

Sygn. akt: KIO 1375/14

WYROK

z dnia 18 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2014 r. przez Wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane "Hołyszko" Sp. z o.o., ul. Batorego 55a, 37-700 Przemyśl** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gmina Orły, ul. Przemyska 3, 37-716 Orły,**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego: Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane "Hołyszko" Sp. z o.o. z siedzibą w Przemyślu, 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 **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego: Gmina Orły** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Przemyslu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Orły – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Termomodernizacja obiektów użyteczności publicznej na terenie Gminy Orły”, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 lutego 2014 r., pod numerem: 25235-2014.

Pismem z dnia 27 czerwca 2014 r., Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty - złożonej przez K&B DEVELOPMENT E. B....., Ł. Kl..... Sp. j., zawiadamiając jednocześnie o wykluczeniu Przedsiębiorstwa Usługowo-Budowlanego „Hołyszko” Sp. z o.o. – oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp.

W dniu 4 lipca 2014 r., Odwołujący – Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane „Hołyszko” Sp. z o.o. – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 23 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez wykluczenie wykonawcy z przyczyn podanych w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, pomimo że Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
2. naruszenie art. 23 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp poprzez wykluczenie wykonawcy z uwagi na to, że nie odpowiedział na wezwanie w trybie art. 23 ust. 3 Pzp w określonym przez Zamawiającego terminie, mimo że wezwanie do uzupełnienia dokumentów było wadliwe (nieprecyzyjne) – zatem bezskuteczne;
3. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp polegające na wnikliwym weryfikowaniu tylko wykazu robót przedłożonych przez Odwołującego, poprzez zwracanie się o dodatkowe informacje do podmiotów, które wydały referencje na rzecz Odwołującego.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 4) wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania zalegających w aktach sprawy o sygn. KIO 987/14.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, że Odwołujący stoi na stanowisku, iż roboty wykonane na rzecz Gminy Jarosław spełniają warunek, o którym mowa w Rozdziale 6 pkt 6.1.2. SIWZ w zakresie wartości tych robót. W tym względzie podkreślono, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 28 kwietnia 2014 r. oraz z dnia 12 maja 2014 r., wyjaśnił z czego wynika różnica pomiędzy kwotą podaną w referencjach, a kwotą jaka została do tej pory zapłacona na rzecz Odwołującego. Odwołujący nie tylko wyjaśnił, ale również udowodnił załączonymi do odwołania z dnia 19 maja 2014 r. (KIO 987/14) dokumentami, że wartość przedmiotowych robót przewyższa kwotę, o której mowa w Rozdziale 6 pkt 6.1.2. SIWZ. Zwrócono uwagę, że między Odwołującym a Gminą Jarosław nie ma sporu, co do wartości robót, a jedynie co do wysokości wynagrodzenia za te roboty. Gmina Jarosław nie kwestionuje faktu, że te dodatkowe roboty zostały wykonane, nie kwestionuje wartości tych robót (ustalonych kosztorysem powykonawczym załączonym do faktury), jedynie uważa, że wynagrodzenie określone w umowie podstawowej obejmuje również te roboty. Na tę okoliczność Odwołujący powołał dowody w postaci: odpisu protokołu konieczności z dnia 16 lipca 2013 r., 2) odpisu notatki służbowej z dnia 9 września 2013 r., 3) odpisu aneksu do umowy; 4) odpisu faktury; 5) odpisu kosztorysu powykonawczego; 6) odpisu pisma Gminy Jarosław z dnia 25 marca 2014 r. Odwołujący argumentował, że niezależnie od tego czy spór o wynagrodzenie za dodatkowe roboty (w sądzie powszechnym) zostanie rozstrzygnięty na korzyść Odwołującego, czy też Gminy Jarosław, Odwołujący w niniejszym postępowaniu wykazał, że wartość robót, jakie wykonał na rzecz Gminy Jarosław przewyższa kwotę 1.000.000 zł.

Wskazano następnie, że Odwołujący pomimo, iż załączony do oferty wykaz robót spełniał wymagania Zamawiającego, dostarczył w dniu 18 czerwca 2014 r., dodatkowy wykaz potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zakwestionowano stanowisko Zamawiającego, że roboty ujęte w dodatkowym wykazanie nie spełniają wymogów określonych w SIWZ, argumentując że z punktu widzenia celu, w jakim przekłada się wykaz robót nie ma znaczenia, czy wymagany zakres robót został wykonany w nowo wybudowanym obiekcie, czy też w istniejącym. Nie można bowiem zarzucić wykonawcy, który wykonał cały obiekt budowlany od podstaw (w którego zakresie rzeczowym mieszczą się wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego), że nie posiada doświadczenia w wykonaniu tych prac w obiekcie istniejącym.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, Odwołujący podniósł, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zamawiający wzywając wykonawcę do uzupełnienia dokumentów powinien precyzyjnie określić, o jakie dokumenty chodzi. Zamawiający natomiast w wezwaniu z dnia 16 czerwca 2014 r. przytoczył jedynie zapis rozdziału 6 pkt 6.1.2. SIWZ, bez wskazania dokumentów, jakie należy przedłożyć. W ocenie Odwołującego takie wezwanie jest bezskuteczne.

W piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z prywatnej opinii rzeczoznawcy budowlanego na okoliczność wykazania, że zakres robót przedstawiony w wykazie robót przedłożonych przez Odwołującego w dniu 18 czerwca 2014 r. jest tożsamy z zakresem robót wymaganych w zapisie 6.1.2 SIWZ. W zakresie zarzutu nierównego traktowania Odwołujący wskazał, że Zamawiający miał wątpliwości tylko, co do jego referencji. Zamawiający nie ograniczył się tylko do potwierdzenia tych referencji, ale żądał również od podmiotów wystawiających te referencje przesłania dokumentów. Nie było zaś żadnych uzasadnionych podstaw do weryfikowania tych referencji, mimo to Zamawiający niejako „na wszelki wypadek” żądał ich potwierdzenia. Zamawiający nie zwracał się jednocześnie do podmiotów wystawiających referencje dla wybranego wykonawcy, ani o ich potwierdzenie, ani o przesłanie dokumentów. Odwołujący wskazał przy tym, że wykaz robót przedłożonych przez tego wykonawcę nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z przedłożonych przez wykonawcę referencji wystawionych przez Parafię Rzymskokatolicką p.w. Świętego Jana Chrzciciela przy Bazylice Archikatedralnej w Przemyślu wynika, że wykonawca wykonał prace polegające na wymianie więźby dachowej, a nie całego dachu. Zamawiający nie miał także wątpliwości wobec tego, że przedmiotowe referencje zostały podpisane przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania parafii.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp Odwołujący wyjaśnił dodatkowo, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty powołuje się na uzasadnienie wyroku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 987/14, gdzie stwierdzono, że Zamawiający winien wezwać Odwołującego w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu o roboty spełniające kwestionowany warunek wraz z przedłożeniem poświadczenia potwierdzającego jego właściwą realizację. W uzasadnieniu wyroku pojawiła się sugestia, aby wezwać Odwołującego do uzupełnienia wykazu robót w trybie art. 26 ust. 3 Pzp lub do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, jednak pełnomocnik Odwołującego otrzymał wyrok wraz z uzasadnieniem w dniu 17 czerwca 2014 r., w godzinach popołudniowych, zatem po upływie terminu określonego przez Zamawiającego. Poza tym, nawet gdyby Odwołujący znał wcześniej treść uzasadnienia wyroku, to nie zwalniało to Zamawiającego z obowiązku precyzyjnego formułowania wezwania. Zwłaszcza, że sugestie zawarte w uzasadnieniu

wyroku nie mają charakteru wiążącego dla stron postępowania. Odwołujący podkreślił, że Izba nie zawarła nakazu wezwania Odwołującego do uzupełnienia wykazu w samej sentencji wyroku. Podkreślono, że Odwołujący pismem z dnia 16 czerwca 2014 r. nie odmówił uzupełnienia dokumentów, a w ostatnim akapicie pisma zawarł pytanie, na czym polegać ma uzupełnienie dokumentów i jakie konkretne dokumenty ma przesłać w odpowiedzi na wezwanie. Pomimo to, Zamawiający nie sprecyzował wezwania. Potwierdzono, że dodatkowy wykaz robót został przesłany w dniu 18 czerwca 2014 r. (po otrzymaniu uzasadnienia wyroku) wskazując jednocześnie, że impulsem do tego nie było wezwanie Zamawiającego (które było bezskuteczne), a uzasadnienie wyroku.

Pismem z dnia 14 lipca 2014 r. (data wpływu do KIO – 15 lipiec 2014 r.) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp w zw. z art. 185 ust. 6 Pzp, a w razie nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania – o jego oddalenie, jako nieuzasadnionego.

W uzasadnieniu odpowiedzi wskazano, że w toku postępowania Zamawiający ustalił, że faktyczna kwota zadania wykonanego na rzecz Gminy Jarosław wynosiła 969.515,72 zł, a w dostarczony poprzednio referencjach błędnie wpisano kwotę zadania na ponad milion złotych. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. W wyroku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 987/14, KIO uwzględniła odwołanie Odwołującego. Jednocześnie w uzasadnieniu wyroku Izba wskazała, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający powinien wysnuć wniosek, że Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie spornego zakresu i Zamawiający winien wezwać Odwołującego w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu robót o robotę spełniającą kwestionowany warunek wraz z przedłożeniem poświadczenia potwierdzającego jego prawidłową realizację (str. 14 uzasadnienia). Zamawiający podkreślił, że przedmiotowy wyrok zapadł po analizie całości akt postępowania, dokumentów jakie w wyniku wyjaśniania spornych kwestii zostały zgromadzone, w tym całej korespondencji z wójtem Gminy Jarosław, protokołów odbioru robót kwestionowanej inwestycji i wszystkich faktur, jakie w sprawie zostały złożone, a więc dokumentów na które Odwołujący ponownie powołuje się w odwołaniu. Wskazano, że w rozprawie w ww. sprawie uczestniczyły obie strony postępowania.

Zamawiający wyjaśnił następnie, że w wykonaniu wyroku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 987/14 wezwał Odwołującego (pismem z dnia 16 czerwca 2014 r.; doręczonym w tym samym dniu), w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi Odwołujący, pismem z dnia 16 czerwca 2014 r., doręczonym Zamawiającemu w dniu 17 czerwca 2014 r., przed upływem

zakreślonego terminu, odmówił uzupełnienia dokumentów oświadczając, że w zakresie zadania termomodernizacji obiektu na łączną wartość nie mniejszą niż 1.000.000 zł złożył wszystkie dokumenty wraz z ofertą. W dniu 18 czerwca 2014 r., po upływie terminu, Odwołujący przedłożył nowy wykaz. Z uwagi jednak na nieuzupełnienie wymaganych dokumentów w terminie Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

W kontekście powyższych okoliczności Zamawiający wskazał, że Odwołujący wnosząc odwołanie domaga się *de facto* ponownego badania spełnienia przez niego warunku doświadczenia w zakresie realizacji zamówienia publicznego w Gminie Jarosław, co było już przedmiotem badania i oceny Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący podnosi po raz kolejny, że zamówienie zrealizowane dla tej gminy miało wartość ponad 1.000.000 zł, powołując się przy tym na te same argumenty, dowody i okoliczności. Wszystkie one zostały już natomiast poddane badaniu i ocenie w postępowaniu prowadzonym pod sygn. akt KIO 987/14. Zamawiający wzywając Odwołującego do uzupełnienia dokumentów realizował wskazania wyroku wydanego w ww. sprawie. Odwołanie dotyczy tej samej czynności, jaką było wezwanie dokonane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, którą to czynność Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku. W konsekwencji, w ocenie Zamawiającego, spełnione zostały przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp.

Niezależnie od powyższej argumentacji Zamawiający zaprzeczył by wezwanie nie było precyzyjne. Przeczy temu zarówno jego treść, jak i odpowiedź Odwołującego, który odmówił przedłożenia nowych dokumentów. Odpowiedź dowodzi, że wezwanie nie było wadliwe, skoro Odwołujący zrozumiał jego treść i wiedział, do uzupełnienia jakich dokumentów był wezwany. Podniesiono także, że niezrozumiałe są zarzuty dotyczące naruszenia art. 23 ust. 3 Pzp, gdyż przepis ten nie był w ogóle stosowany, tym samym nie mógł on zostać naruszony przez Zamawiającego.

W toku postępowania odwoławczego strony podtrzymały swoje stanowiska. Pełnomocnik Odwołującego cofnął zarzut w zakresie naruszenia art. 23 ust. 3 Pzp. Przepis ten nie znajdował bowiem zastosowania w niniejszej sprawie. Jednocześnie pełnomocnik Odwołującego podtrzymał twierdzenia, że przedłożony dodatkowy wykaz robót i referencje potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W tym zakresie pełnomocnik Zamawiającego podniósł, że przedmiotowe dokumenty zostały złożone po terminie, jak również to, że Odwołujący nie kwestionował długości wyznaczonego terminu, co nie zostało objęta także treścią odwołania. Ponadto zakwestionowano twierdzenia, co do motywów działań w postaci weryfikacji oferty Odwołującego, wskazując że Zamawiający wykonał swoje obowiązki stosownie do przepisów ustawy Pzp. Podkreślono także, że jeżeli

wykonawca w określonym terminie nie uzupełni żadnych dokumentów to zamawiający zobligowany jest wykluczyć tego wykonawcę. Nie mogą być wówczas przedmiotem oceny dokumenty złożone po terminie, gdyż zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę, który uchybił terminowi na ich uzupełnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Termomodernizacja obiektów użyteczności publicznej na terenie Gminy Orłów”, w ramach warunków udziału w postępowaniu (Rozdział 6 pkt 6.1.2 SIWZ) Zamawiający wskazał, że warunek posiadania wiedzy i doświadczenia uzna 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 jako generalny wykonawca, co najmniej dwa zadania na łączną wartość nie mniejszą niż 3.000.000,00 zł brutto w tym:

- jedno zadanie w zakresie przebudowy, modernizacji i remontu obiektu na łączną wartość robót nie mniejszej niż 2.000.000,00 zł brutto. Zakres rzeczowy zadania musi obejmować roboty instalacyjne i budowlane, obejmujące m.in. prace polegające na budowie lub wymianie dachu,
- jedno zadanie w zakresie termomodernizacji obiektu na łączną wartość nie mniejszą niż 1 000.000,00 zł brutto. Zakres rzeczowy zadania musi obejmować roboty w zakresie ocieplenia budynku, wymiany stolarki okiennej i drzwiowej, modernizacji kotłowni wraz z wymianą źródła grzewczego oraz modernizacji ciepłej wody użytkowej wraz z budową kompletnej instalacji solarnej.

Zgodnie z Rozdziałem 7 pkt 7.1.3 SIWZ, dla potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego wymaganej wiedzy i doświadczenia wykonawcy zobowiązani zostali do złożenia wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone ; wg. załącznika nr 3 do SIWZ.

W odniesieniu do wskazanego powyżej warunku wiedzy i doświadczenia Odwołujący załączył do oferty wykaz robót budowlanych: 1) Przebudowa, rozbudowa i zmiana sposobu użytkowania istniejącego budynku siedziby PARP S.A. w Przemyślu na Centrum Usług

Biznesowych” wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie robót, 2) Termomodernizacja obiektów oświatowych zlokalizowanych w miejscowościach: Cewków i Ułazów na terenie Gminy Stary Dzików, wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie robót, 3) Termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Jarosław, wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie robót, 4) Rozbudowa i modernizacja budynku Urzędu Gminy w Dubiecku wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie robót.

Zamawiający badając spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu powziął wątpliwość, co do wiarygodności dokumentów z uwagi na fakt, że z BIP Urzędu Gminy Jarosław z informacji o wyborze oferty z dnia 23 maja 2013 r., wynikało, że Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane „Hołyszko” Sp. z o.o., wygrało przetarg za cenę oferty brutto 947 875,03 zł; co stanowi mniejszą wartość niż wskazana w SIWZ w rozdziale 6 pkt 6.1.2 dotycząca warunku z zadania w zakresie termomodernizacji na kwotę 1 000 000,00 zł brutto).

Zamawiający pismem z dnia 02.04.2014 r., wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień przesłanych dokumentów w szczególności dotyczących referencji wystawionych przez Wójta Gminy Jarosław z tytułu zrealizowanego w okresie 13.05.2013 r. do 30.09.2013 r. zadania pod nazwą „Termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie gminy Jarosław” w tym określenia wartości dla poszczególnych pozycji robót wymienionym w przedmiotowym dokumencie oraz doprecyzowania prac określonych jako technologia kotłowni.

W odpowiedzi Odwołujący w piśmie z dnia 03.04.2014 r. przedłożył informację na temat wartości dla poszczególnych pozycji robót oraz doprecyzował prace określone jako technologia kotłowni.

Zamawiający w dniu 22.04.2014 r. zwrócił się do wystawiającego referencje Wójta Gminy Jarosław z prośbą o udzielenie informacji w przedmiocie referencji z dnia 12 lutego 2014 r., wystawionych na rzecz Odwołującego. Zamawiający zwrócił się także o podanie całkowitych kosztów zadania w tym robót podstawowych oraz ewentualnej roboty dodatkowej, jednocześnie prosząc o przedłożenie uwierzytelnionej kserokopii umowy, w tym aneksu oraz ewentualnej umowy na roboty dodatkowe, na mocy której Wykonawca zrealizował wyżej wymienione zadanie.

Wystawiający referencje przesłał pismem z dnia 24.04.2014 r., kopie umów i aneksów na realizację zadania „Termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Jarosław”. Z załączonej umowy Nr UG.2710/4/2013 z § 5 ust. 1 wynika, że za wykonanie przedmiotu umowy określonej w przywołanej umowie strony ustalają wynagrodzenie kosztorysowe zgodnie z ofertą wykonawcy w wysokości netto 770 630,11 zł,

podatek VAT 23% - 177 244,92 zł; razem brutto 947 875,03 zł. Aneksami nr 1 i 2 do umowy z dnia 26 lipca 2013 r. oraz 29 sierpnia 2013 r., strony zmieniły treść § 2, dotyczącego terminu wykonania zamówienia. W dniu 17 lipca 2013 r., strony zawarły umowę Nr UG.2710/4/D/2013, na podstawie której Zamawiający zlecił, w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp roboty dodatkowe za wynagrodzeniem 21.640,69 zł brutto.

Zamawiający pismem z dnia 25.04.2014 r. w związku z rozbieżnościami, jakie wystąpiły między dostarczonymi umowami, a referencjami zwrócił się do Wójta Gminy Jarosław z prośbą o potwierdzenie, czy referencje wystawione dla Wykonawcy na kwotę 1.003.999,35 zł brutto są wiarygodne i odzwierciedlają wartość całego zadania.

Zamawiający w dniu 28.04.2014 r., zwrócił się do Wykonawcy z prośbą o przedstawienie oryginału referencji, oraz o złożenie wyjaśnień w zakresie zaistniałych rozbieżności w zakresie rzeczowym i finansowym.

Zamawiający w dniu 29.04.2014 r. otrzymał pismo wykonawcy z dnia 28.04.2014 r., w którym dla wykazania wartości wykonanych robót przedłożono zestawienie złożonych u Inwestora faktur wraz z ich wartością brutto. W piśmie wskazano jednocześnie, że różnica między wynagrodzeniem umownym, a rzeczywistą wartością wynagrodzenia wykonanych robót wynika z kosztorysowego charakteru wynagrodzenia określonego w umowie.

Zamawiający w dniu 05.05.2014 r. otrzymał od wystawiającego referencje dla wykonawcy informację, iż w dostarczonych poprzednio referencjach błędnie wpisano kwotę zadania „Termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Jarosław”, wskazując, iż faktyczna kwota zadania wynosiła 969 515,72 zł.

W związku z powyższą informacją Zamawiający pismem z dnia 5 maja 2014 r., zwrócił się do Wójta Gminy Jarosław o wyjaśnienie na okoliczność różnicy między wykazaną faktyczną kwotą zadania, a wykazaną przez Wykonawcę w piśmie z dnia 28.04.2014 r. w zakresie faktury Nr FVE/011/UB/2013 data wystawienie 20.11.2013 r. o wartości brutto 37 483,60 zł oraz o wskazanie, czy wyżej wymieniona faktura była wystawiona zgodnie z umową na realizację zadania pn. „Termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie gminy Jarosław” i czy kwota wynikająca z przedmiotowej faktury jest kwotą należną wykonawcy. Ponadto poproszono o potwierdzenie, czy informacja na temat wartości dla poszczególnych pozycji robót jest zgodna z zakresem i kwotami faktycznie wykonanych zadań.

W odpowiedzi, w dniu 6 maja 2014 r., Zamawiający uzyskał informację, że przedstawiona faktura Nr FVE/011/UB/2013 data wystawienie 20.11.2013 r. o wartości 37 483,60 zł została odesłana wykonawcy jako nienależna wyjaśniając przy tym, iż protokół konieczności jak i kosztorys na podstawie których wystawiono fakturę nie zostały zatwierdzone przez inspektora nadzoru oraz zamawiającego, gdyż roboty w niej wycenione

nie mogą zostać uznane za roboty dodatkowe, ponieważ były ujęte w dokumentacji technicznej i projekcie budowlanym.

O odesłaniu ww. faktury Gmina Jarosław poinformowała Odwołującego już pismem z dnia 25 marca 2014 r., w którym wskazano na rozumienie robót dodatkowych, zapisy Rozdziału 13 pkt 3 SIWZ, brak akceptacji robót przez inspektora budowlanego oraz naruszenie § 6 umowy Nr UG.2710/4/2013.

Wobec powyższych ustaleń Zamawiający uznał, że wykonawca złożył w swojej ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Zamawiający postanowił wykluczyć wykonawcę z postępowania oraz odrzucić jego ofertę. Przedmiotowe czynności Zamawiającego zostały skutecznie zaskarżone przez wykonawcę odwołaniem z dnia 19 maja 2014 r.

Wyrokiem z dnia 3 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 987/14, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert. Orzekając w przedmiotowej sprawie Izba stwierdziła, że Zamawiający nie potwierdził złożenia nieprawdziwych informacji, jak również nie znalazła podstaw do uznania, by czynności Odwołującego nosiły znamiona celowości i świadomości ukierunkowanej na złożenie nieprawdziwych informacji. Na podstawie poczynionych ustaleń faktycznych Izba wskazała jednocześnie w uzasadnieniu wyroku, że *„z okoliczności przedmiotowej sprawy Zamawiający powinien wysnuć wniosek, z którego wynikałby skutek w postaci uznania, że Odwołujący nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu, w zakresie spornego zakresu, a Zamawiający winien wezwać Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia wykazu robót budowlanych o robotę spełniającą kwestionowany warunek wraz z przedłożeniem poświadczenia potwierdzającego jego prawidłową realizację. Powyższe Izba ustaliła mając na względzie pogląd, że roboty budowlane, usługi czy też dostawy, które stanowią przedmiot sporu w zakresie ilości, terminowości, wartości, itp. zakresom, nie może być brana pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż ostateczne ustalenie m.in. ww. zakresów może mieć decydujące znaczenie o sytuacji wykonawcy w postępowaniu. Powyższe nieprawidłowości, czy też nieścisłości nie stanowią natomiast ograniczenia do zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 lub też 4 (jeżeli jest to możliwe) ustawy Pzp”.*

W odwołaniu rozpoznanym w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 987/14, Odwołujący zaznaczył, że w okresie ostatnich 5-let wykonał wiele prac spełniających warunek, o którym mowa w Rozdziale 6 pkt 6.1.2. SIWZ, zatem gdyby Zamawiający zwrócił się o przedłożenie dodatkowych referencji, Odwołujący – aby rozwiązać wszelkie wątpliwości,

przedłożyłby referencje wydane przez inne podmioty. W toku rozprawy w sprawie o sygn. akt KIO 987/14, Odwołujący na pytanie przewodniczącego wyjaśnił, że oprócz wskazanych w wykazie robót budowlanych posiada w swoim dorobku również inne roboty, które w spornym zakresie spełniłyby postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu.

Odpis w ww. wyroku wraz z uzasadnieniem został doręczony Zamawiającemu w dniu 16 czerwca 2014 r., a Odwołującemu w dniu 17 czerwca 2014 r.

Zamawiający pismem z dnia 16 czerwca 2014 r., doręczonym Odwołującemu w tym samym dniu, wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego, zgodnie z rozdziałem 6 pkt 6.1.2 SIWZ. W treści wezwania wskazano, że Zamawiający w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie, żądał w formie oryginału lub kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez osobę uprawnioną do reprezentacji wykonawcy, wykazu robót budowlanych wykonanych przez wykonawcę w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie oraz odpowiadających rodzajowi robót stanowiących przedmiot zamówienia, tj. w części dotyczącej – jednego zadania w zakresie termomodernizacji obiektu na łączną wartość nie mniejszą niż 1.000.000,00 zł brutto. Zakres rzeczowy zadania musi obejmować roboty w zakresie ocieplenia budynku, wymiany stolarki okiennej i drzwiowej, modernizacji kotłowni wraz z wymianą źródła grzewczego oraz modernizacji ciepłej wody użytkowej wraz z budową kompletnej instalacji solarnej. Zamawiający wyznaczył termin uzupełnienia dokumentów: do 17 czerwca 2014 r., do godz. 14:00.

Pismem z dnia 16 czerwca 2014 r., doręczonym Zamawiającemu w dniu 17 czerwca 2014 r., godz. 13:44, Odwołujący poinformował, że wykaz robót budowlanych wykonanych przez wykonawcę w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert w części dotyczącej jednego zadania w zakresie termomodernizacji obiektu na łączną wartość nie mniejszą niż 1.000.000,00 zł brutto, którego zakres rzeczowy obejmował roboty w zakresie ocieplenia budynku, wymiany stolarki okiennej i drzwiowej, modernizacji kotłowni wraz z wymianą źródła grzewczego oraz modernizacji ciepłej wody użytkowej wraz z budową kompletnej instalacji solarnej został dostarczony wraz z ofertą w dniu 24 lutego 2014 r. W związku z powyższym Odwołujący wskazał, że nie wie na czym polegać ma uzupełnienie dokumentów i jakie konkretnie dokumenty ma przesłać Zamawiającemu w odpowiedzi na to wezwanie.

Pismem z dnia 18 czerwca 2014 r., doręczonym Zamawiającemu w tym samym dniu, Odwołujący przesłał dodatkowy wykaz robót potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert w zakresie wymienionym przez Zamawiającego w

Rozdziale 6 pkt 6.1.2 SIWZ. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że podtrzymuje stanowisko wyrażono w piśmie z dnia 17 czerwca 2014 r., że przedłożony wraz z ofertą w dniu 24 lutego 2014 r. wykaz robót spełniał wymagania Rozdziału 6 pkt 6.1.2. SIWZ.

Pismem z dnia 27 czerwca 2014 r. (doręczonym Odwołującemu w dniu 30 czerwca 2014 r.) Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty – nr 6 wykonawcy K&B DEVELOPMENT E. B....., Ł. K..... Sp. j. Jednocześnie Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty – na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in., że zadanie wykonane na terenie Gminy Jarosław jest zadaniem o wartości mniejszej niż wymagane w SIWZ. Z tego też względu Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku w części dotyczącej jednego zadania w zakresie termomodernizacji obiektu na łączną wartość nie mniejszą niż 1.000.000,00 zł brutto. Zamawiający wskazał także, że zakreślając termin na uzupełnienie brakujących dokumentów kierował się szczególnymi okolicznościami, jakie wystąpiły w niniejszej sprawie. Zamawiający na wcześniejszym etapie postępowania wykluczył bowiem wykonawcę uznając, że przedstawienie dokumentów potwierdzających doświadczenie o wartości niższej było złożeniem nieprawdziwych informacji. Ocena ta nie została podzielona przez KIO, która uwzględniając odwołanie wskazała jednocześnie, że Zamawiający powinien wysnuć wniosek, z którego wynikałoby, że wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu i wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający wskazał przy tym, że wykonawca już wcześniej (w poprzednim odwołaniu) podnosił, że posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie zgodnym z SIWZ i gotowy jest w każdym czasie stosowne dokumenty przedłożyć. Zamawiający wyznaczając więc na uzupełnienie dokumentów termin do godziny 14stej następnego dnia uznał, że jest to termin realny na przedłożenie dokumentów będących już w posiadaniu wykonawcy. Zamawiający zawarł w uzasadnieniu także to, że wykonawca odmówił uzupełnienia dokumentów oświadczając, że w zakresie ww. zadania złożył wszystkie dokumenty wraz z ofertą, a następnie w dniu 18 czerwca 2014 r., a więc po upływie zakreślonego terminu, przedłożył nowy wykaz. W związku z tym wskazano, że przepis art. 26 ust. 3 Pzp, będący podstawą wezwania nakazuje wykonawcy spełnić żądanie zamawiającego w wyznaczonym terminie. W niniejszym postępowaniu wykonawca nie spełnił tego żądania, a uzupełnienie dokumentów po terminie jest bezskuteczne, co w konsekwencji oznacza, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Niezależnie od powyższego Zamawiający przedstawił także informację, że przedłożony w dniu 18 czerwca 2014 r. wykaz nie potwierdza spełnienia postawionego warunku doświadczenia.

Powyższy stan faktyczny ustalono na podstawie dokumentacji dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgromadzonej w sprawie niniejszej, jak również w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 987/14. Istota sporu stron koncentrowała się na odmiennej ocenie, co do wykazania wymaganej wiedzy i doświadczenia za pomocą roboty budowlanej wykonanej na rzecz Gminy Jarosław, jak również za pomocą roboty ujętej w wykazie dodatkowym, skuteczności wezwania wystosowanego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, jak również czynności weryfikacyjnych i ich zakresu podjętych wobec Odwołującego w kontekście zapewniania równego traktowania wykonawców. Izba nie uznała, by dowody (dokumenty) wskazane przez Odwołującego w treści odwołania potwierdzały w sposób jednoznaczny, że robota budowlana wykonana na rzecz Gminy Jarosław spełnia wymagania postawione w niniejszym postępowaniu w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia. Kwestia ta została przy tym ustalona w uzasadnieniu wyroku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 987/14. Odwołujący nie przedstawił w tym względzie żadnych nowych dokumentów lub okoliczności. Izba nie uznała w konsekwencji twierdzeń i argumentacji Odwołującego dotyczących wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia za pomocą roboty budowlanej wykonanej na rzecz Gminy Jarosław. Dokumenty wskazane przez Odwołującego tworzyły przy tym akta sprawy, analizowane w całości przez Izbę przy wydaniu orzeczenia, tak więc wniosek dowodowy w tym zakresie nie był konieczny. Izba dopuściła natomiast dowód zawnioskowany przez Odwołującego w piśmie procesowym w postaci opinii prywatnej, jednak Izba nie uznała ostatecznie, by z dowodu tego wynikały fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Opinia dotyczyła bowiem zadania przedłożonego w wykazie złożonym po terminie zakreślonym przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając podniesione w odwołaniu zarzuty Izba kierowała się zasadą wynikającą z art. 190 ust. 1 Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania, zgodnie z zasadą kontradyktoryjności władającą postępowaniem odwoławczym, są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Z uwagi na wartość zamówienia Izba miała na względzie także ograniczenia wynikające z art. 180 ust. 2 Pzp, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Merytoryczne uzasadnienie powyższej oceny należy jednak poprzedzić przedstawieniem stanowiska, co do złożonego przez Zamawiającego wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 185 ust. 6 Pzp. Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego żądania i wydała na posiedzeniu postanowienie o jego oddaleniu. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W myśl art. 185 ust. 6 Pzp, odwołujący nie może korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 Pzp. W przypadku niniejszego odwołania nie zaistniały przesłanki, o których mowa w powołanych przepisach. W wyroku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 987/14, Izba uwzględniając odwołanie nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert. Izba nie nakazywała Zamawiającemu wykluczenia Odwołującego z postępowania, która to czynność została zakwestionowana w niniejszym odwołaniu. Należy zauważyć, iż w poprzednim postępowaniu rozstrzygnięcie Izby było korzystne dla Odwołującego i nie było w ogóle możliwym nakazywanie Zamawiającemu tego rodzaju czynności. W sentencji ww. wyroku Izba nie nakazywała także Zamawiającemu wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zostało to zasygnalizowane w uzasadnieniu orzeczenia. W toku dalszego postępowania Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Nie można jednak było wywodzić z tego faktu twierdzeń, że czynność ta stanowi czynność, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp w zw. z art. 185 ust. 6 Pzp. Co istotne, w niniejszym postępowaniu, z uwagi na wartość zamówienia, zastosowanie znajduje art. 180 ust. 2 Pzp. W świetle tego przepisu kwestionowanie samej czynności wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp nie mogło stanowić przedmiotu samodzielnego zarzutu. W odwołaniu przepis ten został powiązany z zarzutem głównym dotyczącym czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Co prawda, Odwołujący w odrębnej jednostce redakcyjnej odwołania podniósł naruszenie tylko art. 26 ust. 3 Pzp (zarzut dotyczący art. 23 ust. 3 Pzp został wycofany), ale odniesione to zostało do czynności wykluczenia z postępowania. Reasumując, w niniejszej sprawie, mając na względzie art. 180 ust. 2 Pzp, zarzuty mogły dotyczyć wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia oraz odrzucenia jego oferty. W ramach zarzutu odnoszącego się do wykluczenia

wykonawcy z postępowania zostało podniesione także naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołanie dotyczyło czynności podjętych po nakazanej Zamawiającemu – wyrokiem wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 987/14 – ponownej ocenie i badaniu ofert.

Jednocześnie, w toku posiedzenia skład orzekający zakomunikował stronom, iż w okolicznościach niniejszej sprawy brak jest podstaw do rozpatrywania na rozprawie argumentacji Odwołującego w części dotyczącej wykazu robót i referencji dotyczących roboty budowlanej wykonanej na rzecz Gminy Jarosław, powoływanej jako element podstawy zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Przedmiotowe okoliczności zostały już zbadane przez Izbę przy wydawaniu wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 987/14, czemu dano wyraz w uzasadnieniu orzeczenia. Zarzut ówczesnego odwołania dotyczył, co prawda, kwestii nieprawdziwych informacji, jednak nie zmienia to faktu, iż prawidłowość wykazu została już oceniona na podstawie analizy całokształtu dokumentacji postępowania. Ustalenia Izby poczynione na ówczesnym etapie zachowują aktualność i są wiążące, zwłaszcza że Odwołujący w niniejszym postępowaniu nie powołał żadnych nowych okoliczności, które mogłyby zmienić powziętą w tym zakresie ocenę. Przeciwnie, w odwołaniu powołano dowody w postaci dokumentów ze sprawy o sygn. akt KIO 987/14, która to dokumentacja, w tym wskazywane przez Odwołującego dokumenty, stanowiły podstawę ustaleń poczynionych w powyższej sprawie. Treść poprzedniego odwołania (w którym Odwołujący powoływał się także na protokół konieczności z dnia 16 lipca 2013 r., notatkę służbową z dnia 9 września 2013 r., fakturę nr FVE/01I/UB/2013, kosztorys powykonawczy czy umowę), treść protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 30 maja 2014 r., jak również uzasadnienie w ww. wyroku, nie pozostawia wątpliwości, że kwestie dotyczące wykazu robót i referencji odnoszących się do zadania realizowanego na rzecz Gminy Jarosław były już przedmiotem sporu stron, a następnie ustaleń Izby. Potwierdza to także stanowisko Odwołującego przedstawione w treści niniejszego odwołania, w którym to Odwołujący stwierdził, że nie tylko wyjaśniał, ale także udowadniał kwestie dotyczące wartości przedmiotowych robót. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Izba nie uznała jednak, by wartość ta przewyższała kwotę, o której mowa w Rozdziale 6 pkt 6.1.2. SIWZ, czemu dano wyraz w uzasadnieniu wyroku z dnia 3 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 987/14, stwierdzając, że *„Zamawiający powinien wysnuć wniosek, z którego wynikałby skutek w postaci uznania, że Odwołujący nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu, w zakresie spornego zakresu”*. Reasumując, Odwołujący argumentując, że roboty wykonane na rzecz Gminy Jarosław spełniają warunek określony w Rozdziale 6 pkt 6.1.2. SIWZ powoływał się wyłącznie na te same okoliczności, które były już przedmiotem oceny Izby w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się. W konsekwencji, mając na uwadze, że procedura odwoławcza

regulowana ustawą Prawo zamówień publicznych nie przewiduje częściowego odrzucenia odwołania, w ocenie składu orzekającego, powyższe okoliczności nie mogły podlegać badaniu i stanowić jednej z podstaw dla zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, gdyż w tym zakresie zaistniała sytuacja procesowo analogiczna do sytuacji, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Należy przy tym stwierdzić, że nawet przy uznaniu dopuszczalności rozpoznania, jako podstawy zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, argumentacji Odwołującego o spełnieniu przez roboty wykonane na rzecz Gminy Jarosław wymogów postawionych w niniejszym postępowaniu, ocena podjęta w tym zakresie byłaby oceną negatywną, nie wpływającą na końcowe stanowisko Izby, co do oddalenia odwołania. Cena wybranej oferty Odwołującego w postępowaniu przeprowadzonym przez Gminę Jarosław była niższa od kwoty 1.000.000,00 zł brutto, przyjętej przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu w odniesieniu do warunku z zadania w zakresie termomodernizacji. Gmina Jarosław zakwestionowała następnie prawo żądania przez Odwołującego zapłaty dodatkowej kwoty (objętej fakturą Nr FVE/011/UB/2013 o wartości 37 483,60 zł), co stanowi dalszy przedmiot sporu między tymi stronami. Twierdzenia Odwołującego, że spór nie dotyczy wartości robót, tylko wysokości wynagrodzenia nie mogły zostać uznane za przekonujące. Przede wszystkim należy uznać, że to właśnie wysokość wynagrodzenia odzwierciedla wartość robót. Akceptacja zaś stanowiska Odwołującego oznaczałaby, że niezależnie od wysokości ustalonego i zaakceptowanego wynagrodzenia to wykonawca według własnego uznania określałby tę wartość na potrzeby innych postępowań o zamówienie publiczne. Skład orzekający w niniejszej sprawie w pełni podziela pogląd wyrażony już w wyroku rozstrzygającym poprzednie odwołanie (KIO 987/14), zgodnie z którym roboty budowlane, usługi, czy też dostawy, które stanowią przedmiot sporu w zakresie ilości, terminowości, wartości, itp., nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Dotyczyć to musi w szczególności sytuacji, gdy sporny zakres decyduje w istocie o spełnieniu minimum przewidzianym w danym postępowaniu. W niniejszym postępowaniu Zamawiający powziął wiedzę o wartości niższej niż wymagana w celu potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, zweryfikował następnie te kwestie, w tym uzyskał informację od drugiej strony umowy (zamawiającego), że nie uznaje on prawa wykonawcy do podwyższenia wynagrodzenia o kwotę objętą fakturą Nr FVE/011/UB/2013. W tych okolicznościach uznanie stanowiska Odwołującego nie znajduje żadnego uzasadnienia. Przyjęcie stanowiska prezentowanego przez Odwołującego, jedynie na podstawie jego twierdzeń i własnej oceny, w sytuacji gdy są one kwestionowane przez podmiot, na rzecz którego wykonywane były roboty budowlane, mogłoby także prowadzić do złamania zasady równego traktowania wykonawców. Do udziału w postępowaniu

dopuszczeni zostaliby bowiem zarówno wykonawcy, co do których nie zaistniały wątpliwości w zakresie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia i którzy przedstawili zadania o wymaganej wartości, jak i wykonawca, który tych okoliczności nie wykazał w sposób jednoznaczny. Rozstrzygający w tym zakresie mógł być w zasadzie jedynie dowód w postaci uznania przez Gminę Jarosław roszczeń Odwołującego, który dodatkowo musiałby potwierdzać spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Tego rodzaju dowodu Odwołujący nie przedłożył. Uznanie wartości robót jedynie na podstawie wersji prezentowanej przez wykonawcę, przy jednoczesnej jej negacji przez podmiot, na rzecz którego prace zostały wykonane, nie zasługiwałoby na akceptację. Z uwagi na istniejący spór i zakwestionowanie przez ww. zamawiającego żądania zapłaty dodatkowej kwoty, Odwołujący nie był w istocie w ogóle zdolny do udowodnienia stawianych przez siebie tez.

Izba nie znalazła także podstaw do uznania stanowiska i argumentacji Odwołującego, co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, którego podstawę stanowiły twierdzenia o prawidłowości dodatkowo złożonego wykazu i potwierdzeniu poprzez ten dodatkowy wykaz spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak również twierdzenia o wadliwości i bezskuteczności wezwania dokonanego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Nie zasługiwał na uwzględnienie również zarzut dotyczący naruszenia art. 7 Pzp.

Należy przede wszystkim wskazać, że ocena, czy roboty budowlane zawarte w nowym wykazie spełniają wymogi Zamawiającego, nie miała w okolicznościach niniejszej sprawy istotnego znaczenia przy rozstrzygnięciu o zarzutach odwołania. Faktem bezspornym pozostawało to, że dodatkowy wykaz został złożony przez Odwołującego po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. W konsekwencji czynność ta pozostawała bezskuteczna, a Zamawiający dokonując oceny spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie mógł brać pod uwagę robót zawartych w wykazie złożonym po terminie. Odmienne procedowanie prowadziłoby, w ocenie składu orzekającego, do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz wymogu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo przeprowadził procedurę z art. 26 ust. 3 Pzp i nie doszło w tym zakresie do naruszeń, które mogłyby następnie wpłynąć na prawidłowość czynności wykluczenia wykonawcy, ani skutkować możliwością uznania tego wykluczenia za dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. W tym zakresie należy wskazać, że okoliczność, kiedy Odwołujący otrzymał uzasadnienie wyroku z dnia 3 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 987/14, pozostaje bez wpływu na ocenę czynności Zamawiającego, ani nie może stanowić okoliczności usprawiedliwiającej brak wykonania wezwania z dnia 16

czerwca 2014 r., do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego. Należy wskazać na zasadę, że zamawiający, do chwili zawarcia umowy na udzielenie danego zamówienia publicznego, ma prawo do samoistnego podjęcia decyzji o przeprowadzeniu określonych czynności, jeżeli dostrzeże swoje zaniechania w tym zakresie i będzie to niezbędne dla zagwarantowania prawidłowego toku postępowania.

Mając na uwadze powyższe, to czy Zamawiający dokonałby wezwania z uwagi na stanowisko zawarte w uzasadnieniu wyroku z dnia 3 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 987/14, czy też wezwanie to byłoby skutkiem jego własnej oceny, nie powodowałoby po stronie wykonawcy uprawnienia do kwestionowania tej czynności i odmowy wykonania wezwania, stosownie do treści i istoty zawartego w nim zobowiązania. W piśmie procesowym złożonym na rozprawie Odwołujący sam przy tym argumentował, że „sugestie zawarte w uzasadnieniu wyroku nie mają charakteru wiążącego”. W realiach niniejszej sprawy, Odwołujący otrzymując wezwanie w dniu 16 czerwca 2014 r., miał więc obowiązek jego wykonania, niezależnie od tego, w jakim dniu powziął wiedzę o treści uzasadnienia w ww. wyroku, jak również niezależnie od tego, czy działanie Zamawiającego spowodowane było treścią uzasadnienia wyroku. Dla wykonawcy istotny powinien być sam fakt otrzymania wezwania oraz wynikający z tego obowiązek uzupełnienia dokumentów, a nie to, czy wezwanie spowodowane zostało uzasadnieniem wyroku. Nie ulega wątpliwości, że gdyby Zamawiający wystosował wezwanie nawet w sytuacji, gdyby uzasadnienie w ww. wyroku w ogóle nie sygnalizowało zasadności dokonania tej czynności, to wezwanie to byłoby skuteczne i wiążące wykonawcę. W toku postępowania, z uwagi na wartość zamówienia, Odwołujący nie mógł przy tym kwestionować samej czynności wezwania dokonanego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, a więc powinien był je wykonać, zgodnie z żądaniem Zamawiającego. Sam zaś moment powzięcia przez Odwołującego wiedzy o treści uzasadnienia wyroku nie mógł decydować o ważności i skuteczności wystosowanego wezwania, jak również nie mógł usprawiedliwiać niewykonania wezwania w terminie. Co istotne, wykonawca mógł wnioskować do Zamawiającego o wydłużenie wyznaczonego terminu, czego jednak nie uczynił, poprzestając na przedstawieniu swojej własnej oceny (której jak wskazano wcześniej Izba jednak nie podziela), że przedłożony wcześniej wykaz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Kwestia długości wyznaczonego terminu, co zostało trafnie podniesione przez Zamawiającego, nie została także objęta zarzutami odwołania. W istocie wykonawca nie przywiązywał uwagi do terminu wyznaczonego przez Zamawiającego, uznając błędnie, że spełnił już warunki udziału w postępowaniu. Jedynie na marginesie, niezależnie od faktu, że Odwołujący nie kwestionował terminu wyznaczonego do uzupełnienia dokumentów, można wskazać, że Zamawiający przedstawił przekonujące argumenty dla wykazania, że termin ten

był realny i odpowiedni. Faktycznie bowiem, Odwołujący już w toku wcześniejszego postępowania odwoławczego, zarówno w treści odwołania, jak i na rozprawie, deklaruwał posiadanie doświadczenia w zakresie innych prac, spełniających wymogi Zamawiającego, jak również zapewniał o możliwości przedłożenia na tę okoliczność stosownych dokumentów.

Izba nie podzieliła także twierdzeń Odwołującego, iż dokonane na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwanie do uzupełniania dokumentów, nie było wezwaniem precyzyjnym, jak również, by Odwołujący nie wiedział, jakie dokumenty ma przedłożyć. Wykonawca musiał posiadać wiedzę, że istota sporu stron koncentruje się wokół roboty wykonanej na rzecz Gminy Jarosław. Niezależnie od tego, sama treść wezwania wskazywała na obowiązek uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym zadania termomodernizacji obiektu na łączną wartość nie mniejszą niż 1.000.000,00 zł brutto – a więc w zakresie doświadczenia, dla wykazania którego Odwołujący powoływał właśnie w ww. robotę budowlaną. Treść wezwania nie odnosiła się do wszystkich zadań wymaganych w ramach warunku wiedzy i doświadczenia, ale koncentrowała się na jednym, wskazanym powyżej zadaniu. W wezwaniu przywołano zarówno treść postawionego wymogu, jak też wskazano na obowiązek uzupełnienia dokumentów potwierdzających jego spełnienie. Wbrew twierdzeniom zawartym w piśmie procesowym złożonym w toku postępowania odwoławczego, Odwołujący nie zawarł pytania, na czym polegać ma uzupełnienie dokumentów i jakie konkretne dokumenty ma przesłać. W treści odpowiedzi z dnia 16 czerwca 2014 r. nie widnieją tego rodzaju pytania, a jedynie stwierdzenie wykonawcy, że nie wie na czym ma polegać uzupełnienie dokumentów i jakie dokumenty ma przesłać. Stwierdzenie wykonawcy nie jest pytaniem kierowanym do Zamawiającego, ani prośbą o wyjaśnienie tych kwestii. Należy przy tym wskazać, że rodzaje dokumentów, jakie wykonawcy mają obowiązek przedłożyć dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostały określone w treści SIWZ.

Reasumując, wezwanie z dnia 16 czerwca 2014 r., nie powinno w ocenie składu orzekającego powodować po stronie wykonawcy, którego staranność należy oceniać w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, przy uwzględnieniu profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie publiczne oraz zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności, żadnych trudności w odczytaniu jego treści. Przedmiotowe wezwanie było zdaniem Izby jasne i precyzyjne, co znajduje potwierdzenie także w tym, że w odpowiedzi wykonawca stwierdził, że dokumenty dla potwierdzenia spełnienia warunku zostały już przez niego złożone, a tym samym wiedział, o uzupełnienie jakich dokumentów jest wzywany.

Nie zasługiwał na uwzględnienie także zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, polegający na wnikliwym weryfikowaniu tylko wykazu robót przedłożonych przez Odwołującego, poprzez zwracanie się o dodatkowe informacje do podmiotów, które wydały referencje na rzecz Odwołującego. Należy zauważyć, że Odwołujący już w odwołaniu z dnia 19 maja 2014 r., podnosił twierdzenia, że aktywność Zamawiającego w weryfikowaniu referencji tylko w stosunku do jednego z wykonawców niewątpliwie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. W odwołaniu wniesionym w niniejszej sprawie Odwołujący pominął w istocie przedstawienie okoliczności dla poparcia zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. W piśmie procesowym złożonym w toku postępowania odwoławczego Odwołujący podniósł, że Zamawiający miał wątpliwości tylko do referencji przedłożonych przez Odwołującego. W stosunku zaś do innych wykonawców nie weryfikował tych kwestii w sposób tak szczegółowy, traktując ich oferty w sposób pobłażliwy. Powołano w tym zakresie twierdzenie, że z referencji przedłożonych przez wybranego wykonawcę z dnia 18 lipca 2013 r., wystawionych przez Parafię Rzymskokatolicką p.w. Świętego Jana Chrzciciela przy Bazylice Archikatedralnej w Przemyślu, wynika że wykonawca ten wykonał prace polegające na wymianie więźby dachowej, a nie całego dachu. Zamawiający pominął przy tym fakt, że przedmiotowe referencje zostały podpisane przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania parafii. Izba nie znalazła podstaw do uznania, by dokonując weryfikacji oferty Odwołującego Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający, wobec powzięcia wątpliwości, wobec wykazu robót i referencji przedłożonych przez Odwołującego miał podstawy, prawo, a wręcz obowiązek sprawdzenia tych okoliczności. Nie można Zamawiającemu czynić zarzutu z korzystania w tym celu z instrumentów prawnych przewidzianych przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r., w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., Nr 231). Należy następnie wskazać, że w związku z ograniczeniami wynikającymi z art. 180 ust. 2 Pzp, w zakresie rezultatów badania i oceny ofert wykonawcy mogą odwołać się wyłącznie od czynności, które bezpośrednio ich eliminują z postępowania, czyli od wykluczenia ich z postępowania lub odrzucenia ich oferty (por. wyrok KIO z dnia 21 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1058/13). Hipotetyczne nieprawidłowości w zakresie oceny innych ofert, czy nie zasługujące na aprobatę inne czynności zamawiającego, nawet rozpatrywane przez pryzmat zasady wynikającej z art. 7 ust. 1 Pzp, nie uzasadniają zasadności zarzutów odwołania, jeśli nie dotyczą sytuacji odwołującego, w tym nie dają podstawy do stwierdzenia, że w ich wyniku oferta odwołującego została bezpodstawnie odrzucona (tak: wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 719/13). W odniesieniu do dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej i twierdzeń Odwołującego o

wadliwości wykazu złożonego przez wybranego wykonawcę, należy wskazać, że w zamkniętym katalogu czynności wymienionych w przepisie art. 180 ust. 2 Pzp, nie ma czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Brak możliwości orzekania, co do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie powoduje jednocześnie po stronie Zamawiającego możliwości konwalidowania błędów, jeżeli takowo wystąpiły. Jak wskazano wcześniej, *„zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, do dokonania ponownego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął. Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy (analogiczny pogląd wyrażono w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2010r. w spr. KIO 1939/10, z dnia 28 grudnia 2010r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10, z dnia 19 stycznia 2011r. w spr. KIO 34/11, z dnia 21 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1231/11, postanowieniu z 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11).*

W odniesieniu do podnoszonej okoliczności dotyczącej osoby, która podpisała referencje na rzecz wybranego wykonawcy, niezależnie od ograniczeń wynikających z art. 180 ust. 2 Pzp, należy wskazać, że referencje nie są oświadczeniem woli, dla którego wymagane byłoby zachowanie zasad reprezentacji podmiotu wystawiającego. Jest to oświadczenie wiedzy podmiotu posiadającego w dyspozycji informacje z zakresu objętego ich przedmiotem, może je zatem wystawić każdy, kto ma wystarczający zasób wiedzy pozwalający uznać o należytej jakości wykonanych robót czy dostaw.

Reasumując, w ocenie Izby Zamawiający prawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania oraz odrzucił jego ofertę. Należy zauważyć, że Odwołującemu zapewniono możliwość przedłożenia prawidłowego wykazu i referencji, z czego jednak nie skorzystał w określonym terminie. Wobec nieuzupełnienia w terminie wymaganych dokumentów Zamawiający miał natomiast obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Mając wszystko powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego, a w związku z oddaleniem odwołania Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: