania przesłanek z art. 525 Ustawy uznała zgłoszenie przystąpienia za skuteczne.

Przystępujący popierał stanowisko zamawiającego.

Strony powoływały się na dokumenty składające się na dokumentację postępowania, w szczególności SWZ, ofertę odwołującego, wykaz robót, protokół odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji obiektu (uproszczony) z 31 sierpnia 2022 r. dotyczący roboty referencyjnej, wezwanie do wyjaśnień w zakresie podmiotowych środków dowodowych, odpowiedź odwołującego z załącznikami oraz wezwanie do złożenia wykazu. Izba pominęła złożone przez odwołującego sporządzone na jego zlecenie opinie prywatne jako zawierające opis niespornego stanu faktycznego i ocenę prawną opiniującego, jako nieprzydatne dla rozstrzygnięcia istoty sporu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy. Izba wyjaśnia w tym zakresie, że wezwanie do złożenia wykazu nie rodziło w stosunku do odwołującego negatywnego skutku w postaci wyłączenia możliwości uzyskania czy ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania. Powyższa okoliczność nie pozbawia wykonawcy interesu w skarżeniu czynności wezwania na etapie oceny oferty jako nieznajdującej oparcia w Ustawie. Ustawa warunkuje legitymację wniesienia środka zaskarżenia posiadaniem interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwością poniesienia szkody. Odwołujący spełnia ten warunek jako wykonawca w rozumieniu art. 7 pkt. 30 Ustawy, a więc, który złożył ofertę. Odwołujący może również ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Ustawy. Wykonawca wezwany do złożenia wykazu usług wobec:

- jednokrotności możliwości złożenia nowego wykazu w zakresie jednej kwestionowanej okoliczności w oparciu o art. 128 ust. 1 Pzp oraz
- treści zarzutu (kwestionującego ocenę zamawiającego roboty referencyjnej wskazanej w pierwotnym wykazie robót jako nie spełniającej warunku określonego SWZ)

może ponieść szkodę w postaci pozbawienia go możliwości pozyskania zamówienia w świetle normy art. 505 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b oraz c w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp tj. konsekwencji odrzucenia oferty wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uwzględniła odwołanie w zakresie braku podstawy wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Izba podzieliła stanowisko odwołującego w zakresie oceny warunku udziału w postępowaniu.

Izba stwierdza, że stan faktyczny w sprawie nie był sporny. Odmienna była interpretacja warunku udziału w postępowaniu i w konsekwencji ocena zachowania zamawiającego polegającego na wezwaniu do uzupełnienia wykazu w świetle charakteru roboty referencyjnej i brzmienia warunku udziału w postępowaniu ustalonego SWZ, w tym również prawidłowości uzasadnienia wezwania.

Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony. Oparła się na dokumentacji postępowania i uwzględniła stanowiska i oświadczenia stron zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba ustaliła, że:

1. zamawiający przewidział warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej oczekując wykazania przez wykonawcę, że „w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie (rozumianej jako wzniesienie, a nie odbudowa, rozbudowa, przebudowa, nadbudowa, lub remont) kompletnego budynku użyteczności publicznej lub budynku zamieszkania zbiorowego lub budynku mieszkalnego wielorodzinnego wraz z instalacjami i

zagospodarowaniem terenu o wartości co najmniej 50 000 000,00 zł brutto, o powierzchni netto budynku minimum 6 000 m<sup>2</sup> oraz posiadającego minimum cztery (4) kondygnacje naziemne i jedną podziemną.”;

2. Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku, zamawiający wymagał przedstawienia wykazu robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie wskazanych wykazem robót

budowlanych;

3. SWZ nie zawiera definicji pojęć użytych w warunku poza sformułowaniem powyżej przytoczonym;
4. Wykonawcy nie zgłaszali pytań do warunku udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła dalej, że;

5. 22 lipca 2024 r. zamawiający wezwał odwołującego do przedstawienia w trybie art.

art. 126 ust. 1 Pzp podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu robót budowlanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu;

6. W odpowiedzi na wezwanie odwołujący 30 lipca 2024 r. przedłożył na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej:

a) wykaz robót budowlanych, w którym wykazał zadanie pn. „Budowa budynku Sądu Rejonowego w Płocku przy ul. Pułku Artylerii Lekkiej 6 (dawnej Strzelecka)” realizowane na rzecz Sądu Okręgowego w Płocku i w kolumnie przedmiot (rodzaj wykonanych robót) wskazał: „Robota budowlana polegająca na budowie (rozumianej jako wzniesienie, a nie odbudowa, rozbudowa, przebudowa, nadbudowa, lub remont) kompletnego budynku użyteczności publicznej lub budynku zamieszkania zbiorowego lub budynku mieszkalnego wielorodzinnego wraz z instalacjami i zagospodarowaniem terenu Nazwa zadania „Budowa budynku Sądu Rejonowego w Płocku przy ul. 8 Pułku Artylerii Lekkiej 6 ( dawnej Strzelecka )” Wartość 56 344 425,96 zł brutto (co najmniej 50 000 000,00 zł brutto) Powierzchnia netto budynku: powyżej 6000 m2 - 8 292 m2 (minimum 6.000 m2) Liczba kondygnacji naziemnych 4 (minimum cztery) Liczba kondygnacji podziemnych 1 (minimum jedna)

b) Protokół odbioru wraz z przekazaniem do użytkowania z 31 sierpnia 2024r., protokół przekazania dokumentacji technicznej budowlanej wraz z dokumentacją powykonawczą z 31 sierpnia 2024 r., Protokół odbioru końcowego z 22 września 2022 r i opis przedmiotu zamówienia, które potwierdziły:

- prawidłowość wykonania roboty referencyjnej przez odwołującego (wykaz i protokoły wraz z opisem przedmiotu zamówienia),

- spełnienie przez objęty robotami obiekt budowlany parametrów warunku SWZ tj. powierzchni i liczby kondygnacji naziemnych i podziemnej i wartości zamówienia (wykaz i protokoły wraz z opisem przedmiotu zamówienia oraz dodatkowo decyzja o pozwoleniu na budowę 395/2015 wraz z decyzją 173/2016 pozwolenie zamienne załączone do wyjaśnień z 22 sierpnia 2024 r. a także wyjaśnienia dyrektora Sądu Okręgowego w Płocku z 27 sierpnia 2024 r. udzielone na wezwanie zamawiającego), - wskazały, że odwołujący w ramach roboty referencyjnej ukończył roboty rozpoczęte przez inny podmiot w zakresie opisanym załączonym opisem przedmiotu zamówienia (opis przedmiotu zamówienia a także wyjaśnienia dyrektora Sądu Okręgowego w Płocku z 27 sierpnia 2024 r. udzielone na wezwanie zamawiającego) oraz, że w ramach zamówienia referencyjnego odbiorem a uprzednio realizacją objęta była dokumentacja powykonawcza odnosząca się do całości robót budowlanych w zakresie całości obiektu (protokół przekazania dokumentacji technicznej budowlanej wraz z dokumentacją powykonawczą z 31 sierpnia 2024 r.) zgodnie z art. 3 pkt 13 ustawy z 7 lipca 1994 r. prawo budowlane (Dz.U.2024.725 t.j. z dnia 2024.05.14) (dalej prawo budowlane);

7. W zw. z wykazaną robotą budowlaną 19 sierpnia 2024 r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień w zakresie podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 4 Pzp: „W związku z wątpliwościami Zamawiającego dotyczącymi złożonych przez Wykonawcę podmiotowych środków dowodowych (w tym wykazu robót oraz referencji) oraz informacji powziętych przez Zamawiającego, proszę o udzielenie informacji czy w ramach tego zadania: 1) wykonaliście Państwo zamówienie dotyczące budowy budynku Sądu Rejonowego w Płocku przy ul. 8 Pułku Artylerii Lekkiej 6 wraz z instalacjami i zagospodarowaniem terenu na kwotę co najmniej 50 000 000,00 zł brutto? 2) wybudowaliście Państwo budynek Sądu Rejonowego w Płocku o powierzchni netto minimum 6.000 m2? 3) wybudowaliście

Państwo cztery kondygnacje naziemne Sądu Rejonowego w Płocku? 4) wybudowaliście Państwo jedną kondygnację podziemną Sądu Rejonowego w Płocku?";

8. Odwołujący w terminie tj. 22 sierpnia 2024 r. udzielił odpowiedzi, wyjaśniając, że wykazane roboty budowlane odpowiadają zakresom wymogom wskazanym w warunku udziału w Postępowaniu: „1) Potwierdzam, że wynagrodzenie Wykonawcy z

6

tytułu realizacji robót budowlanych polegających na budowie budynku Sądu Rejonowego w Płocku wraz z instalacjami i zagospodarowaniem terenu przekraczało kwotę 50 000 000,00 złotych brutto. 2) Zgodnie z protokołem odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji obiektu z dnia 31 sierpnia 2022 roku – przedmiotem odbioru był budynek Sądu Rejonowego w Płocku o powierzchni użytkowej 8 292,34 m2, w związku z czym potwierdzam, że powierzchnia netto budynku zrealizowanego w ramach tej inwestycji przekracza 6 000,00 m2.

Pytania 3 i 4 w ocenie Wykonawcy zostały sformułowane w sposób nieprawidłowy. Warunek udziału w postępowaniu zawarty w dziale V pkt 2.1. SWZ określa parametry budynku, który miał być przedmiotem robót budowlanych. Z warunku

nie wynika, że wszystkie prace w tym zakresie miały być wykonane bezpośrednio przez samego Wykonawcę. Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, wszelkie wątpliwości dotyczące SWZ należy interpretować na korzyść wykonawcy 1. Dla uniknięcia wątpliwości wskazuję jednak, że przedmiotem robót budowlanych realizowanych na rzecz Sądu Okręgowego w Płocku była „Budowa budynku dla Sądu Rejonowego w Płocku, ul. 8 Pułku Artylerii Lekkiej (dawniej ul. Strzelecka)”. Zamawiający Sąd Okręgowy w Płocku w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do pisma) wskazał, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie kompleksowych robót budowlanych (podkreślenie własne) wraz z dostawą materiałów i urządzeń, których rezultatem będzie zrealizowanie zadania inwestycyjnego. W dalszej części opisu przedmiotu zamówienia Sąd Okręgowy wskazał zakres prac, jakie Wykonawca zobowiązany był wykonać. Analiza zakresu robót budowlanych potwierdza, że przedmiotem zamówienia była budowa budynku Sądu Rejonowego (podkreślenie własne), co oznacza, że Wykonawca wykonał wszystkie rodzaje robót budowlanych. Robót budowlanych będących przedmiotem tego zamówienia nie można uznać za odbudowę, rozbudowę, przebudowę, nadbudowę, lub remont w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku – Prawo budowlane. Po pierwsze wskazać należy, że zamawiający Sąd Okręgowy w Płocku zakwalifikował przedmiotowe roboty budowlane jako budowę ze względu na fakt, że budynek Sądu Rejonowego w wyniku prac Wykonawcy dopiero powstał po zakończeniu przez Wykonawcę prac 2. Po drugie podstawą realizacji prac było pozwolenie na budowę z dnia 7 sierpnia 2015 roku – decyzja nr 392/2015 (załącznik nr 2 do pisma), z którego również wynika, że 7

przedmiotem zatwierdzenia przez organ administracyjny była budowa budynku Sądu. Po zakończeniu robót budowlanych Wykonawca sporządził dokumentację powykonawczą dla całego budynku, uzyskał prawomocną decyzję administracyjną – pozwolenie na użytkowanie oraz udzielił gwarancji na cały budynek (4 kondygnacje naziemne i 1 kondygnację podziemną). Roboty budowlane dla tej inwestycji zostały co prawda rozpoczęte przez podmiot trzeci, jednak podmiot ten wykonał nie więcej niż 10-15% całego zakresu prac, przy czym prace te dotyczyły częściowego wykonania elementów konstrukcyjnych. Nie można też pomijać faktu, że przejęcie placu budowy i dokończenie prac rozpoczętych przez inny podmiot jest dużo bardziej skomplikowanym i wymagającym przedsięwzięciem, aniżeli wykonanie wszystkich prac”;

9. Zamawiający uznając wyjaśnienia za niewystarczające 29 sierpnia 2024 r. przesłał odwołującemu w trybie art. 128 ust. 1 Pzp wezwanie: „wzywa do uzupełnienia: wykazu robót wykonanych w okresie ostatnich 8 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy 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 – wzór stanowił Załącznik nr 8 do SWZ.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 22 lipca br. dotyczące wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wykazaliście Państwo realizację Budowy budynku Sądu Rejonowego w Płocku przy ul. 8 Pułku Artylerii Lekkiej 6 ( dawniej Strzelecka ). W związku z nieuznaniem przez Zamawiającego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazanego doświadczenia, wzywam jak na wstępie.”

Dalej izba ustaliła, że w ramach wykazanej roboty odwołujący:

10. Zrealizował robotę budowlaną polegającą na ukończeniu prac rozpoczętych przez innego wykonawcę obejmujących wzniesienie spełniającego kryteria warunku SWZ i 8

stanowiącego obiekt budowlany budynku wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych w rozumieniu prawa budowlanego (art. 3 pkt 1), przy czym wykonane przez odwołującego roboty nie obejmowały robót ogólnobudowlanych zrealizowanych przez pierwotnego wykonawcę obejmujących; „7.1. roboty ogólnobudowlane:

segment 7.1 - ściany żelbetowe wykonane do i na poziomie 2 piętra + stropy do i nad 2 piętrem; wykonano część zbrojenia ścian 3 piętra; dach nierozpoczęty,

segment 7.2 - ściany żelbetowe wykonane do i na poziomie 3 piętra + stropy do 2 piętra; ułożono płyty stropowe Filigran nad 3 piętrem ( dach), ale strop nie zazbrojony i niezabetonowany,

segment 7.4 - ściany żelbetowe wykonane do i na poziomie 2 piętra + stropy do i nad 2 piętrem; wykonano w żelbecie ściany środkowe korytarzowe, część ścian wykonana w zbrojeniu; dach nierozpoczęty,

segment 7.3 - ściany żelbetowe wykonane do i na poziomie 1 piętra + stropy do i nad 1 piętrem.

roboty murowe-ściany z pustaków gazobetonowych i bloków siilkatowych: w podpiwniczeniu 100%, na parterze oraz I i II piętrze częściowo pomurwane,

część podziemna wykonana w całości w żelbecie. Pozostawiony otwór w stropach do wprowadzenia agregatów wody lodowej. Budynek zaizolowany przeciwwodnie w całości, izolacja termiczna do poziomu okładzin elewacyjnych podpiwniczenia.

roboty sanitarne: zewnętrzne roboty sanitarne (kanalizacja sanitarna, kanalizacja deszczowa i wodociąg) wykonane w ok. 80%, niezakończone. Kanalizacja deszczowa wpięta do sieci w ul. 8 Pułku Artylerii Lekkiej zaś wodociąg wpięty do sieci

w ul. Strzeleckiej. Kanalizacja sanitarna zakończona studnią na terenie budowy. Sieć sanitarna w ul. Strzeleckiej zostanie wybudowana przez firmę Wodociągi Płockie.

sieć ciepłownicza: na podstawie umowy zawartej w 2015r. pomiędzy Sądem Okręgowym w Płocku i Fortum Płock Sp. z o.o. wykonano docelowe przyłącze ciepłne do budynku.

energia (zasilanie placu budowy): zgodnie z wydanymi nowymi warunkami technicznymi energia elektryczna dla potrzeb budowy jest doprowadzona z nowej, docelowej stacji transformatorowej powstałej na terenie nowego Sądu.

9

W dniu 08.06.2018r. zgodnie z zawartą umową z dn. 16.03.2018r. pomiędzy Sądem Okręgowym w Płocku i ENERGA-OPERATOR SA, dokonano odbioru technicznego docelowego przyłącza do budynku Sądu.

Cały teren budowy został ogrodzony ogrodzeniem pełnym panelowym od strony ul. Strzeleckiej i 8 Pułku Artylerii Lekkiej, w pozostałej części ogrodzeniem ażurowym. W części pozostawiono istniejące ogrodzenie sąsiadujących obiektów. Jedyne wejście do budynku z poziomu gruntu zamknięto bramką zamykaną na kłódkę. Klatka schodowa obarierowana. Wejście do poszczególnych korytarzy z tej klatki schodowej jest zamknięte, opisane tablicami z zakazem wejścia. Otwory szybów windowych obarierowane, podobnie dostęp do otworów w stropach.

Wszystkie zewnętrzne otwory okienne zabezpieczone. Wejście do pozostałych klatek schodowych jest z poziomu gruntu zamknięte, od strony budynku odgrodzone."

Izba stwierdza, że zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp: Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Dla aktualizacji obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych konieczne jest zaistnienie sytuacji, w której pierwotnie złożone środki nie potwierdzają spełnienia określonego warunku.

Ta okoliczność w ocenie izby nie miała miejsca.

Zgodnie z art. 116 ust. 1 Ustawy: W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości (...). Zgodnie z art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 37 ust. 1 w zw. z art. 83 Ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny.

Stąd zamawiający zamówienia udziela wykonawcy spełniającemu warunki udziału w postępowaniu a opis warunków udziału dokonywany jest przez zamawiającego po dokonaniu analizy potrzeb i wymagań z uwzględnieniem rodzaju i wartości zamówienia, w taki sposób aby zapewnić realizację zamówienia przez wykonawców zdolnych do jego wykonania. Czynności przygotowawcze realizowane są przez zamawiającego na podstawie Ustawy a treść SWZ formułowana winna być w sposób jednoznaczny.

Izba stwierdziła, że wykazana robota spełnia warunek w brzmieniu nadanym SWZ, również z uwzględnieniem bezspornej okoliczności realizacji przez odwołującego jedynie części zakresu prac, do jakich wykonania zobowiązany był inwestor zgodnie z pozwoleniem na budowę i projektem budowlanym i jakie realnie wykonane zostały w ramach budowy obiektu budowlanego.

Izba stwierdziła, że wymagane warunkiem doświadczenie powinno pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia. Jednak o ostatecznym zakresie warunku decyduje zamawiający kształtując jego brzmienie. Podejmuje on decyzje, jakiego rodzaju robota jest konieczna i jednocześnie wystarczająca, w jego ocenie, dla zapewnienia doświadczenia w realizacji robót. Brak jest tutaj ustawowego nakazu kształtowania roboty referencyjnej tak by obejmowała wszystkie lub każdego rodzaju roboty, jakie objęte są przedmiotem zamówienia. Zgodnie z art. 65 kodeksu cywilnego znajdującym zastosowanie w zw. z art. 8 Pzp treść warunku wykladać należy zgodnie z § 1. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Izba dokonując wykładni postanowienia kieruje się ogólnymi dyrektywami wykładni odnoszącymi się do jednostronnych oświadczeń woli. Przy czym w sytuacji gdy oświadczenie jest jednoznaczne nie ma podstawy by dokonywać jego interpretacji odwołując się do innego niż wynikające z językowego lub prawnego znaczenia pojęć.

