

WYROK
z dnia 5 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 listopada 2019 r. przez wykonawcę **Bonum Fabrica Sp. z o.o., Aleja Bohaterów Września 9/135, 02-389 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Saperska 1, 10-073 Olsztyn**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, a w ramach tej czynności wezwanie odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt VII. 3 ppkt 2 tiret 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2. kosztami postępowania obciąża **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Olsztynie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Bonum Fabrica Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.1. zasądza od **Rejonowy Zarząd Infrastruktury Gminy Grodków** na rzecz wykonawcy **Bonum Fabrica Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (10 000 zł) i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Olsztynie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Olsztynie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest rozbudowa budynku magazynowego nr 39 na potrzeby 22 WOG w Olsztynie wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 593691 -N-2019

Wykonawca Bonum Fabrica sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec nieuprawnionej czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania ewentualnie zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających okoliczności o jakich mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący stawia Zamawiającemu zarzuty naruszenia: - art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż Odwołujący nie spełnia lub nie wykazał, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, mimo, że Odwołujący złożył na wezwanie Zamawiającego wykaz robót stosownie do wymagań wynikających z SIWZ, a następnie udostępnił Zamawiającemu dodatkowe dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku, a także mimo tego, iż doświadczenie, którym posługuje się Odwołujący na wykazanie spełnienia warunku w pełni ten warunek spełnia;

- ewentualnie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez brak wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, mimo tego, iż Zamawiający formułuje liczne wątpliwości w związku z doświadczeniem Odwołującego, lecz nie umożliwił Odwołującemu bezpośredniego wyjaśnienia tych wątpliwości;

- ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu - wykazu robót - w sytuacji, gdy Odwołujący nie był jeszcze wzywany do jego uzupełnienia, a zdaniem Zamawiającego nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

- ewentualnie unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do wyjaśnień lub uzupełnienia wykazu robót.

O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął wiadomość w dniu 14.11.2019 r., w którym otrzymał informację o wykluczeniu go z Postępowania. Odwołujący złożył Zamawiającemu ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę, jest ofertą najkorzystniejszą mając na uwadze kryteria oceny ofert, a także wykazał spełnienie warunków udziału w Postępowaniu. Czynności względnie zaniechania Zamawiającego mogą doprowadzić do powstania u Odwołującego szkody, albowiem nie będzie on mógł zrealizować interesu ekonomicznego wynikającego z wykonania zamówienia i otrzymania wynagrodzenia. Zatem Odwołujący posiada w myśl art. 179 ust. 1 ustawy Pzp legitymację do wniesienia niniejszego odwołania.

Odwołujący kwestionuje decyzję Zamawiającego odnośnie wykluczenia wskazując, że wykazał spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, a także, że doświadczenie, którym się posługuje, w pełni odpowiada wymaganiom Zamawiającego.

Jedynie z ostrożności zostały przez Odwołującego podniesione zarzuty naruszenia art. 26 ust. 4 i 3 ustawy Pzp na wypadek, gdyby Izba nie uznała zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp za zasadny.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp

Pismem nr 7992/19 z dnia 2.10.2019 r. Odwołujący złożył Zamawiającemu wymagany wykaz robót budowlanych oraz list referencyjny z 14.11.2018 r. wystawiony przez 32 Bazę Lotnictwa Taktycznego w Łasku, z którego wynikało należyte wykonanie zamówienia referencyjnego. Tym samym Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w Postępowaniu. Dalsze czynności Zamawiającego, opisane w informacji o wykluczeniu, były w sposób oczywisty nieprawidłowe i naruszały ustawę Pzp.

W szczególności do czynności tych możemy zaliczyć: - stwierdzenie przez Zamawiającego, iż przedłożony list referencyjny nie potwierdza wykonania wymaganego przez Zamawiającego zakresu rzeczowego; - wezwanie do złożenia dokumentów jednoznacznie określających zakres wykonanych robót budowlanych. Tym niemniej czynności te nie zostały przez Odwołującego zakwestionowane, a Zamawiający otrzymał dodatkowe dokumenty, po analizie których doszedł do wniosku, że wykonane przez Odwołującego roboty objęte zamówieniem referencyjnym ograniczały się jedynie do remontu, a nie stanowiły budowy lub przebudowy jak wymagał tego warunek.

Stanowisko Zamawiającego jest błędne, ponieważ zgodnie z definicją wynikającą z Prawa budowlanego, remont polega na wykonaniu prac, których efektem jest odtworzenie stanu pierwotnego obiektu budowlanego. Stosownie do art. 3 pkt 1 Prawa budowlanego, obiektem budowlanym jest budynek, budowla bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem. Przebudowa natomiast to wykonanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana

parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego. W ramach zamówienia referencyjnego, które wskazane zostało przez Odwołującego w wykazie robót, oprócz remontu strzelnicy małokalibrowej, przebudowany został budynek numer 27 (obiekt kubaturowy), zlokalizowany na terenie strzelnicy. W efekcie tej przebudowy zmianie uległy parametry użytkowe oraz techniczne tego budynku, założone zostały instalacje, których wcześniej w nim nie było oraz wykonano system alarmowy. Budynek ten jest w zarządzie MON, a wartość robót z nim związanych przewyższa kwotę 500 000 zł. Przebudowany obiekt jest budynkiem w rozumieniu art. 3 pkt 2 Prawa budowlanego, a zatem jest trwale związany z gruntem oraz wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych, posiada fundamenty i dach, tym samym ma charakter kubaturowy. Powierzchnia zabudowy budynku numer 27 według projektu budowlanego wynosi 131,43m² jego wysokość to ok. 3 m, a zatem kubatura budynku wynosi ok. 394,29 m³.

Roboty budowlane, które zmieniły parametry użytkowe oraz techniczne istniejącego budynku kubaturowego numer 27 obejmowały: 1) impregnację drewnianych elementów konstrukcji ścian (od zewnątrz i wewnątrz), specjalnym preparatem ochronnym, który posiada właściwości ogniochronne i biochronne; 2) przebudowę podestu strzeleckiego wraz z wykonaniem wejścia oraz barierki; 3) wykonanie przesłony w konstrukcji dachu; 4) wykonanie wewnętrznych instalacji elektrycznych. Ponadto Odwołujący wykonał drogi dojazdowe do budynku numer 27, opaskę wokół budynku, ciągi komunikacyjne dla pieszych, przesłony metalowe oraz drewniane oraz specjalne miejsce drogowe sanitarne dla karetki pogotowia. Odwołujący wskazał w tabeli, jakie parametry użytkowe lub techniczne budynku uległy zmianie w efekcie wykonanej przebudowy.

1) Cecha techniczna/użytkowa: odporność przeciwpożarowa parametr przed przebudową: brak zabezpieczenia parametr po przebudowie: EuroClass B-s1-d0 2) Cecha techniczna/użytkowa: podest strzelecki parametr przed przebudową: 4-5osób biorących jednocześnie udział w szkoleniu parametr po przebudowie: 6-7 osób biorących jednocześnie udział w szkoleniu 3) Cecha techniczna/użytkowa: wewnętrzna linia zasilająca (WLZ) parametr przed przebudową: pobór mocy do 16A parametr po przebudowie: pobór mocy do 40A 4) Cecha techniczna/użytkowa: złącze kablowe (ZK) parametr przed przebudową: odporność na działanie łuku wewnętrznego 6 kA (1s) parametr po przebudowie: odporność na działanie łuku wewnętrznego 16 kA (1s) 5) Cecha techniczna/użytkowa: przesłona konstrukcji dachu parametr przed przebudową: waga konstrukcji - X kg parametr po przebudowie: waga konstrukcji X + 600/700 kg 6) Cecha techniczna/użytkowa: instalacja telefoniczno- komputerowa parametr przed przebudową: brak parametr po przebudowie: szybki kontakt z mediami infrastruktury wewnętrznej jednostki wojskowej tłumienie [dB/m przy 250MHz] = 0,12 7) Cecha techniczna/użytkowa: wykonanie systemu alarmowego

parametr przed przebudową: brak parametr po przebudowie: system niezbędny do prowadzenia szkoleń strzeleckich 8) Cecha techniczna/użytkowa: instalacja przeciw porażeniowa i połączeń wyrównawczych parametr przed przebudową: brak parametr po przebudowie: prąd zadziałania IAn - wysokoczułe - IAn nie większy od 30 mA 9) Cecha techniczna/użytkowa: wykonanie instalacji odgromowej parametr przed przebudową: rezystencja uziomów budynku 27 =35 Q (nie spełniała warunków poziomego ochrony LPL) parametr po przebudowie: rezystencja uziomów budynku 27 =7 Q (spełnia warunki poziomego ochrony LPL) 10) Cecha techniczna/użytkowa: instalacja zasilania obwodów jednofazowych I trójfazowych parametr przed przebudową: instalacja dwu-żyłowa bez uziemienia; brak gniazd trójfazowych instalacja z uziemieniem parametr po przebudowie: zwiększona ilość punktów elektrycznych; gniazda trójfazowe (możliwość korzystania z silników trójfazowych) Powyższa specyfikacja wskazuje na zmianę parametrów obiektu budowlanego, zarówno technicznych jak i użytkowych, a zatem w tym przypadku zakres wykonanych prac nie ograniczał się do remontu. Zgodnie z wyżej przytoczonymi definicjami Prawa budowlanego jakakolwiek zmiana parametrów technicznych lub użytkowych obiektu budowlanego przesądza o tym, iż mamy do czynienia z przebudową, przy czym konieczne jest zwrócenie uwagi na to, że stosownie do definicji obiektu budowlanego jest nim np. budynek wraz z instalacjami, a zatem nawet zmiana instalacji prowadząca do zmiany parametrów technicznych musi zostać uznana za przebudowę. W efekcie przeprowadzonych w budynku nr 27 prac: - został on przystosowany do odpowiedniej klasy odporności pożarowej, której przez wykonaniem zamówienia w ogóle nie posiadał (zmiana parametru technicznego); - został przebudowany podest, co umożliwia jednoczesne szkolenie większej ilości osób (zmiana parametru użytkowego); - wybudowane zostały schody - wejście na podest (zmiana parametru użytkowego); - przebudowano konstrukcję dachu poprzez jej wydłużenie wskutek czego ciężar konstrukcji dachu, a tym samym całej konstrukcji budynku został zmieniony (zmiana parametru technicznego); - całkowicie zdemontowana została instalacja elektryczna (kable 2 żyłowe bez uziemienia) i wykonana nowa instalacja, na którą składa się: - instalacja elektryczna oświetlenia podstawowego oświetlenia, - instalacja zasilania obwodów jednofazowych I trójfazowych, - instalacja przeciw porażeniowa i połączeń wyrównawczych, - instalacja telefoniczno-komputerowa. - system alarmowy, - wewnętrzna linia zasilająca WLZ, - złącze kablowe (ZK), - instalacja odgromowa. Prawo budowlane ani inne obowiązujące akty prawne nie definiują pojęć "parametr użytkowy" i "parametr techniczny". W orzeczeniu WSA w Bydgoszczy' z dnia 06 grudnia 2017 roku w sprawie II SA/Bd stwierdzono, iż: „W ustawie nie występuje legalna definicja parametrów użytkowych lub technicznych. Jako zmianę parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu, posiłkując się wykładnią językową należy przyjąć, że są to wielkości liczbowe wyznaczające stan układu fizycznego

albo charakterystyczne wielkości różnych urządzeń, procesów. Parametrem użytkowym i technicznym będą zatem wszelkie wielkości, wyrażane w jednostkach miary czy też wagi elementów użytkowych oraz technicznych, które występują w przypadku danego obiektu budowlanego.” Definicja sformułowana w słowniku języka polskiego określa, że parametrem użytkowym i technicznym będą wszelkie wielkości (wyrażane w jednostkach miary, wagi, nachylenia etc.) elementów użytkowych (np. dachu, okna, schodów, balkonu, drzwi) i technicznych (np. ciężaru konstrukcji, odporności przeciwpożarowej), które występują w przypadku danego obiektu budowlanego. W wyroku NSA z dnia 30 listopada 2017 roku w sprawie II OSK 924/17 zawarta została teza następująca: „Wykonanie wentylacji, kanalizacji, czy też instalacji grzewczej nowego pomieszczenia powoduje bowiem zmianę parametrów użytkowych i technicznych budynku.” W sposób najbardziej dobitny stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu orzeczenia WSA w Bydgoszczy z dnia 25 października 2017 roku, w którym sąd stwierdził: „Parametrem użytkowym i technicznym będą wszelkie wielkości, wyrażane w jednostkach miary czy też wagi elementów użytkowych, takich jak dach, okna, schody, oraz technicznych, takich jak ciężar konstrukcji czy odporność przeciwpożarowa, które występują w przypadku danego obiektu budowlanego.” W efekcie wykonania przesłony dachu w budynku nr 27 jego ciężar, a tym samym ciężar całej konstrukcji zwiększył się o ok. 700 kg, natomiast w efekcie wykonania prac impregnacyjnych określona została klasa odporności przeciwpożarowej, wskazana powyżej.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 i 3 ustawy Pzp Zarzuty niniejsze zostały postawione jedynie z ostrożności, a zatem ich rozpoznanie powinno mieć miejsce jedynie na wypadek nie uznania przez Izbę zasadności zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zamawiający przed wykluczeniem Odwołującego nie wezwał go ani do wyjaśnień, ani uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający skorzystał z art. 26 ust. 3 jednakże w sposób nieprawidłowy, albowiem wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów, które nie zostały zgodnie z dyspozycją art. 25 ust. 1 wskazane w SIWZ lub ogłoszeniu o zamówieniu. W takim przypadku nie ma przeszkód do skorzystania z art. 26 ust. 3 Pzp, albowiem Zamawiający jeszcze z tego instrumentu w sposób zgodny z ustawą nie skorzystał. Orzecznictwo jednolicie uznaje, że przed dokonaniem ostatecznej czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania, istnieje obowiązek wezwania go do uzupełnienia tzw. dokumentów podmiotowych. Zatem nawet gdyby Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku odnoszącego się do kwalifikacji zawodowych, wykluczenie Odwołującego było przedwczesne, albowiem Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do uzupełnienia wykazu robót.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie z uwagi na bezzasadność. Przypomniał, że w pkt V SIWZ — Warunki udziału w postępowaniu, w pkt 3, zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp określił minimalne poziomy zdolności wymagane od wykonawców do należytego wykonania zamówienia. W celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca zobowiązany był do złożenia m.in.:

wykazu co najmniej 1 roboty budowlanej, wykonanej w okresie ostatnich 5 lat /.../ o podobnym zakresie rzeczowym do robót będących przedmiotem zamówienia, tj. polegającej na budowie lub przebudowie budynku kubaturowego wraz z infrastrukturą techniczną (np. drogi, place, chodniki, przyłącza itp.) oraz z wykonaniem systemów alarmowych w obiektach będących w zarządzie MON, a wartość tej roboty nie może być mniejsza niż 500 000,00 zł.

Zgodnie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp oraz pkt VII SIWZ — Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia, pkt 3, Zamawiający dnia 26.09.2019 r. wezwał Wykonawcę BONUM FABRICA sp. z o.o., do złożenia w/w wykazu wykonanej roboty budowlanej wraz z podaniem jej rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których robota ta została wykonana, z załączeniem dowodów określających czy ta robota budowlana została wykonana należyście, w szczególności informacji o tym czy robota została wykonana zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończona, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego robota budowlana była wykonywana, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — innych dokumentów. Odwołujący pismem nr 7992/19 z dnia 02.10.2019 r., zarejestrowanym w dniu 03.10.2019 r., przedłożył m.in. wymagany wykaz wykonanych robót budowlanych wraz z Listem referencyjnym nr 40/2018 z dnia 14.11.2018 r. wystawionym przez 32 Bazę Lotnictwa Taktycznego w Łasku, który potwierdzał należyte wykonanie robót budowlanych remontu strzelnicy pistoletowej i małokalibrowej.

Zamawiający w piśmie nr 5769/19 z 16.10.2019 r. stwierdził, że przedłożony List Referencyjny nie potwierdza wykonania wymaganego przez Zamawiającego zakresu rzeczowego robót będących przedmiotem zamówienia, w związku z czym, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów jednoznacznie określających zakres wykonanych robót budowlanych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, którymi mogą być np. Tabela elementów rozliczeniowych lub Protokoły odbiorów końcowych robót budowlanych.

Odwołujący pismem nr 8537/19 z dnia 22.10.2019 r. przedłożył Protokół zdawczo — odbiorczy nr 1/213-355/2018WAT z dnia 25.10.2018 r.; Orzeczenie o bezpieczeństwie użytkowania obiektu nr 32/213-355/2018Mv/AT z dnia 18.10.2018 r.; Sprawozdanie ze

sprawdzenia wykonania zaleceń ekspertyzy technicznej określającej zasady bezpiecznego użytkowania strzelnicy pistoletowej i broni małokalibrowej w kompleksie nr (...) w m. Sieradz z dnia 04.10.2018 r.; Protokół sprawdzenia strzelnicy pod względem zgodności wykonania z obowiązującymi warunkami technicznymi oraz stanu wybranych elementów strzelnicy z 04.10.2018 r., Protokół przeprowadzenia strzelania sprawdzającego z dnia 16.10.2019 r.; Protokół odbioru końcowego z dnia 10.10.2018 r. oraz Protokół rozliczenia finansowego odebranych robót z dnia 10.10.2018 r.

Po analizie w/w dokumentów Zamawiający w piśmie z dnia 28.10.2019 r. (nr 5970/19) stwierdził, że nie potwierdzają one, że zakres roboty z wykazu wykonanych przez Wykonawcę robót budowlanych jest podobny do zakresu rzeczowego robót będących przedmiotem zamówienia, tzn. polegających na budowie lub przebudowie budynku kubaturowego wraz z infrastrukturą techniczną (np. drogi, place, chodniki, przyłącza) oraz wykonaniu systemów alarmowych w obiektach będących w zarządzie MON i tym samym Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu.

W ww. piśmie z 28.10.2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty nr 7629/19, jako podstawę prawną wskazując art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia C..)”

Następnie, pismem z dnia 14.11.2019 r. (nr wych 6259/19), Zamawiający dostrzegając błędnie obraną podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego oraz biorąc pod uwagę treść uzasadnienia odrzucenia w/w oferty, którego powody mogły budzić wątpliwości, dokonał unieważnienia czynności odrzucenia przedmiotowej oferty oraz ponownego zbadania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego BONUM FABRICA Sp. z o.o.

Na skutek ponownego zbadania i oceny złożonych przez wykonawców ofert, w tym dokumentów złożonych przez Odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, Zamawiający pismem z dnia 14.11.2019 r. (nr wych 6259/19) wykluczył Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Ponadto odrzucił ofertę Wykonawcy Elnet Sp. z o. o.

W odwołaniu z 19.11.2019 r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp poprzez uznanie, iż Odwołujący nie spełnia lub nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, mimo że Odwołujący złożył na wezwanie Zamawiającego wykaz robót stosownie do wymagań wynikających z SIWZ, a następnie udostępnił Zamawiającemu dodatkowe dokumenty na potwierdzenie spełnienia

warunku, a także mimo tego, że doświadczenie, którym posługuje się Odwołujący na wykazanie spełnienia warunku w pełni ten warunek spełnia;

2) ewentualnie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez brak wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, mimo tego, iż Zamawiający formułuje liczne wątpliwości w związku z doświadczeniem Odwołującego, lecz nie umożliwił Odwołującemu bezpośredniego wyjaśnienia tych wątpliwości,

3) ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy PZP poprzez brak wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu — wykazu robót — sytuacji, gdy Odwołujący nie był jeszcze wzywany do jego uzupełnienia, a zdaniem Zamawiającego nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający nie zgadza się z żadnym z ww. zarzutów, wskazując na ich bezzasadność, z przyczyn jak niżej:

Ad. 1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp

Przedmiotowy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Podkreślić należy, że to na wykonawcy ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego spoczywa ciężar udowodnienia, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz że nie podlega wykluczeniu z powodów wskazanych w art. 24 ust. 1 Pzp. Tym samym, co do zasady to nie zamawiający ma udowodnić podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania, lecz to do wykonawcy należy wykazanie braku podstaw do wykluczenia. Jak wskazuje się w ostatnich orzeczeniach KIO: „Opis warunków udziału w postępowaniu ma charakter materialny, a nie jest jedynie formalnym zabiegiem wymaganym przez procedurę udzielenia zamówienia. Finalnym celem ustalania warunków udziału w postępowaniu jest powierzenie wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawcy, którego właściwości podmiotowe pozwalają racjonalnie uznać, że wykona ją należycie. (...) Obowiązkiem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia jest podanie zamawiającemu konkretnych informacji wskazujących na posiadane przez niego wiedzę i doświadczenie, a nie jedynie powielenie postanowień SIWZ” (wyrok KIO 50/19 z dnia 28.01.2019 r.).

Wbrew sugestii w odwołaniu, aby zwolnić się z tego obowiązku niewystarczające jest zatem tylko formalne przedłożenie przez wykonawcę dokumentów wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ (wykazu robót, listu referencyjnego czy protokołu odbioru robót), lecz nadto treść złożonych dokumentów czy wyjaśnień, musi merytorycznie potwierdzać spełnienie przez Wykonawcę wymagań warunków określonych w SIWZ.

Na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia w pkt V SIWZ — Warunki udziału w postępowaniu, w pkt 3 Zamawiający zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w sposób proporcjonalny i precyzyjny określił minimalne poziomy zdolności wymagane od

wykonawców do należytego wykonania zamówienia. W celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawca zobowiązany był do złożenia wykazu co najmniej 1 roboty budowlanej o podobnym zakresie rzeczowym do robót będących przedmiotem zamówienia, tj.: polegającej na budowie lub przebudowie budynku kubaturowego wraz z infrastrukturą techniczną (np. drogi, place, chodniki, przyłącza itp.) oraz z wykonaniem systemów alarmowych w obiektach będących w zarządzie MON, a wartość tej roboty nie może być mniejsza niż 500 000,00 zł., wraz z podaniem jej rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których robota ta została wykonana, z załączeniem dowodów określających czy robota została wykonana należycie, w szczególności informacji o tym, czy robota została wykonana zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończona, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego robota budowlana była wykonywana, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — inne dokumenty — z załącznika do SIWZ.

Zauważyć należy, że w toku postępowania żaden z Wykonawców nie zwrócił się do Zamawiającego w trybie art. 38 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści siwz w zakresie dotyczącym wyjaśnienia wymagań Zamawiającego dotyczących w/w warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych dowodów, zatem należy przyjąć, że przedmiotowe warunki zostały sformułowane w sposób jasny, zrozumiały i niebudzący wątpliwości Odwołującego.

Oświadczenie Odwołującego w formie wykazu wykonanych robót w połączeniu z listem referencyjnym oraz pozostałymi dokumentami przedłożonymi przez Odwołującego za pismem z nr 8537/19 z dnia 22.10.2019 r. w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie potwierdziły zaś, że zakres roboty z wykazu wykonanych przez Wykonawcę robót budowlanych jest podobny do zakresu rzeczowego robót będących przedmiotem zamówienia, tzn. polegających na budowie lub przebudowie budynku kubaturowego wraz z infrastrukturą techniczną (np. drogi, place, chodniki, przyłącza) oraz wykonaniu systemów alarmowych w obiektach będących w zarządzie MON.

Dodatkowe informacje dotyczące zakresu rzeczowego oraz charakteru wykonanych przez Odwołującego robót budowlanych przedstawione w odwołaniu, nie mogą natomiast stanowić podstawy do uznania czynności Zamawiającego 14.11.2019 r. za niezgodną z ustawą Pzp. Potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinno nastąpić bowiem w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a nie dopiero w odwołaniu od czynności wykluczenia Odwołującego. Niezależnie od tego, Odwołujący w odwołaniu jedynie twierdzi, że spełnił warunek udziału w postępowaniu, gdyż zrealizował przebudowę budynku nr 27. Nie załączył jednak żadnych dokumentów potwierdzających, że w wykonanych przez niego

robót faktycznie doszło do opisanej zmiany parametrów technicznych i użytkowych, o których mowa w odwołaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający podtrzymał argumentację, że roboty zrealizowane przez Odwołującego, na które powołał się w wykazie i referencjach, polegały jedynie na remoncie, a nie jak wymagał Zamawiający - na budowie lub przebudowie obiektu. Zgodnie z art. 3 pkt 6 i 7a ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2019 r. poz. 1186) przez:

6) budowę - należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego;

7) przebudowę - należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego.

Remont stanowi zaś odmienną od budowy i przebudowy kategorię robót budowlanych, polegającą na „wykonywaniu w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym” (art. 3 pkt 8) ustawy Prawo budowlane).

Przedłożone przez Odwołującego dokumenty wskazują, że zrealizowane przez Wykonawcę roboty budowlane polegały jedynie na usunięciu lub uzupełnieniu wyspecyfikowanych braków w infrastrukturze terenowo technicznej strzelnicy w nowe elementy zabezpieczenia strefy strzelań, tj. na wzmocnieniu konstrukcji pawilonu strzelnicy blachą stalową, wzniesienie przesłony poprzecznej ograniczającej możliwość przestrzelenia się ponad kulochwytem górnym wykonanie masztu do wyciągania chorągwi, wykonaniu kulochwyków dolnych jako nasypów ziemnych, usunięciu drzewa, ustawieniu na drodze zapory zamykanej na czas strzelania, oznakowaniu strzelnicy, zatem nie stanowiły budowy ani przebudowy.

Z dokumentu Orzeczenie o bezpieczeństwie użytkowania obiektu nr 32/213-355/2018/WAT wynika wprost, że Odwołujący realizował remont i konserwację strzelnicy (a nie roboty polegające na przebudowie). Ponadto złożony protokół odbioru końcowego i przekazania do użytku (eksploatacji) zadania „Remont strzelnicy pistoletowej i broni małokalibrowej w Sieradzu” z 10.10.2018 r. (pkt II. Wykaz akt) wskazuje, że przy realizacji inwestycji dziennik budowy nie występował, co pozwala założyć, że zgodnie z przepisami prawa budowlanego nie było wymagane pozwolenie na budowę a tym samym nie były to roboty podobne do zakresu robót będących przedmiotem zamówienia.

Ponadto Zamawiający stwierdził, że zrealizowany przez Odwołującego remont nie dotyczył obiektu kubaturowego. Wprawdzie w przepisach prawa brak definicji legalnej pojęcia „obiekt kubaturowy”, jednak opierając się na definicji słownikowej „kubatury budynku” oraz jednolitej linii orzeczniczej sądów administracyjnych przyjmuje się, że obiekty kubaturowe to wszelkie budynki i inne obiekty budowlane, którym można przypisać parametr objętości (tak m. in.. WSA w Krakowie w wyroku z 14 lutego 2014 r., SA/Kr 1527/13, NSA w wyroku z 16.02.2016 r., II OSK 1481/14). Do takiego rozumienia pojęcia obiektu kubaturowego nawiązuje również m.in. przepis S 3 pkt 24 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (tj. z dnia 8 kwietnia 2019 r. Dz.U. z 2019 r. poz. 1065), w którym mowa jest o kubaturze brutto budynku rozumianej jako iloczyn powierzchni całkowitej, mierzonej po zewnętrznym obrysie przegród zewnętrznych i wysokości kondygnacji brutto albo między podłogą na stropie lub warstwą wyrównawczą na gruncie a górną powierzchnią podłogi bądź warstwy osłaniającej izolację cieplną stropu nad najwyższą kondygnacją.

Zgodnie zaś z 52 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 4 października 2001 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać strzelnice garnizonowe i ich usytuowanie (Dz.U. Nr 132, poz. 1479) odkryta garnizonowa strzelnica szkolna to „obiekt budowlany położony na obszarze garnizonu wojskowego, wyposażony w stałe budowle zabezpieczające i trwale oznaczone linie otwarcia ognia i linie celów, którego strefa strzelań nie jest całkowicie zakryta lub zadaszona, przeznaczony do strzelania z małokalibrowej broni osobistej, indywidualnej oraz zespołowej, a także z broni pokładowej wozów bojowych, z wykorzystaniem amunicji karabinowej o kalibrze nie większym niż 7,62 mm i amunicji pistoletowej o kalibrze nie większym niż 9 mm, wystrzeliwanej z prędkością początkową nie większą niż 1000 m/s i z energią początkową nie większą niż 3800 J”. Mając na uwadze powyższe cechy, odkryta strzelnica pistoletowa, na realizację której powołał się Odwołujący, nie jest obiektem kubaturowym, gdyż nie można określić jej objętości.

W odwołaniu, Odwołujący dodatkowo wskazuje, że w ramach zadania referencyjnego wykonał przebudowę budynku nr 27, który rzeczywiście uznać należałoby za obiekt kubaturowy, jednak złożone dotychczas przez Odwołującego dokumenty nie potwierdzają przebudowy tego budynku. Na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów z dnia 16.10.2019 r. (nr wych. 5769/19), Odwołujący przedłożył dokument „Sprawozdanie ze sprawdzenia wykonania zaleceń ekspertyzy technicznej określającej zasady bezpiecznego użytkowania strzelnicy pistoletowej i broni małokalibrowej w k-2617 w Sieradz” opracowane przez WAT, z którego wynika, że „dla zachowania bezpieczeństwa użytkowania obiektu (...) uporządkowano budynek nr 27 przywracając mu funkcję 10-stanowiskowej strzelnicy broni

małokalibrowej.” Ww. dokument wskazuje, że zakres prac w budynku nr 27 nie stanowi budowy ani przebudowy, a mógł obejmować jedynie np. uprzątnięcie budowy z pozostałości materiałów budowlanych i wywóz gruzu. Charakter i stopień skomplikowania prac porządkowych jest nieporównywalny do specyfiki i trudności zadania będącego przedmiotem zamówienia w postępowaniu 92/RB, które polegać będzie na istotnej ingerencji w substancję budynku magazynowego nr 39 i zmianie jego istotnych parametrów technicznych i użytkowych.

Niezależnie od powyższego, zgodnie z pkt V. 3. ppkt 2) SIWZ, celem potwierdzenia spełnienia warunku postawionego przez Zamawiającego w zakresie doświadczenia, Odwołujący powinien był udowodnić, że realizowane przez niego roboty budowlane obejmowały infrastrukturę techniczną np. przyłącza, place, chodniki i drogi itp., jak również wykonanie systemów alarmowych. Przedmiotowy warunek był proporcjonalny, gdyż wskazane wyżej elementy wchodziły w zakres robót stanowiących przedmiot zamówienia określony przez Zamawiającego. Bezsprzecznie z przedłożonego przez Odwołującego wykazu, jak również pozostałych dokumentów nie wynika zaś, by zakres wykonanych przez niego robót obejmował wykonanie wymaganych przez Zamawiającego elementów infrastruktury technicznej, ani wykonanie systemów alarmowych.

Odnosząc się do nowej argumentacji przywołanej przez Odwołującego w odwołaniu, Zamawiający podnosi, że „systemy niezbędne do prowadzenia szkoleń strzeleckich”, nie stanowią systemów alarmowych, w rozumieniu normy Obronnej NO-0 - 004-1:2016 i Instrukcji o ochronie obiektów wojskowych sygnatura Sz. Gen. 168 17 (dokument zastrzeżony). W myśl ww. przepisów do systemów alarmowych zalicza się system kontroli dostępu, system zabezpieczenia pomieszczeń oraz telewizyjny system nadzoru. W treści oferty Odwołujący zobowiązał się do prowadzenia konserwacji i przeglądów systemu sygnalizacji włamania i napadu oraz telewizyjnego systemu nadzoru zgodnie z zapisami ww. Normy Obronnej. Dodatkowo w załączniku nr 8 do SIWZ — część graficzna, Zamawiający zamieścił m. in. decyzję nr 01/36/17 Wojewody Warmińsko-Mazurskiego z dnia 18 grudnia 2017 r., z której wynikało wprost, że zadanie objęte przedmiotem zamówienia ma być zrealizowane zgodnie z wymaganiami resortowymi. Odwołujący miał zatem świadomość, o jakie systemy alarmowe ma na myśli Zamawiający.

Również zgodnie z definicją sformułowaną w Encyklopedii PWN, systemy alarmowe stanowią elektroniczne środki ochrony osób i mienia przeznaczone do wykrywania sygnalizowania warunków wskazujących na istnienie niebezpieczeństwa. Rozróżnia się systemy alarmowe: sygnalizacji włamania, sygnalizacji napadu, osobiste, samochodowe, kontroli dostępu, ochrony przeciwpożarowej i telewizyjne systemy dozorowe. Systemy służące do sterowania szkoleniami strzeleckimi nie stanowią systemów alarmowych.

Zarówno wykaz robót, referencje, pozostałe przedłożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia dokumenty, ani również dodatkowe wyjaśnienia podane w treści odwołania nie wskazują i nie potwierdzają, aby Odwołujący wykonywał w ramach wskazanego zamówienia referencyjnego systemu alarmowe. Już sam powyższy brak uprawniał Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia.

W tym miejscu podkreślenia wymaga okoliczność, że „Jako dysponent środków publicznych Zamawiający musi wykazać się szczególną ostrożnością w procesie wyboru wykonawcy realizującego zamówienie, co wiąże się z badaniem prawdziwości oświadczeń wykonawców. Zamawiający ma prawo oceny i weryfikowania treści otrzymanych ofert, jest to wręcz jego obowiązek, którego rzetelna realizacja pozwala na przeprowadzenie postępowania w sposób uczciwy i zgodny z zasadami równości wykonawców i uczciwej konkurencji” (wyrok KIO 156/18 z dnia 09.02.2018 r.). „Oczywistym jest, że interpretacja warunków udziału w postępowaniu dot. zamówienia publicznego powinna być dokonywana z uwzględnieniem celu, jakiemu te warunki służą, a jest nim zapewnienie wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia.” (wyrok KIO 1216/18 z dnia 29.06.2018).

Przedłożone przez Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia dokumenty nie potwierdziły, że zakres roboty z wykazu wykonanych przez Odwołującego robót budowlanych jest podobny do zakresu rzeczowego robót będących przedmiotem zamówienia, tzn. polegających na budowie lub przebudowie budynku kubaturowego wraz z infrastrukturą techniczną (np. drogi, place, chodniki, przyłącza) oraz wykonaniu systemów alarmowych w obiektach będących w zarządzie MON. W związku z powyższym Zamawiający nie mógł uznać, że Odwołujący daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia i zmuszony był wykluczyć Odwołującego z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji odrzucić jego ofertę.

Ad. 2 i 3. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 26 ust. 4 PZP

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy PZP podkreślić należy, że przed wykluczeniem Odwołującego z postępowania, Zamawiający pismem z dnia 16.10.2019 r. (nr wych. 5769/19) wskazał, że przedłożony przez Odwołującego List Referencyjny nie potwierdza wykonania wymaganego przez Zamawiającego zakresu rzeczowego robót będących przedmiotem zamówienia, w związku z czym, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów jednoznacznie określających zakres wykonanych robót budowlanych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, którymi mogą być np. Tabela elementów rozliczeniowych lub Protokoły odbiorów końcowych robót budowlanych.

Zamawiający nadmienia, że brak było podstaw do wzywania Odwołującego do uzupełnienia wykazu robót, bowiem wykaz został przez Odwołującego złożony i formalnie wymieniał elementy wymagane przez Zamawiającego w SIWZ. List Referencyjny nie korelował jednak z zadaniem podanym w wykazie robót pod względem charakteru i zakresu wykonanych prac, co wzbudziło uzasadnione wątpliwości, czy Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu. Przedłożony przez Odwołującego List Referencyjny potwierdzał bowiem należyte wykonanie remontu strzelnicy pistoletowej i małokalibrowej, zaś w wykazie robót Odwołujący oświadczył, że zrealizował „roboty budowlane w zakresie budowy wojskowych obiektów budowlanych oraz instalacji, roboty w zakresie okablowania oraz instalacji elektrycznych, instalowanie systemów alarmowych, instalowanie okablowania komputerowego”. Referencje nie wskazywały również, czy Odwołujący zrealizował w ramach zadania elementy infrastruktury technicznej oraz systemy alarmowe. Zamawiający, nie znając zakresu faktycznie zrealizowanych robót w ramach zadania, na które Odwołujący powołał się w wykazie, nie mógł z góry zakładać, że złożony wykaz robót jest wadliwy i żądać nowego. Dlatego Zamawiający wezwał do złożenia dokumentów jednoznacznie określających zakres wykonanych robót, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu i tylko przykładowo wymienił w wezwaniu tabelę elementów rozliczeniowych lub protokoły odbiorów końcowych robót. Odwołujący zdając sobie sprawę, że zakres i charakter robót wynikających z wykazu i referencji nie spełnia wymagań Zamawiającego, mógł na podstawie wezwania Zamawiającego z 16.10.2019 r. nr 5769/19 przedłożyć inny wykaz wraz z referencjami, który potwierdzałby spełnienie warunku, lecz tego nie uczynił.

Nie sposób zgodzić się przy tym z zarzutem, że Zamawiający skorzystał z instrumentu z art. 26 ust. 3 w sposób niezgodny z ustawą Pzp, gdyż wezwał do złożenia dokumentów, które nie zostały zgodnie z dyspozycją art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wskazane w SIWZ lub ogłoszeniu o zamówieniu. Tabela elementów rozliczeniowych oraz protokoły odbiorów końcowych są „innymi dokumentami wystawionymi przez podmiot, na rzecz którego robota budowlana była wykonywana”, a zatem wchodzą w zakres dokumentów wymienionych w pkt VII ppkt 3. 2) tiret trzecie SIWZ. Poza tym, jak wskazano wyżej, ww. dokumenty zostały podane jedynie przykładowo, gdyż Zamawiający zakładał, że Odwołujący będzie w stanie za ich pomocą wykazać spełnienie warunku powołując się na robotę podaną w wykazie złożonym za pismem z 02.10.2019 r. (nr wch. 7992/19).

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca ma prawo jeden raz otrzymać od zamawiającego wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp i móc się do niego ustosunkować (wyrok KIO 2559/18 z dnia 03.01.2019 r.) „Zasada jednokrotności wzywania do uzupełnienia dokumentów nie wynika wprost z przepisów pzp, jednak ponowne wezwanie — o ile poprzednie było jasne i precyzyjne — prowadzi do naruszenia

podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy czym dla stwierdzenia naruszenia nie ma znaczenia, czy w danym postępowaniu stosuje się tzw. procedurę odwróconą. Zasada jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów ma przeciwdziałać wzywaniu „do skutku” wykonawcy.” (uchwała KIO z dnia 15 lutego 2019 r. sygn. akt KIO/KU 10/19). W związku z tym, że Zamawiający wyczerpał procedurę wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych przewidzianą w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dodatkowe wezwanie na tej podstawie byłoby niedopuszczalne, gdyż naruszałoby przewidzianą w art. 7 ust. 1 Pzp elementarną zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp, wskazuję, że zarówno przed, jak i po uzupełnieniu dokumentów przez Odwołującego, brak było podstaw do żądania wyjaśnień odnośnie oświadczeń i dokumentów złożonych na podstawie art. 25 ust. 1 Pzp. Przedłożony wykaz i referencje nie wskazywały na łączne zrealizowanie przez Odwołującego wszystkich elementów - budowy lub przebudowy obiektu kubaturowego wraz z infrastrukturą techniczną oraz systemów alarmowych, zaś wyjaśnienia składane na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp nie mogą umożliwić wykonawcy modyfikacji złożonych dokumentów, czy uzupełnienia treści dokumentu, która nie została w nim zawarta. Wyjaśnienia podające treść, której w ogóle nie ma w dokumencie stanowią bowiem de facto jego uzupełnienie. Jako, że Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów pismem z 16.10.2019 r., w takim wypadku naruszona zostałaby zasada jednokrotności wzywania do uzupełnienia określonych dokumentów i działanie takie pozostawałoby w kolizji z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 pzp).

Biorąc pod uwagę, że na prawidłowo sformułowane wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący przedłożył dokumenty, które nie potwierdziły spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, Zamawiający w piśmie z 14.11.2019 r. (nr wych 6259/19), zasadnie stwierdził, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej i na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu.

Abstrahując od powyższej argumentacji, z daleko posuniętej ostrożności wskazuję, że nawet gdyby Izba stwierdziła, że Zamawiający powinien był ponownie skorzystać z instrumentu przewidzianego w art. 26 ust. 3 Pzp lub wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, to z dodatkowych informacji zawartych w odwołaniu nie wynika, aby Odwołujący faktycznie legitymował się doświadczeniem w wykonaniu robót, jakich Zamawiający wymagał dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, choćby w zakresie realizacji systemów alarmowych (zarówno w ramach roboty wskazanej w wykazie, jak i w ramach ewentualnych innych robót). Co za tym idzie, ewentualne powtórne wezwanie

Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp i lub uzupełnienia dokumentów podmiotowych na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, nie zmieniliby wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji, na zasadzie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie i tak nie zasługiwałoby na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe, wszystkie zarzuty odwołania należy uznać za niezasadne.

W trakcie rozprawy strony przedstawiły stanowiska.

Odwołujący odnosząc się do stanowiska w odpowiedzi na odwołanie przypomniał, że wykonawcy potwierdzają spełnienie warunków udziału zgodnie z wymogami specyfikacji i takie dokumenty na wezwanie Zamawiającego złożył. Przypomniał, że referencje są dokumentami mającymi potwierdzić należyte wykonanie prac, a nie szczegółowo opisać prace referencyjne.

Odnosząc się do stanowiska na str. 6 odpowiedzi stwierdził, że Zamawiający powinien uwzględnić przy podejmowaniu decyzji również informacje uzyskane w późniejszym okresie biorąc pod uwagę, że na każdym etapie Zamawiający może zmienić podjętą decyzję kierując się aktualną wiedzą. Zauważył, że dla obiektu referencyjnego nie było warunków uzyskania pozwolenia na budowę i przypomniał zmiany stanu prawnego, co do wymogu uzyskania pozwolenia w roku 2017.

Odnosząc się do systemów alarmowych zauważył, iż wymóg wykazania ich wykonania nie został opatrzony w specyfikacji obowiązkiem zgodności z normą obronną.

Odnosząc się do zarzutów ewentualnych stwierdził, że uzupełnił Zamawiającemu dokumenty opisujące prace referencyjne w zakresie zgodnym z wezwaniem.

Złożył dokument orzeczenia o bezpieczeństwie użytkowania obiektu referencyjnego w Sieradzu (pod firmą WAT), gdzie w pkt. 1 „charakterystyka strzelnicy” opisano obiekt, jako zakwalifikowany do remontu i przebudowy z opracowaną dokumentacją przebudowy.

Przypomniał, że podstawowe informacje potwierdzające należyte wykonanie zawiera się w listach referencyjnych, a ewentualne wątpliwości Zamawiający mógł wyjaśniać w relacji z wykonawcą lub bezpośrednio z wystawcą dokumentów referencyjnych. Podtrzymał stanowisko, iż złożone w postępowaniu dokumenty potwierdzają spełnienie warunku udziału. Wskazał na zakres podstaw faktycznych decyzji o wykluczeniu go, do których się odniósł w odwołaniu i zauważył, że wśród nich nie było podstaw dotyczących realizacji systemów alarmowych, zgodności z normą obronną.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, podtrzymał stanowisko przedstawione w odpowiedzi na odwołanie. Podkreślił, że prawidłowo dokonał czynności wykluczenia

wykonawcy po uprzednim prowadzeniu czynności wezwania do złożenia dokumentów. Po otrzymaniu wykazu i referencji stwierdził, iż dokumenty te nie były ze sobą kompatybilne, jako że dokument referencyjny dotyczył remontu strzelnicy, a nie budowy i innych prac wskazanych w wykazie, w tym realizacji systemów alarmowych. Wobec wątpliwości wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 wskazując przykłady ewentualnych dokumentów referencyjnych mogących potwierdzić prawidłową realizację prac z wykazu, co do których treści nie było wątpliwości. Otrzymane dokumenty w ocenie Zamawiającego doprowadziły do uznania, iż wymagane warunki nie zostały wykazane. Zauważył, że wykonawca nie potwierdził wykonania systemów alarmowych i stwierdził, że realizacja takich systemów w obiektach podległych MON musi być zgodna z normą obronną. Zauważył, że wprost zgodności z normą obronną wymagał w treści SIWZ i arkusza ofertowym dla przedmiotu zamówienia. Stwierdził, że dopiero w odwołaniu wskazano na realizację systemów niezbędnych do prowadzenia szkoleń strzeleckich (tabela str.4), który nie jest tożsamy z systemem alarmowym.

Odnosnie zarzutów ewentualnych uznał, że stanowisko i informacje zawarte w odwołaniu wskazują, iż Odwołujący nie dysponuje innymi dowodami mogącymi potwierdzać spełnienie spornego warunku udziału w postępowaniu i powołał art. 192 ust. 2 pzp.

Przypomniał, że z treści otrzymanego wykazu i referencji nie wynikało potwierdzenie spełniania warunku, wobec czego zażądał uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3, a nie ich wyjaśnienia w tryb art. 26 ust. 4, gdyż taka czynność prowadziłaby do modyfikacji treści wynikającej ze złożonych dokumentów.

Przypomniał, że w informacji o wykluczeniu z dnia 14 listopada wskazał na brak wykazania dokumentów o realizacji systemów alarmowych definiowanych jak w złożonym piśmie.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, w tym dokumentacji prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwzględnieniem stanowisk stron postępowania odwoławczego przedstawionych na piśmie oraz do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Rozpoznając odwołanie, Izba dokonała w pierwszej kolejności badania spełnienia przez Odwołującego przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, to jest kwestii posiadania legitymacji wykonawcy do wniesienia odwołania. Posiadanie legitymacji czynnej przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej podlega badaniu przez Izbę z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. W sprawie rozpatrywanej odwołujący ma legitymację do wniesienia odwołania wobec stanowiącą przesłankę

materialnoprawną uregulowaną w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, co nie było kwestionowane przez uczestników postępowania odwoławczego.

Rozstrzygnięcie w sprawie niniejszej, którym skład orzekający nakazał przeprowadzenie ponownego badania i oceny oferty, a w jego ramach dokonanie czynności wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt VII. 3 ppkt 2 tiret 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. warunku wymaganego doświadczenia w zakresie zdolności technicznej wynika z ustalenia, że czynność taka w analizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie została przeprowadzona w zgodzie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Skład orzekający podziela stanowisko zamawiającego, iż wykonawca (odwołujący) nie potwierdził spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu w ramach czynności dokonanych przed podjęciem przez zamawiającego decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania, stanowiącej podstawę faktyczną zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Wykonawca w przedstawionych dokumentach rzeczywiście nie potwierdził, iż roboty opisane w złożonym wykazie, pomimo zgodności opisu z wymogami siwz, podlegają zakwalifikowaniu, stosownie do nomenklatury – definicji ustawowych z Prawa budowlanego - do realizacji, której można przypisać przymiot budowy lub przebudowy obiektu o określonych parametrach, a nie remontu, jak wskazano w dokumencie referencyjnym. Także pozostałe dokumenty złożone w wyniku wezwania zamawiającego nie potwierdzają wymaganego zakresu rzeczowego robót, w tym z wykonaniem systemów alarmowych w obiekcie.

Jednakże pomimo uznania za uzasadnione stanowiska o braku potwierdzenia przez wykonawcę spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu, a tym samym braku potwierdzenia poprawności oświadczenia, iż nie podlega on wykluczeniu z postępowaniu, skład orzekający stwierdza, że czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania obarczona jest wadą, gdyż została podjęta z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy pzp polegającym na zaniechaniu jego poprawnego zastosowania w stosunku do wykonawcy.

Zamawiający po stwierdzeniu braków w złożonych w wyniku wezwania na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy pzp dokumentach wykonawcy stwierdził, że przedłożony List Referencyjny nie potwierdza wykonania wymaganego przez Zamawiającego zakresu rzeczowego robót będących przedmiotem zamówienia, w związku z czym, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów jednoznacznie określających zakres wykonanych robót budowlanych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, którymi mogą być np. Tabela elementów rozliczeniowych lub Protokoły odbiorów końcowych robót budowlanych. Otrzymane w wyniku wezwania

dokumenty tj. m.in.: Protokół zdawczo — odbiorczy z dnia 25.10.2018 r.; Orzeczenie o bezpieczeństwie użytkowania obiektu z dnia 18.10.2018 r.; Sprawozdanie ze sprawdzenia wykonania zaleceń ekspertyzy technicznej określającej zasady bezpiecznego użytkowania strzelnicy pistoletowej i broni małowalibrowej w kompleksie nr (...) w m. Sieradz z dnia 04.10.2018 r.; Protokół sprawdzenia strzelnicy pod względem zgodności wykonania z obowiązującymi warunkami technicznymi oraz stanu wybranych elementów strzelnicy z 04.10.2018 r., Protokół przeprowadzenia strzelania sprawdzającego z dnia 16.10.2019 r.; Protokół odbioru końcowego z dnia 10.10.2018 r. oraz Protokół rozliczenia finansowego odebranych robót z dnia 10.10.2018 r. w ocenie zamawiającego nie potwierdziły spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia, mającego potwierdzić opis pracy referencyjnej przedstawionej w wykazie prac.

Skład orzekający po analizie treści wskazanych dokumentów, podziela zasadność ustalenia i wniosku zamawiającego w tym przedmiocie. W tym zakresie brak jest podstaw do uznania, że zamawiający dokonując badania i oceny ofert naruszył zasady ustawy pzp, w szczególności uchybił staranności. Przedstawione mu dokumenty nie budziły bowiem wątpliwości.

Jednakże wymaga zauważenia, że zamawiający po stwierdzeniu opisanych wyżej braków w dokumentach mających potwierdzać spełnienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, wezwał wykonawcę powołując art. 26 ust. 3 ustawy pzp, w piśmie z dnia 16 października 2019 r. „do złożenia dokumentów jednoznacznie określających zakres wykonanych robót budowlanych, którymi mogą być np. /.../”. Wezwanie poprzedzone zostało stwierdzeniem, że przedłożony List Referencyjny nr 40/2018 nie potwierdza wykonania wymaganego przez zamawiającego zakresu rzeczowego robót będących przedmiotem zamówienia.

Z treści wskazanego wezwania, zarówno wprost, jak i jej kontekstu, wynika jednoznacznie, że zamawiający wezwał do złożenia dokumentów odnoszących się wprost do pracy referencyjnej przedstawionej w wykazie, a tym samym nie wskazał wykonawcy na możliwość przedstawienia w ramach wykazania spełnienia warunku udziału, innej pracy referencyjnej ze stosownym potwierdzeniem należytego jej wykonania. W konsekwencji tego wezwania wykonawca przedstawił, zgodnie z jego treścią, wyłącznie dokumenty dotyczące pracy wskazanej w wykazie.

W konsekwencji przedstawionych okoliczności Izba podziela stanowiska zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie (str. 10), że odwołujący mógł w wyniku wezwania zamawiającego przedłożyć inny wykaz wraz z referencjami, który potwierdzałby spełnienie warunku. Ta możliwość znajdująca podstawę prawną w treści art. 26 ust. 3 ustawy pzp, w sprawie rozpatrywanej została jednak przez zamawiającego ograniczona, a

wręcz wyeliminowana samą treścią wezwania, które jak wskazano, było nakierowane wyłącznie na konkretną pracę referencyjną z wykazu. W takim też zakresie, a zatem zgodnie z wezwaniem, dokumenty przedstawiono zamawiającemu.

Okoliczność powyższa uzasadnia konieczność ponowienia badania i oceny oferty, a w jej toku przez wykonanie żądania stosownych dowodów, jak i wyjaśnień od wykonawcy w zakresie stanowiącym przedmiot sporu.

W takim stanie rzeczy należy stwierdzić, że w postępowaniu doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy pzp w zakresie zaniechania przez zamawiającego żądania wykazania przez wykonawcę spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego postanowieniami specyfikacji doświadczenia.

Izba zaznacza, że wskazany tryb procedowania nie narusza uznanej powszechnie zasady jednokrotności stosowania wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy pzp wobec faktu, że nakazana do wykonania czynność jest odmienna od dokonanej wcześniej w postępowaniu.

Na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: