

**WYROK**

**z dnia 2 września 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2016 r. przez **wykonawcę: J. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „KAR-WAT” J. K. z siedzibą w Rakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Gminę Stąporków z siedzibą w Stąporkowie**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę J. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „KAR-WAT” J. K. z siedzibą w Rakowie** i:
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę J. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „KAR-WAT” J. K. z siedzibą w Rakowie** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2) zasądza od **wykonawcy: J. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „KAR-WAT” J. K. z siedzibą w Rakowie** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Zamawiającego: Gminy Stąporków z siedzibą w**

**Stąporkowie** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Kielcach**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Stąporków z siedzibą w Stąporkowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *Budowa sieci wodociągowej we wsi Piasek*.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 1 lipca 2016 r. nr 1 poz. 115723-2016.

Wykonawca – J. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „KAR-WAT” J. K. z siedzibą w Rakowie (zwany dalej „Odwołującym”) w dniu 16 sierpnia 2016 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, z uwagi na niespełnienie warunku wiedzy i doświadczenia wynikającego z pkt 1 ppkt 2 Rozdziału VIII SIWZ, zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 4, art. 25 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z § 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. 2013.231), art. 26 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Zakładu Inżynierii Sanitarnej „MINO-SOMA” s.c. jako najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz jego wykluczenia, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego według norm prawem przepisanych, w tym kosztami zastępstwa pełnomocnika.

Czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę J. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „KAR-WAT” J. K. z siedzibą w Rakowie.

Izba ustaliła również że Zamawiający pismem z dnia 29 sierpnia 2016 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy J. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „KAR-WAT” J. K. z siedzibą w Rakowie jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 12 sierpnia 2016 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia – w terminie przewidzianym w ustawie – żaden wykonawca.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest: *„Budowa sieci wodociągowej we wsi Piasek”*.  
*/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.*

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

Rozdział VIII *„Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”*

Pkt 1 O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące m. in:

Ppkt 2) posiadania wiedzy i doświadczenia:

Zamawiający uzna za spełnienie tego warunku wykazanie przez wykonawcę, że w ostatnich 5 latach przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej jeden raz wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył roboty budowlane polegające na budowie sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej przewiertem sterowanym minimum 0,390 km o wartości minimum 50.000,00 złotych, zaleca się aby przedkładane dokumenty potwierdzające, że wykonane przez wykonawców roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo zakończone, zawierały, co najmniej:

- 1) wskazanie, że Wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu realizował roboty, których dokumenty dotyczą,
- 2) wskazanie podmiotu, na rzecz którego realizowane były roboty,
- 3) wskazanie zakresu robót,
- 4) wskazanie wartości robót,
- 5) wskazanie daty wykonania (rozpoczęcia i zakończenia),
- 6) wskazanie miejsca wykonania,
- 7) opinię podmiotu wskazanego powyżej w pkt 2 stwierdzającą, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

*/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 12-13/.*

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu m. in. oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. Zakład Inżynierii Sanitarnej „MINO-SOMA” s.c. z siedzibą w Końskich – cena: 310.653,78 zł, okres gwarancji: 60 miesięcy, liczba punktów za kryterium „cena”: 90,00 pkt, liczba punktów za kryterium „okres gwarancji”- 10,00 pkt,
2. Przedsiębiorstwo Produkcyjno--Usługowo-Handlowe „KAR-WAT” J. K. z siedzibą w Rakowie - cena: 307.278,44 zł, okres gwarancji: 60 miesięcy, wykonawca wykluczony z postępowania.

*/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 5 sierpnia 2016 r. /.*

Zamawiający na podstawie § 1 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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* – wobec wątpliwości i zawiadomienia wykonawcy Zakładu Inżynierii Sanitarnej „MINO-SOMA” s.c. z siedzibą w Końskich – wystąpił do Gminy Daleszyce – wystawcy złożonych przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „KAR-WAT” J. K. z siedzibą w Rakowie

referencji – o wyjaśnienie czy została faktycznie wykonana inwestycja przewiertem sterowanym o określonej w SIWZ długości.

*/dokumentacja postępowania: Pismo Zamawiającego z dnia 25 lipca 2016 skierowane do Gminy Daleszyce/.*

Zamawiający w dniu 27 lipca 2016 r. otrzymał od Gminy Daleszyce odpowiedzi dotyczące postępowania w ramach, którego wystawiono wykonawcy przedmiotowe referencje.

*/dokumentacja postępowania: Pisma Gminy Daleszyce z dnia 27 lipca 2016 skierowane do Gminy Stąporków/.*

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 1 sierpnia 2016 r. wezwał wykonawcę: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „KAR-WAT” J. K. z siedzibą w Rakowie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu zawartego w pkt 1 ppkt 2 Rozdziału VIII SIWZ

*/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2016 r./*

Wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „KAR-WAT” J. K. z siedzibą w Rakowie w dniu 3 sierpnia 2016 r. złożył dokumenty (m. in. referencje z Gminy Daleszyce) - w wymaganym przez Zamawiającego terminie.

*/dokumentacja postępowania: Uzupelnienie dokumentów złożonych przez wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „KAR-WAT” J. K. z siedzibą w Rakowie z dnia 3 sierpnia 2016 r. /*

Zamawiający w dniu 5 sierpnia 2016 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawcy: Zakładu Inżynierii Sanitarnej „MINO-SOMA” s.c. z siedzibą w Końskich. Zamawiający wykluczył wykonawcę: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „KAR-WAT” J. K. z siedzibą w Rakowie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał, iż w dniu 22 lipca 2016r firma Zakład Inżynierii Sanitarnej „MINO - SOMA” s.c. z siedzibą w Końskich złożyła pismo dotyczące żądania wyjaśnienia treści przedstawionych referencji wykonawcy: Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo Handlowego .. Kar - wat" J. K. . Referencje zostały wystawione przez Gminę Daleszyce. Zakład Inżynierii Sanitarnej „MINO - SOMA” podnosił, że z treści referencji wynika że firma KAR-WAT realizując „Budowę sieci kanalizacji sanitarnej w Sukowie - etap II” dla Gminy Daleszyce w 2015 roku wykonała 720 mb przewiertu sterowanego. Natomiast w przedmiarach tychże robót na realizację zadania ujętego w SIWZ Gminy Daleszyce widnieją trzy pozycje z przewiertem tradycyjnym poziomym, z

przeciąganiem rurociągów stalowych tj. poz. 16 przykanaliki oraz poz. 24 i 25 kanalizacja na łączną długość 499,50 m. W pytaniach i odpowiedziach BIP UMiG Daleszyce GMR.ZP.271.1.2015 przed przetargiem widnieje zapis: -Pyt. 11., W celu prawidłowej wyceny prosimy o jednoznaczne wskazanie, czy w pozycjach 24 i 25 w przedmiarze kanał sanitarny oraz w poz. 16 w przedmiarze przykanaliki dotyczących przewiertów, należy uwzględnić przewiert z przeciąganiem rurociągów, czy przewiert sterowany? " -Ad. II. ..W pozycjach 24 i 25 przedmiaru kanał sanitarny i w pozycji 16 przedmiaru przykanaliki należy uwzględnić przewiert z przeciąganiem rurociągów z zastosowaniem stalowych rur osłonowych zgodnie z zapisami w/w pozycji w załączonym przedmiarze ". Otrzymując powyższe pismo Gmina Stąporków poprosiła o wyjaśnienie Gminę Daleszyce czy został faktycznie wykonany przewiert sterowany o długości 720 mb wartość 85 300,00 zł podany w referencjach UMiG Daleszyce, czy też został wykonany przewiert tradycyjny maszyną do wierceń poziomych z przeciąganiem rur stalowych, jak również proszono mając na względzie rozbieżności o kopię dokumentu z którego wynika że firma KARWAT wykonała przewiert sterowany na odcinku 720 mb. lub kopię dziennika budowy. W dniu 27 lipca 2016 r. Gmina Daleszyce przesłała pismo, w którym wyjaśniła, że po ponownym przeanalizowaniu dokumentacji powykonawczej ustalono, że w podanych 720 mb jest 394 mb przewiertów sterowanych i 326 mb wykonanych inną metodą. Wartości wykonanych robót również nie podano. W dniu 28 lipca 2016 r. została przesłana ponownie prośba o kopię dokumentów potwierdzających referencje. Zamawiający otrzymał w dniu 1 sierpnia 2016 r. pismo z Gminy Daleszyce, w którym stwierdzono, że koszt wykonania przewiertów sterowanych zgodnie z kosztorysem powykonawczym bez kosztów pośrednich, zysku i podatku VAT wynosi 88.486,85 zł. Kopii dokumentu Zamawiający nie otrzymał. Ponadto Zamawiający w dniu 1 sierpnia 2016 r. działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wystąpił do Odwołującego z prośbą o uzupełnienie dokumentów. Zamawiający poinformował Odwołującego że przedstawione referencje w ofercie nie spełniają stawianego wymogu i wezwał o przedstawienie referencji, które spełnią postawione warunki udziału w SIWZ.

*/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykluczeniu wykonawcy z dnia 5 sierpnia 2016 r./.*

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca: Jolanta Karwat prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „KAR-WAT” J. K. z siedzibą w Rakowie wniósł odwołanie w dniu 16 sierpnia 2016 r.

*/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy J. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „KAR-WAT” J. K. z siedzibą w Rakowie z dnia 16 sierpnia 2016 r. /.*

Izba ustaliła również że Zamawiający pismem z dnia 29 sierpnia 2016 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

*/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie z dnia 29 sierpnia 2016 r./.*

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba - oceniając zarzut dotyczący wykluczenia wykonawcy Jolanty Karwat prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „KAR-WAT” J. K. z siedzibą w Rakowie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na niespełnienie warunku - uznała, że zarzut ten nie potwierdził się w zebranych przez Izbę materiale dowodowym. Izba wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne i prawne:

Spór wniesiony niniejszym odwołaniem – sprowadza się do pytania jak należało rozumieć wymagania warunku dotyczącego wykazania przez wykonawcę, w ostatnich 5 latach przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonania co najmniej jeden raz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończonych robót budowlanych polegających na budowie sieci wodociągowej lub kanalizacyjnej przewierciem sterowanym minimum 0,390 km o wartości minimum 50.000,00 złotych.

Wątpliwości jakie pojawiły się w toku postępowania odwoławczego - wobec zaistniałego sporu – dotyczyły interpretacji stwierdzenia „*przewierciem sterowanym minimum 0,390 km o wartości minimum 50.000,00 złotych*”, t.j. czy należało wykazać się jednym przewierciem o określonej długości i wartości, czy też dopuszczano kilka przewierć sterowanych o długości minimum 0,390 km.

Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się z Zamawiającym co do przyjętego przez niego rozumienia treści tego warunku. Owszem zgodzić należy się z Odwołującym, że warunki udziału muszą być jasne i czytelne i nie powinny budzić jakichkolwiek zastrzeżeń. Nie ulega jednocześnie wątpliwości, że interpretacja warunku – w takim kształcie jak domaga się Odwołujący – sprowadzałaby się do abstrakcyjnego rozumienia tego warunku w oderwaniu od przedmiotu zamówienia. Zatem jeśli rozumieć by warunek tak jak wskazuje Odwołujący,



mogłaby zaistnieć sytuacja, w której wykonawca wykazałby się robotami wykonanymi kilkoma przewiertami na odległości 0,390 km. Zatem nie byłby to jeden przewiert o wymaganej długości 0,390 km – a kilka o długości poniżej 0,390 km.

Jak słusznie zauważył Zamawiający powyższe wymagania zostały skierowane do profesjonalistów i każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu z całą pewnością posiadał wiedzę, co treści warunku udziału w postępowaniu, zatem argumentacja, że nie jest realne spełnienie tego warunku udziału na tym etapie jest spóźniona. Wobec powyższego jasnym było, iż Zamawiającemu zależało, aby wykonawcy wykazali zamówienie wykonane jednym przewiertem o długości 0,390 km, co oznacza, że rozumienie tego wymagania jak przedstawia to Odwołujący doprowadziłoby w efekcie do tak zwanego „rozdrobnienia warunku udziału” i postawiony warunek straciłby sens, jego interpretacja byłaby absurdalna, co w ocenie Izby jest niedopuszczalne. W konsekwencji takie rozumienie warunku nie odpowiadałoby istocie i rozmiarowi przedsięwzięcia, które ma być w przyszłości realizowane – na co zauważył Zamawiający. Nie ulega wątpliwości, że postawiony warunek ma służyć weryfikacji wykonawców, ich potencjału, doświadczenia i kwalifikacji, ma on weryfikować wykonawców w taki sposób, aby Zamawiający miał pewność – że wykonawcy spełniający postawione wymaganie – będą w stanie zrealizować przedsięwzięcie o analogicznym rozmiarze i zakresie. Zatem warunek – w interpretacji przedstawionej przez Odwołującego – nie miałby sensu i straciłby na znaczeniu w ocenie ofert przeprowadzanej przez Zamawiającego w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza – przychylając się do stanowiska przedstawionego przez Zamawiającego – uwzględniła również argumentację, iż opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 4 ustawy Pzp), co niewątpliwie przy przyjętej przez Zamawiającego interpretacji ma miejsce. Na powyższe wskazuje również – na co zwrócił uwagę Zamawiający – projekt budowlany.

Należy pamiętać, że owa „*proporcjonalność do przedmiotu zamówienia*” o której mowa w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp odnosi się do konkretnego postępowania, i w oparciu o to postępowanie Zamawiający dokonuje opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co miało właśnie miejsce w niniejszym postępowaniu.

Ponadto – co niejednokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych – skonkretyzowane warunki udziału w postępowaniu pełnią funkcję rękojmi dla należytego wykonania zamówienia, a wykazanie się np. jedną stacją bez krawędzi - nie stanowi potwierdzenia posiadania doświadczenia,

potwierdzającego faktycznie posiadane umiejętności do zrealizowania przedmiotowego zamówienia (wyrok z dnia 28 lipca 2016 r., sygn. akt KIO 1234/16 oraz KIO 1235/16).

Zauważenia również wymaga, że złożone - na wezwanie Zamawiającego - przez Odwołującego referencje z Gminy Daleszyce, jak również odpowiedź tej Gminy na zapytanie Zamawiającego stwierdzają, iż wykonano kilka przewiertów sterowanych o długości 0,390 km („394 mb przewiertów sterowanych”), co sprowadza się do wniosku, iż nie wykonano jednego przewiertu sterowanego o długości 0,390 km, a kilka przewiertów o mniejszej długości, zatem niespełniających wymagań Zamawiającego. Argumentację Zamawiającego potwierdza to, że gdyby ogólnie – tak jak wnioskuje Odwołujący – rozumieć wskazany przewiert, jako technologię wykonania, Zamawiający użyłby sformułowania wskazującego na „*metodę przewiertu sterowanego*”. Zamawiający nie użył sformułowania „*technologii przewiertu sterowanego*” czy też „*metody przewiertu sterowanego*”, a poza tym, gdyby warunek ten rozumieć ogólnie - jako technologię wykonania - to dalsza część tego wymagania straciłaby na znaczeniu i postawiony warunek straciłby sens, w szczególności część dotycząca wymaganej długości i wartości.

Jeśli wykonawca nie zgadzał się z treścią postawionego wymagania, bądź twierdzi, że nie jest możliwe wykazanie się tak postawionym warunkiem to należało skarżyć treść tych postanowień specyfikacji na wcześniejszym etapie postępowania. Skoro Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia została udostępniona wykonawcom zainteresowanym złożeniem oferty ( w dniu 1 lipca 2016 r.), to należy uznać że termin zaskarżenia jej postanowień w postępowaniu upływał w dniu 6 lipca 2016 r. Zatem wykonawca nie kwestionując powyższych zapisów SIWZ na wcześniejszym etapie niejako zgodził się na ich kształt i argumentację Odwołującego należy uznać za spóźnioną. Należy również pamiętać, że wykonawca jako profesjonalista ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek, (wnosząc środki ochrony prawnej) działania z należytą starannością, tak aby w postępowaniu realizowana była zasada szybkości i efektywności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i tak aby zapobiegać ewentualnemu zbędnemu, a w niektórych wypadkach celowemu przedłużaniu procedur przetargowych, gdyż działania wykonawców zmierzające do przedłużania procedury nie leżą również w interesie publicznym. Zatem wykonawca nie kwestionując postanowień SIWZ na wcześniejszym etapie zgodził się z ich treścią, a powyższy zarzut jest zarzutem spóźnionym.

W ocenie Izby Zamawiający – w wyniku zaistniałych wątpliwości – na podstawie § 1 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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* może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na

rzecz którego roboty budowlane miały zostać wykonane o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio Zamawiającemu – co w niniejszej sprawie Zamawiający uczynił. Zamawiający zwrócił ponadto – w celu weryfikacji tych informacji również do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W obu przypadkach dokumentacja potwierdziła, że wykonano kilka przewiertów o mniejszej długości niż 0,390 km, zatem nie spełniało to wymagań Zamawiającego postawionych w SIWZ. Ponadto wezwanie Zamawiającego wskazywało na element warunku, który budzi wątpliwości Zamawiającego, a Zamawiający wykluczając wykonawcę z postępowania podał uzasadnienie tego wykluczenia. Owszem zgodzić należy się z Odwołującym, że wykluczyć można wykonawcę nie ofertę, jednak w skutkach ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp).

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie, że nawet gdyby Izba uwzględniła odwołanie, to wykonawca podlegałby wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, za nieprawdziwe informacje złożone w toku postępowania odwoławczego, zauważenia wymaga, że - co niejednokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej - Izba nie może orzekać, co do nowych okoliczności stanowiących dodatkową podstawę do wykluczenia wykonawcy, gdyż uzasadnienie wykluczenia Odwołującego warunkuje zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej. W oparciu o jego treść wykonawca formułuje zarzuty odwołania i wskazuje ich uzasadnienie. Należy wskazać, że sformułowane na etapie składania odwołania zarzuty są jedynymi jakie mogą być rozstrzygane przez Izbę, gdyż Krajowa Izba Odwoławcza związana jest wyłącznie zarzutami odwołania, nie mogąc wychodzić poza jego zakres (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Zatem związanie Izby granicami zarzutów odwołania ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom zachowania swoich praw w postępowaniu. Tym samym wykonawca ma pełne prawo aby posiadać pełną wiedzę jakimi przesłankami kierował się Zamawiający odrzucając jego ofertę z postępowania – co powinno być przez Zamawiającego wyartykułowane w uzasadnieniu odrzucenia oferty wykonawcy. Ustalenie zarzucanych przez Zamawiającego uchybień złożonej oferty nie może być uzależnione od aktywności wykonawcy. Obowiązek wskazania precyzyjnych i wyczerpujących podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy z postępowania spoczywa w całości na Zamawiającym. Izba podziela zatem w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11 – mające analogiczne zastosowanie w niniejszej sprawie - iż „(...) *Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu*

*Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...). Zasadnym wydaje w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiadyuje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych*

*przepisów*". (analogicznie wyrok z dnia 6 marca 2014 r., sygn. akt KIO 340/14 oraz wyrok z dnia 20 marca 2014 r., sygn. akt KIO 421/14).

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, oddalając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 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), Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

**Przewodniczący:**

.....