

WYROK

z dnia 4 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2018 r. przez wykonawcę KOPEXIM Sp. z o.o., ul. Stanisławowska 47, 54-611 Wrocław,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Pielgrzymka, 59-524 Pielgrzymka 109A/1,

przy udziale wykonawcy Polmat Budownictwo Sp. z o.o., Rakowice Małe 17c, 59-600 Lwówek Śląski, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy KOPEXIM Sp. z o.o., ul. Stanisławowska 47, 54-611 Wrocław, z postępowania oraz wezwanie go na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) do uzupełnienia wykazu robót budowlanych o robotę odpowiadającą wymogom zawartym w warunku doświadczenia.

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Pielgrzymka, 59-524 Pielgrzymka 109A/1, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę KOPEXIM Sp. z o.o., ul. Stanisławowska 47, 54-611 Wrocław, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: Gminy Pielgrzymka, 59-524 Pielgrzymka 109A/1, na rzecz odwołującego KOPEXIM Sp. z o.o., ul. Stanisławowska 47, 54-611 Wrocław, kwotę 13 600 zł 00 gr (trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztu uiszczanego wpisu od odwołania oraz zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., 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 Legnicy.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 508/18

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Pielgrzymka, 59-524 Pielgrzymka 109A/1, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa zrównoważonej ścieżki rowerowej na odcinku do 14 km na terenie Gminy Pielgrzymka typu single track”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 lutego 2018 r., nr 516355-N-2018. Ofertę w postępowaniu złożył m.in. wykonawca KOPEXIM Sp. z o.o., ul. Stanisławowska 47, 54-611 Wrocław (dalej: „Kopexim” lub „odwołujący”). Pismem z dnia 13 marca 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu wykonawcy Kopexim z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W dniu 19 marca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Kopexim, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak szczegółowego sformułowania warunków udziału w postępowaniu, czym naruszono zasadę uczciwej konkurencji,
- 2) art. 22d ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że przepis ten stanowi normę o charakterze ius cogens nakładającą na zamawiającego bezwzględny obowiązek weryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności czy doświadczenia,
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W szczególności odwołujący podniósł, że „wybudował drogę, zgodnie z definicją zawartą w Ustawie z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2222 z późn. zm.) oraz Ustawie z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1260 z późn. zm.). Zamawiający w Dziale V ust. 1 pkt 2 lit c SIWZ nie scharakteryzował rodzaju drogi, której budowa pozwoliłaby potwierdzić spełnienie wymagań przewidzianych przez Zamawiającego. Zamawiający nie sprecyzował również rodzaju dróg ze względu na ich położenie, których wykonanie bierze pod uwagę, przy ocenie spełnienia warunków zdolności technicznej i zawodowej”. Tym samym, w ocenie odwołującego, roboty, które wykazał w wykazie robót budowlanych, należy uznać za drogę, co w konsekwencji oznacza, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu. Do odwołania odwołujący dołączył kopie: umowy zawartej z Polytechnik Urządzenia Ochrony Środowiska DPU Sp. z o.o. wraz z załącznikiem cenowym, listu referencyjnego wystawionego przez ww. firmę oraz protokołu odbioru prac. W ww. dokumentach wskazano, że wykonane roboty obejmowały drogę. Ponadto odwołujący przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego odnoszące się do zasad formułowania warunków udziału w postępowaniu, w tym do wykładni art. 22 ust. 5 ustawy Pzp. Wobec powyższego odwołujący wniósł o „nakazanie powtórzenia czynności Zamawiającego lub nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, co w konsekwencji doprowadziło do wykluczenia go z udziału w postępowaniu”.

Pismem z dnia 20 marca 2018 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający podniósł w szczególności, że wystąpił „z pismem do właściwego miejscowo starosty powiatowego z pytaniem, czy firma POLYTECHNIK (...) wystąpiła ze zgłoszeniem budowlanym dotyczącym budowy dwóch dróg w obrębie dz. nr 48 (...). Odwołujący poza powyższym sam w wykazie robót budowlanych wskazał jako doświadczenie zawodowe realizację zadania polegającego na utwardzeniu terenu kostką i ażurami”. Do odpowiedzi zamawiający dołączył m.in. pismo Starosty Świdnickiego z dnia 21 marca 2018 r., w którym wskazano, że: „Zatwierdzony decyzją projekt budowlany obejmował wykonanie m.in. utwardzonego placu poprzez korytowanie, zagęszczenie podłoża, stabilizowanie gruntu cementem, podbudowę z kruszywa łamanego niesort, podsypkę cementowo-piaskową i kostkę betonową. Łączna grubość konstrukcji placu 41 cm. Powierzchnia nawierzchni utwardzonej 1110,5 m²”. Odnosząc się do zarzutów dotyczących opisu warunku udziału w postępowaniu zamawiający zauważył, że odwołanie wobec specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia jej zamieszczenia na stronie internetowej.

Pismem z dnia 19 marca 2018 r. wykonawca Polmat Budownictwo Sp. z o.o., Rakowice Małe 17c, 59-600 Lwówek Śląski (dalej: „przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący podniósł w szczególności, że budowa parkingu wokół budynku (hali zakładu), którą wykonał odwołujący, nie może być uznana za robotę budowlaną polegającą na budowie drogi. Budowa każdej drogi wymaga uzyskania przez inwestora pozwolenia na budowę. Natomiast utwardzenie powierzchni gruntu na działkach budowlanych nie wymaga uzyskania pozwolenia na budowę, niemniej inwestor korzystający z tego zwolnienia nie buduje drogi, tylko utwardza plac. Przystępujący zawarł w ww. piśmie zdjęcie, na którym widać utwardzony i ogrodzony teren wokół budynków, jak też stwierdził, że dokumenty przedstawione przez odwołującego zostały stworzone ex post na potrzeby postępowania odwoławczego.

W trakcie rozprawy strony oraz przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Izba stwierdziła prawidłowość przystąpienia wykonawcy Polmat Budownictwo Sp. z o. o. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W rozdziale V w punkcie 1c specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”) zamawiający opisał warunek zdolności zawodowej wskazując, że uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie/przebudowie drogi lub ścieżki rowerowej/pieszkiej o wartości co najmniej 200.000,00 zł z podaniem jej rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów określających, czy ta robota budowlana została wykonana należycie, w szczególności informacji o tym, czy robota została wykonana zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończona.

Odwołujący złożył ofertę, do której dołączył wykaz robót budowlanych, w którym wskazał, że wykonał dla Polytechnik Urządzenia Ochrony Środowiska DPU Sp. z o.o. zamówienie polegające na utwardzeniu terenu kostką i ażurami o wartości 409.135,00 zł.

Pismem z dnia 2 marca 2018 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp do przedłożenia oświadczeń i dokumentów niezbędnych do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący złożył:

- 1) list referencyjny wystawiony przez Polytechnik Urządzenia Ochrony Środowiska DPU Sp. z o.o., w którym wskazano m.in., że „Firma Kopexim sp. z o.o. zrealizowała dla nas prace budowlane polegające na budowie drogi z kostki brukowej z pracami towarzyszącymi na terenie zakładu w Strzegomiu”,

2) „Protokół odbioru prac Umowa nr Strzegom na budowę drogi”, w którym zawarta jest tabela składająca się z 10-ciu pozycji, a wśród nich dwie pozycje opisane jako „Droga 1” i „Droga 2”.

Pismem z dnia 12 marca 2018 r. zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał odwołującego „do udzielenia wyjaśnień”. Zamawiający zauważył, że w wykazie robót budowlanych odwołujący wskazał jako wykonany przedmiot zamówienia utwardzenie terenu kostką brukową i ażurem, natomiast z listu referencyjnego wynika, że wykonał budowę drogi z kostki brukowej z pracami towarzyszącymi. W związku z powyższym, w celu ustalenia faktycznego zakresu wykonanego zadania, zamawiający wezwał odwołującego do wskazania numerów działek, na których zrealizowane zostały roboty budowlane. Odpowiadając na powyższe wezwanie, odwołujący poinformował, że roboty zostały zrealizowane na działce nr 48.

Pismem z dnia 13 marca 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał: „Wykonawca w »wykazie robót budowlanych« wskazał jako doświadczenie zawodowe realizację zadania polegającego na utwardzeniu terenu kostką i ażurami. Na tę okoliczność przedłożył list referencyjny wraz z protokołem odbioru wskazującym zakres prac polegający na wykonaniu dwóch dróg o łącznej wartości powyżej wymaganej przez Zamawiającego. Zamawiający weryfikując rozbieżność między wskazanym wcześniej doświadczeniem, a listem referencyjnym w celu sprawdzenia rzeczywistego charakteru inwestycji, wezwał Wykonawcę do określenia szczegółowej lokalizacji przeprowadzonych robót budowlanych. Wskazana przez wykonawcę działka oznaczona jest geodezyjnie symbolem Ba - tereny przemysłowe. Wykonawca wskazując zagospodarowanie działki terenu przemysłowego (w tym dojazdami do wyznaczonych miejsc) w ocenie Zamawiającego nie wykazał wymaganej zdolności technicznej i zawodowej w zakresie budową/przebudową drogi, ścieżki rowerowej/pieszkiej.”

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania w całości, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących opisu warunku zdolności zawodowej, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 22d ustawy Pzp, w świetle art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp należy stwierdzić, że są one spóźnione i w związku z tym nie podlegają rozpatrzeniu.

Odnosząc się do kwestii zasadności wykluczenia odwołującego z postępowania, w pierwszej kolejności należy rozstrzygnąć, czy prace wykazane w wykazie robót stanowią drogę, o której mowa w opisie warunku doświadczenia, a jeśli nie - czy zamawiający był uprawniony do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Należy zauważyć, że zamawiający nie określił w siwz szczegółowych wymagań, jakie musi spełniać droga wykazywana przez wykonawców w ramach posiadanego doświadczenia. Nie ulega jednak wątpliwości, że żądał, aby robota budowlana, którą wykonywali wykonawcy, polegała na budowie lub przebudowie m.in. drogi, nie zaś dowolnej budowli.

Zgodnie z art. 4 pkt 2 ustawy o drogach publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2222 ze zm.) drogą jest budowla wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiąca całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowana w pasie drogowym. Zgodnie z art. 4 pkt 1 ww. ustawy o drogach

publicznych pas drogowy to wydzielony liniami granicznymi grunt wraz z przestrzenią nad i pod jego powierzchnią, w którym są zlokalizowane droga oraz obiekty budowlane i urządzenia techniczne związane z prowadzeniem, zabezpieczeniem i obsługą ruchu, a także urządzenia związane z potrzebami zarządzania drogą. Zgodnie z art. 8 ust. 1 ww. ustawy o drogach publicznych, drogi, drogi rowerowe, parkingi oraz place przeznaczone do ruchu pojazdów, niezaliczone do żadnej z kategorii dróg publicznych i niezlokalizowane w pasie drogowym tych dróg są drogami wewnętrznymi.

Zgodnie z kolei z art. 2 pkt 1 ustawy Prawo o ruchu drogowym (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1260 ze zm.) droga to wydzielony pas terenu składający się z jezdni, pobocza, chodnika, drogi dla pieszych lub drogi dla rowerów, łącznie z torowiskiem pojazdów szynowych znajdującym się w obrębie tego pasa, przeznaczony do ruchu lub postoju pojazdów, ruchu pieszych, jazdy wierzchem lub pędzenia zwierząt.

Oceniając, czy prace wykazane przez odwołującego stanowiły robotę budowlaną polegającą na budowie drogi, Izba dokonała analizy całokształtu dowodów przedłożonych przez strony i przystępującego. W szczególności Izba uwzględniła złożone na rozprawie przez przystępującego dowody w postaci pięciu zdjęć działki nr 48 w Strzegomiu (z wyłączeniem zdjęcia przedstawiającego stan z sierpnia 2012 r.), na których widać z różnych stron ogrodzony teren wokół budynków w większości przemysłowych. Teren ten jest wyłożony płytami ażurowymi i kostką, od ścian budynków do ogrodzenia. Na terenie tym widać m.in. parkujące samochody, stojące skrzynie, zwały porąbanego drzewa. Na zdjęciach nie widać drogi w rozumieniu przepisów ww. ustaw. W szczególności uwidocznił na zdjęciach teren nie może być uznany za drogę lub drogę wewnętrzną w rozumieniu ustawy o drogach publicznych, ponieważ nie jest to teren zlokalizowany w pasie drogowym przeznaczony do prowadzenia ruchu drogowego, czy do ruchu pojazdów. Fakt, że na danym terenie możliwy jest wjazd pojazdów w celu ich parkowania nie przesądza, że docelowym przeznaczeniem takiego terenu jest ruch drogowy i że taki teren jest automatycznie drogą. Teren uwidocznił na ww. zdjęciach nie może być też uznany za drogę w rozumieniu ustawy Prawo o ruchu drogowym, ponieważ nie jest to wydzielony pas terenu składający się z jezdni, pobocza, chodnika, drogi dla pieszych lub drogi dla rowerów. Tym samym nie ma podstaw, aby stwierdzić, że teren działki nr 48 przedstawiony na ww. zdjęciach jest drogą. Należy przy tym podkreślić, że odwołujący nie podniósł argumentów podważających prawdziwość zdjęć przedstawionych przez przystępującego na rozprawie. Tym samym Izba, wobec braku argumentów przeciwnych, uznała je za wiarygodne.

Brak drogi na ww. działce potwierdza także pismo Starosty Świdnickiego, w którym wskazano, że zatwierdzony projekt budowlany dotyczył wykonania na ww. działce utwardzonego placu, natomiast w piśmie tym Starosta nie wspomina o jakiegokolwiek drodze.

Odnosząc się jednocześnie do dokumentów przedstawionych przez odwołującego, należy podkreślić, że nazwanie określonej budowli drogą przez dany podmiot, nie świadczy automatycznie o tym, że jest to droga w rozumieniu obowiązujących przepisów. Inwestor, na zlecenie którego odwołujący wykonywał utwardzenie placu wokół zakładu, mógł nadać zleceniu nazwę „budowa drogi”, ale nie oznacza to, że faktycznie wybudowana została droga. W tym konkretnym przypadku należy bowiem mieć na uwadze, że założeniu wybudowania drogi przeczą dowody w postaci ww. fotografii i pisma Starosty Świdnickiego. Ponadto umowa zawarta z Polytechnik Urządzenia Ochrony Środowiska DPU Sp. z o.o. nie posiada cech umowy o roboty budowlane (art. 647 k.c.), w tym przede wszystkim brak jest w niej odwołania do projektu, który jest podstawowym dokumentem określającym zakres robót (w umowie jest jedynie odniesienie do „ustaleń klienta” i załącznika cenowego), jak też brak części składowej umowy, jaką jest wymagana przepisami dokumentacja (art. 648 §2 k.c.), np. pozwolenie na budowę. Należy także zauważyć, że protokół odbioru prac nie został podpisany przez kierownika budowy, a ponadto zarówno w tym protokole, jak i w załączniku cenowym jedyne parametry „dróg” zostały podane jako powierzchnia w metrach kwadratowych, bez wskazania długości czy punktów, które drogi te łączą. Powyższe ustalenia, w konkretnym przypadku niniejszej sprawy, świadczą o tym, że poza nazwaniem budowli „drogą”, żadne inne informacje zawarte w dokumentach przedstawionych przez odwołującego, nie potwierdzają, że rzeczywiście wybudował on drogę.

W tym stanie rzeczy, opierając się na całokształcie złożonych przez strony i przystępującego dowodów, Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący wymaganego doświadczenia.

W świetle poczynionych wyżej ustaleń należy zatem rozstrzygnąć kolejną kwestię dotyczącą tego, czy zamawiający był uprawniony do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub

dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Przepis wyznacza zatem obowiązek zamawiającego polegający na wezwaniu wykonawcy do złożenia lub uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, m.in. w sytuacji, gdy uprzednio złożone oświadczenia lub dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy z postępowania bez umożliwienia mu uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, za pomocą których wykaże on, że spełnia opisane warunki. Wykluczenie wykonawcy z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, z pominięciem obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tj. z pominięciem obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, powoduje, że wykluczenie staje się przedwczesne i bezzasadne. Zamawiający, pomijając bowiem procedurę przewidzianą w ww. przepisie, nie posiada wiedzy, czy wykonawca rzeczywiście nie spełnia warunków. Tym samym zamawiający nie ma podstaw do stwierdzenia, że wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie zamawiający pismem z dnia 12 marca 2018 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego wyłącznie do udzielenia wyjaśnień w zakresie numerów działek, na których wykonał on prace. W ww. piśmie zamawiający nie wezwał natomiast odwołującego o uzupełnienie wykazu robót o nową robotę odpowiadającą opisowi warunku doświadczenia, tj. przede wszystkim polegającą na budowie /przebudowie drogi lub ścieżki rowerowej/pieszkiej o wartości co najmniej 200.000,00 zł. Tym samym nie można uznać, że zamawiający wyczerpał ścieżkę proceduralną opisaną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Konsekwencją braku wezwania odwołującego w niniejszej sprawie do uzupełnienia wykazu robót o nową robotę odpowiadającą opisowi warunku doświadczenia, jest brak możliwości jednoznacznego ustalenia przez zamawiającego, że odwołujący nie spełnia warunku doświadczenia. Powyższe prowadzi z kolei do stwierdzenia, że zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia odwołującego z powodu niespełnienia ww. warunku. Dopiero bowiem umożliwienie odwołującemu, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uzupełnienia wykazu robót o nową robotę, pozwoli zamawiającemu - w przypadku nieuzupełnienia lub uzupełnienia dokumentów niepotwierdzających spełnienia warunku - wykluczyć odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Reasumując, Izba stwierdziła, że zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania bez wezwania go, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia wykazu robót budowlanych o nową robotę odpowiadającą wymogom zawartym w warunku doświadczenia, naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Tym samym zarzut naruszenia ww. przepisu potwierdził się, bowiem wykluczenie wykonawcy w takiej sytuacji jest przedwczesne i bezpodstawne. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 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