Sygn. akt: KIO 862/24

WYROK

Warszawa, dnia 3 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu18 marca 2024 r. przez wykonawcę **INVEST HOUSE PLUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa siedzibą w Koziegłowach** w postępowaniu prowadzonym przez **Nadodrzański Oddział Straży Granicznej z siedzibą w Krośnie Odrzańskim**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania Odwołującego z dnia 11 marca 2024 r. na podstawie art. 128 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia wykazu wykonanych robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie.**

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Zamawiającego** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Odwołującego**, tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **14 363 zł 60 gr (słownie: czternaście tysięcy trzysta sześćdziesiąt trzy złote sześćdziesiąt groszy)** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie
10 000 zł, wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł oraz kosztów dojazdu na posiedzenie w kwocie 763,60 zł

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:……

Sygn. akt KIO 862/24

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

Nadodrzański Oddział Straży Granicznej z siedzibą w Krośnie Odrzańskim, dalej „Zamawiający", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. *Budowa sześciostanowiskowego budynku garażowego w Placówce Straży Granicznej w m. Gorzów Wlkp. w ramach zadania inwestycyjnego pn. Budowa garaży i przebudowa części PSG w m. Gorzów Wlkp.*Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 lutego 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00090641.

W dniu 18 marca 2024 r. wykonawca INVEST HOUSE PLUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółk komandytowa z siedzibą w Koziegłowach, dalej „Odwołujący", wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez wystosowanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu zrealizowanych robót budowlanych oraz dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie, w sytuacji gdy złożony przez Odwołującego wykaz robót wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z treścią SWZ i załącznika nr 7 do SWZ, ewentualnie

2. art. 128 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wątpliwości co do ich treści powstały.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wezwania z art. 128 ust.1 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu wykonanych robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie; przeprowadzenia oceny spełniania warunku na podstawie przedłożonych dnia

7 marca 2024 r. podmiotowych środków dowodowych, mając na uwadze literalne brzmienie warunku zdolności technicznej i zawodowej odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy; ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp odnośnie do zakresu robót wskazanych w wykazie.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Pismem z dnia 29 marca 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

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

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności: specyfikację warunków zamówienia, ofertę Odwołującego, podmiotowe środki dowodowe złożone przez Odwołującego w dniu 7 marca 2024 r., wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z dnia 11 marca 2024 r. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych i wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 2 kwietnia 2024 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez wystosowanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu zrealizowanych robót budowlanych oraz dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie, w sytuacji gdy złożony przez Odwołującego wykaz robót wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z treścią SWZ.

Odwołujący podnosił, że w świetle definicji zawartej w warunku udziału w postępowaniu, wszystkie trzy roboty budowlane wskazane przez Odwołującego spełniają wymaganie Zamawiającego i nie jest zasadnym wzywanie do uzupełnienia dokumentów, bowiem wszystkie wskazane warunek spełniają.

Skład orzekający podzielił powyższe stanowisko Odwołującego, uznając że Zamawiający w sposób nieuprawniony wezwał wykonawcę do uzupełnienia wykazu wykonanych robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest budowa sześciostanowiskowego budynku garażowego w Placówce Straży Granicznej w m. Gorzów Wlkp. w ramach zadania inwestycyjnego „Budowa garaży i przebudowa części PSG w m. Gorzów Wlkp.”.

Zgodnie z rozdziałem VII pkt 1 ppkt 1) lit a) SWZ *W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonał co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane polegające na budowie budynku użyteczności publicznej o kubaturze co najmniej 1000 m^3 i wartości nie mniejszej niż 1 500 000,00 złotych brutto (słownie: jeden milion pięćset tysięcy złotych brutto 00/100) każda (przy czym przez jedną robotę budowlaną rozumieć należy roboty wykonane na podstawie jednej umowy). Wykonawca nie może sumować robót budowlanych o mniejszej wartości celem spełnienia wymaganego warunku przez Zamawiającego.*

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ww. warunek musi spełniać co najmniej jeden z Wykonawców w całości. W przypadku powołania się przez Wykonawcę na zasoby innych podmiotów ww. warunek musi spełniać co najmniej jeden z podmiotów w całości.

Ilekroć w opisie warunków udziału w postępowaniu wymienionych w pkt 1 ppkt 1) lit. a) jest mowa o (zgodnie z ustawą Prawo budowlane - tj. Dz. U. z 2023 r., poz. 682 ze zm.):

- *budynku - należy przez to rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach*
- *robocie budowlanej - należy przez to rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego*
- *budowie - należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego.*

Stosownie do pkt 2 rozdziału IX SWZ *w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale VII pkt 1. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, działając na podstawie art. 274 ust. 1 PZP wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych:*

a) 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 dowodów określających, czy wskazane przez Wykonawcę roboty budowlane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia zostały wykonane należycie. Przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty.

Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych wykonanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz o którym mowa wyżej dotyczy robót budowlanych, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.

Okres wyrażony w latach, o którym mowa wyżej, liczy się wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert.

Izba ustaliła, że Zamawiający wezwał Odwołującego, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. m.in. 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 dowodów określających, czy wskazane przez wykonawcę roboty budowlane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia zostały wykonane należycie.

Odwołujący w dniu 7 marca 2024 r. przedłożył Zamawiającemu podmiotowe środki dowodowe, w tym wykaz robót budowlanych oraz referencje.

Pierwsza wykazana robota budowlana dotyczy przebudowy i modernizacji budynku koszarowego nr 5 w Śremie, o kubaturze 22.500,00 m^3. Robota budowlana została zrealizowana w terminie od 21.08.2020 r. do 26.07.2022 r. na rzecz Wojskowego Zarządu Infrastruktury w Poznaniu. Wartość wykonanych robót wynosi 20 255 235,17 zł. Wraz z wykazem wykonanych robót budowlanych, złożone zostało również poświadczenie wystawione przez Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu, w którym wskazano, jaki rodzaj prac był wykonywany podczas realizacji zawartej umowy. Podmiot wystawiający poświadczenie wskazał, że Odwołujący w ramach zawartej umowy wykonał m.in. 1) roboty rozbiórkowe, 2) Przyłącze kanalizacji sanitarnej i deszczowej, 3) Przyłącze elektroenergetyczne i telekomunikacyjne, 4) Roboty fundamentowe, 5) Roboty ogólnobudowlane, 6) Roboty wykończeniowe, 7) instalacje wodociągowe, kanalizacji sanitarnej, c.o., wentylacji, elektryczne, 8) Instalacje teletechniczne SSWiN, SKD, CCTV, SSP, 9) wyposażanie kwaterunkowe. Dodatkowo Wykonawca załączył dokumenty dot. zagospodarowania terenu, z których można uzyskać informację dotyczące terenu na którym prowadzone były roboty budowalne a także parametry techniczne obiektu objętego przedmiotowymi robotami. Z załączonych dowodów wynika, iż wykonane roboty budowlane zostały wykonane w sposób należyty.

Druga wykazana robota budowlana dotyczy przebudowy budynku nr 6 w Powidzu, o kubaturze 4.073,44 m^3. Przebudowa została zrealizowana w terminie od 01.09.2020 r. do 28.09.2021 r. na rzecz Wojskowego Zarządu Infrastruktury w Poznaniu. Wartość wykonanych robót wyniosła 10 520 792,61 zł. Wraz z wykazem wykonanych robót budowlanych, złożone zostało również poświadczenie wystawione przez Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu, w którym wskazano, ze przedmiotowe roboty zostały wykonane przez Konsorcjum firm: Odwołującego (Lider) oraz ASD Sp. z o.o. (Partner). Przedłożone poświadczenie zawiera informacje dotyczące terminu realizacji przedmiotowego zadania, kubaturę obiektu oraz całkowitą wartość zamówienia. Podmiot wystawiający poświadczenie wyszczególnił, że wykonawca w ramach zawartej umowy wykonał m. in. 1) Roboty ogólnobudowlane w zakresie a) rozbiórki części

budynku, b) rozbiórki elementów zewnętrznych tj: drogi, chodniki, opaski, 2) Roboty elektryczne w zakresie a) wykonania nowej linii zasilającej, wewnętrznych instalacji, gwiazd wtykowych, ogólnych i komputerowych, oświetlenia ogólnego, awaryjnego i ewakuacyjnego, b) montażu awaryjnego źródła zasilania – agregat prądotwórczy. 3) Roboty instalacyjne teletechniczne w zakresie a) wykonania okablowania strukturalnego, b) wykonania instalacji SSP, SSWIN, TSN, KD, 4) Roboty sanitarne w zakresie a) instalacji CO, wody zimnej i ciepłej oraz ppoż, b) kanalizacji sanitarnej, c) instalacji wentylacji grawitacyjnej, mechanicznej oraz instalacji klimatyzacji, 5) Infrastruktura zewnętrzna w zakresie a) wykonania przyłącza instalacji kanalizacji sanitarnej i deszczowej, b) budowy ogrodzenia oraz oświetlenia zewnętrznego, c) budowy dróg, parkingów oraz chodników. Podmiot wystawiający poświadczenie potwierdził, że przedmiotowe roboty zostały wykonane w sposób należyty zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Trzecia wykazana robota budowlana dotyczy modernizacji budynku biurowego nr 16 Poznań WŻW o kubaturze 13.015,00m^3. Zadanie zostało zrealizowane w terminie od 24.10.2019 r. do 31.03.2022 r. na rzecz Wojskowego Zarządu Infrastruktury w Poznaniu. Wartość całkowita zamówienia wyniosła 19 104 559,41 zł. Wraz z wykazem wykonanych robót budowlanych, złożone zostało poświadczenie wystawione przez Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu, w którym wyszczególniono, że w ramach zawartej umowy wykonawca wykonał m.in. 1) Roboty rozbiórkowe, 2) Roboty konstrukcyjne, 3) Roboty elewacyjne, 4) Roboty dekarskie, 5) Roboty murarskie, 6) Roboty tynkarskie, posadzki, 7) Wymiana stolarki okiennej i drzwiowej, 8) Roboty wykończeniowe, 9) Wyposażenie obiektu w sprzęt kwaterunkowy, 10) Roboty instalacyjne w zakresie wentylacji, klimatyzacji, c.o., wody i kanalizacji, 11) Roboty elektryczne w zakresie modernizacji instalacji w budynku oraz wykonanie przyłącza do budynku, 12) Roboty teletechniczne w zakresie budowy systemu bezpieczeństwa, SSWiN, SKD, TSN, SSP. Wskazano również że wymieniony powyżej zakres prac prowadzony był w budynku zabytkowym na podstawie projektu konserwatorskiego. Podmiot wystawiający poświadczenie potwierdził, że przedmiotowe roboty zostały wykonane w sposób należyty zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 11 marca 2024 r., wezwał Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu wykonanych robót budowlanych oraz wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Zamawiający w wezwaniu podnosił, *że z przedłożonego wykazu nie wynika zgodnie z SWZ, że zakres wykonanych robót budowlanych wskazanych przez Wykonawcę w wykazie wykonanych robót budowlanych odnosi się do warunku udziału w postępowaniu (…) wykonawca poprzez zawarcie w wykazie (…) informacji nie odnoszących się do warunku udziału w postępowaniu dotyczących zakresu przedmiotu (rodzaju) wykonanych robót budowlanych wskazanych w wykazie powoduje, że Zamawiający nie może uznać warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, w odniesieniu do doświadczenia za spełniony (…).*

Odwołujący w odpowiedzi na powyższe przedłożył Zamawiającemu nowy wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego. W zakresie wezwanie do uzupełnienia wykazu robót budowlanych Odwołujący odmówił uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wskazując, że wezwanie i zawężenie warunków wyłącznie do budowy jest nieuzasadnione i sprzeczne z postanowieniami Zamawiającego.

Stosownie do art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp 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. 128 ust. 1 ustawy 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.

Na zamawiającym ciąży więc obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów w trzech sytuacjach: gdy dokumenty nie zostały złożone, gdy nie są one kompletne, czyli nie zawierają wszystkich wymaganych informacji lub gdy zawierają błędy. Zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy do złożenia brakujących dokumentów, a także uzupełnienia lub poprawienia dokumentów złożonych fizycznie, lecz nieodpowiadających wymaganiom określonym przez zamawiającego zarówno co do treści, jak i formy.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia m.in. wykazu wykonanych robót podnosząc, że *wykonawca poprzez zawarcie w Wykazie wykonanych robot budowlanych (załącznik nr 7 do SWZ) informacji nie odnoszących się do warunku udziału w postępowaniu dotyczących zakresu przedmiotu (rodzaju) wykonanych robót budowlanych wskazanych w wykazie powoduje, że Zamawiający nie możne uznać warunku udziału w*

postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do doświadczenia za spełniony, w związku z czym zachodzi konieczność uzupełnienia Wykazu wykonanych robót budowlanych (załącznik nr 7 do SWZ) poprzez prawidłowe wskazanie informacji potwierdzających spełnienie warunku udziału w postepowaniu przez Wykonawcę wraz z załączeniem dowodów określających, że wskazane przez Wykonawcę roboty budowlane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia zostały wykonane należycie.

Odwołujący z powyższym wezwaniem nie zgodził się.

Istota sporu sprowadzała się do ustalenia czy Zamawiający wymagał jedynie doświadczenia w budowie budynku, czyli wykonania obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowie, rozbudowie i nadbudowie obiektu budowlanego, czy też dopuścił prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego.

Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykonał co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane polegające na budowie budynku użyteczności publicznej (…). Jednocześnie wprowadził definicję budynku, roboty budowlanej i budowy, wskazując:

Ilekroć w opisie warunków udziału w postępowaniu wymienionych w pkt 1. ppkt 1) lit. a) jest mowa o (zgodnie z ustawą Prawo budowlane - tj. Dz. U. z 2023 r., poz. 682 ze zm.):

➢ *budynku - należy przez to rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach;*

➢ *robocie budowlanej - należy przez to rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego;*

➢ *budowie - należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego.*

Zatem, z jednej strony Zamawiający wymagał doświadczenia w zakresie budowy budynku, czyli doświadczenia w wykonywaniu obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także dopuszczał odbudowę, rozbudowę lub nadbudowę obiektu budowlanego. Z drugiej zaś strony Zamawiający żądał wykazania się robotami budowlanymi, przez które należało rozumieć nie tylko budowę, lecz także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego.

Zamawiający, zgodnie z przyjętymi definicjami winien uznać więc zarówno budowę (a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego), jak również prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce. Zgodzić należy się z Odwołującym, że Zamawiający wprowadzając definicje pojęć używanych w opisie warunku udziału w postepowaniu, dopuścił nie tylko prace dotyczące odbudowy, rozbudowy, nadbudowy, lecz także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego.

Izba wskazuje, że wszelkie wątpliwości postanowień SWZ, czy niejasności, które mogą odnosić się do złożonych w postępowaniu ofert, winny być rozstrzygane przy zastosowaniu interpretacji korzystnych dla wykonawców. Zamawiający nie może na etapie badania i oceny ofert zaostrzyć wymagań, a wszelkie nieprecyzyjne postanowienia SWZ nie mogą wywoływać negatywnych skutków wobec podmiotów uczestniczących w przetargu.

Jak podnosi Izba w wyroku z dnia 21 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 26/11, wszelkie nieprecyzyjności zawarte w specyfikacji nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców. Stanowisko to jest ugruntowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO 1096/10, gdzie wskazano, że *Aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji niezgodność ta musi dotyczyć jedynie tych postanowień specyfikacji, które są jasne i klarowne, a niezgodność jest oczywista. Wszelkie wątpliwości interpretacyjne postanowień specyfikacji muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy*.

Zatem, uwzględniając, że wykonawcy mieli prawo przyjąć odmienną od tej prezentowanej przez Zamawiającego wykładnię, obowiązkiem Zamawiającego było zaakceptowanie wykładni odmiennej od własnej, a zgodnej z zamysłem Odwołującego, tj. w myśl zasady *in dubio contra proferentem*. Potwierdza to Izba np. w wyroku z dnia 16 lipca 2019 r., sygn. akt 1155/19, podnosząc że *Zgodnie z łacińską paremią in dubio contra proferentem wszelkie wątpliwości należy rozstrzygać przeciw stronie, która opracowywała treść dokumentu, czyli nie w pełni klarowne postanowienia opracowanej przez zamawiającego SIWZ (a w tym OPZ) należy interpretować na korzyść wykonawcy*.

Reasumując, Izba uznała, że złożony przez Odwołującego wykaz robót wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z treścią SWZ, a wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu zrealizowanych robót budowlanych, było bezzasadne.

Dalej, Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp nie podlegał rozpoznaniu z uwagi na fakt, że został podniesiony jako zarzut ewentualny.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku
na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący:……