Izba wskazuje, że wykładnia kontestowanej treści SWZ dokonywana winna być w świetle przedmiotu zamówienia, którego analiza poprzedza ustalenie treści warunku udziału w postępowaniu. Jednak żadne z zapisów SWZ ani Ustawy odnoszące się do warunku nie uzasadniają założenia zamawiającego, że jedynie wykonanie całości prac odnoszących się do referencyjnego obiektu budowlanego stanowi o wypełnieniu warunku – nabyciu doświadczenia niezbędnego i wystarczającego do wykonania przedmiotu zamówienia w Postępowaniu. Zamawiający nie wskazał takiego oczekiwania

w SWZ. Nie stanowi 11

jednoznacznego wyrazu takiego żądania dodanie terminu „wzniesienie” i „kompletnego” budynku wraz z instalacjami i zagospodarowaniem terenu i dalej opisanie wymaganych parametrów. Zakres robót budowlanych, jakie zgodnie z warunkiem stanowią robotę referencyjną zamawiający ustalił bowiem wyłącznie wyłączając z pojęcia budowy budynku określonego rodzaju roboty budowlane i remont.

Izba przyjęła, za stronami i uczestnikiem rozumienie pojęć warunku udziału w postępowaniu odpowiadające określonym na gruncie prawa budowlanego. Co do znaczenia tych pojęć nie było sporu. Prawidłowa jest ocena brzmienia warunku i zgodne z nim założenie stron i uczestnika, że definicja budowy ustalona SWZ ma charakter negatywnej w tym znaczeniu, że robotą referencyjną jest taka, która będąc budową nie jest jednocześnie odbudową, rozbudową, przebudową, nadbudową lub remontem w rozumieniu prawa budowlanego.

Nie sporne i w ocenie izby prawidłowe, było założenie, że robota wskazana w wykazie jest objęta hipotezą warunku. Jest bowiem budową budynku w rozumieniu art. 3 pkt 6) - polegała na wykonywaniu obiektu budowlanego (budynek wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesionego z użyciem wyrobów budowlanych - art. 3 pkt 1) w określonym miejscu i nie stanowiła jednocześnie odbudowy, rozbudowy, nadbudowy obiektu budowlanego ani nie była remontem w rozumieniu prawa budowlanego i dotyczyła obiektu budowlanego spełniającego parametry warunku.

Jednocześnie, w ocenie izby, dopuszczalne było założenie, że referencyjną robotą budowlaną w świetle SWZ jest także wykonanie części robót budowlanych polegających na wykonaniu obiektu budowlanego (budynek wraz z instalacjami a tutaj dodatkowo z zagospodarowaniem terenu) w zakresie w jakim zrealizował je odwołujący – tj. dokończenie budowy obiektu budowlanego przez wykonawcę, który zastąpił dotychczasowego. Warunek nie pozwala bowiem na jednoznaczne wyinterpretowanie, że referencyjną robotą budowlaną jest wyłącznie bezpośrednie wykonanie przez wykonawcę wszystkich robót budowlanych niezbędnych do wykonania kompletnego budynku, w tym w szczególności wykonania części robót, które w tym przypadku zrealizowane zostały przez pierwotnego wykonawcę roboty referencyjnej. Przeciw ograniczającej zakres referencyjnych robót budowlanych interpretacją przemawia nie tylko brzmienie warunku, ale także przedmiot zamówienia. Nie jest oczywiste, że dla wykonania obiektu budowlanego wraz z zagospodarowaniem terenu w ramach Postępowania niezbędne jest dla wykazania doświadczenia w realizacji robót budowlanych 12

objmujących wykonanie całości robót przy realizacji każdej z podziemnych i naziemnych kondygnacji budynku spełniającego parametry określone warunkiem. Stąd uprawnione było założenie przez wykonawcę, że, wobec brzmienia warunku, doświadczenie posiadane przez niego spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego uznając, że robota z wykazu potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Stąd brak było podstaw do wezwania wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do złożenia wykazu.

Wobec powyższego izba orzekła jak w sentencji wyroku na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku w oparciu o art. 575 i art. 574 Ustawy oraz § 7 ust. 1 pkt. 1 zw. z § 5 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca : .....