

**WYROK**

**z dnia 21 maja 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **18 maja 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **30 marca 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **EKSA sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi**

w postępowaniu pn. *Budowa pasywnego budynku Urzędu Miasta w Uniejowie* (nr postępowania ZP.271.31.2020.ML)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Uniejów**

przy udziale wykonawcy: **Grupa Ekoenergia sp. z o.o. z siedzibą w Sierakowicach Prawych** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

## Uzasadnienie

Gmina Uniejów {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Budowa pasywnego budynku Urzędu Miasta w Uniejowie* (nr postępowania ZP.271.31.2020.ML)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 3 listopada 2020 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 605756-N-2020.

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

25 marca 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną wykonawców uczestniczących w powyższym postępowaniu o wykluczeniu z niego EKSY sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi.

30 marca 2021 r. EKSA sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi {dalej również: „Eksa” lub „Odwołujący”} wniosła w postaci elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp – przez niezasadne wykluczenie Eksy z postępowania z powodu uznania, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert.
3. Powtórzenia wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący sprecyzował powyższy zarzut w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

Z uzasadnienia odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne odnośnie przebiegu badania spełniania przez Eksę warunków udziału w postępowaniu.

W rozdziale B pkt 1.2.3. lit. a oraz b specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”} Zamawiający określił, że wykonawca ma wykazać:

*a) Co najmniej jedną usługę obejmującą swym zakresem opracowanie dokumentacji projektowej pasywnego budynku użyteczności publicznej o powierzchni zabudowy co najmniej 500 m<sup>2</sup>.*

*b) Co najmniej jedną robotę budowlaną w zakresie budowy pasywnego budynku użyteczności publicznej o powierzchni zabudowy co najmniej 500 m<sup>2</sup>, który uzyskał certyfikat pasywności.*

Na potwierdzenie powyższych okoliczności Zamawiający żądał złożenia wykazu usług i wykazu robót stanowiących odpowiednio załączniki nr 7 i 4 do SIWZ wraz z dowodami.

Pismem z 25.01.2021 r. Zamawiający wystosował do Eksy w powyższym zakresie wezwanie.

W zakresie części projektowej i wykonawczej Eksa powołała się w złożonych wykazach na inwestycję zrealizowaną na rzecz Gminy Aleksandrów Łódzki jako podwykonawca generalnego wykonawcy – Grupy Ekoenergii sp. z o.o. {dalej: „Grupa Ekoenergia}, występującej w przedmiotowym postępowaniu jako jeden z wykonawców. Wraz z wykazami złożono ponadto szereg dokumentów, w tym umowę podwykonawczą, z której wynikało, że Eksa była zobowiązana do zaprojektowania i budowy pasywnego budynku hali sportowej (§ 1 ust. 1 umowy z 24.06.2019 r.).

Ponadto w ramach uzupełnienia z 27.01.2021 r. złożono:

- protokół odbioru końcowego podpisany przez przedstawicieli Grupy Ekoenergii [str. 37.];
- list referencyjny z 1.09.2020 r., wystawiony bezpośrednio przez inwestora – Gminę Aleksandrów Łódzki, która potwierdza przedmiotowy zakres umowy podwykonawczej, wskazując, że Eksa wykonała projekt i roboty budowlane [str. 41];
- pismo z 11.01.2021 r. jako uzupełnienie do ww. referencji, wskazujące, że umowa podwykonawstwa była zgłoszona i obejmowała zaprojektowanie i wybudowanie pasywnego budynku hali sportowej zlokalizowanego w Bełdowie;
- certyfikat pasywności, którego pozyskanie leżało po stronie Eksy [str. 47].

Następnie Zamawiający wystosował w oparciu o art. 26 ust. 3 pzp do Eksy kolejne wezwanie, tym razem do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający wskazał w nim w szczególności, że z załączonych dokumentów wynika, że przedmiot umowy nie obejmował wykonania prac z zakresu instalacji sanitarnych, elektrycznych oraz OZE.

Zamawiający wywodził, że konieczność wykonania instalacji wynikała z SIWZ, a konkretnie z opisu przedmiotu zamówienia.

Pismem z 22.03.2021 r. Eksa potwierdziła spełnianie warunku udziału oraz wyjaśniła, że okoliczność wykonania czy nie instalacji i OZE był irrelevantny z punktu widzenia oceny

warunku udziału, gdyż wymóg taki nie wynikał z SIWZ.

25.03.2021 r. Zamawiający dokonał wykluczenia Eksy, stwierdzając, że w ramach przedstawionej inwestycji wykonała część prac projektowych oraz część prac budowlanych, co wywiódł z postanowień umowy podwykonawczej, z której wynikało, że Eksa nie wykonała instalacji sanitarnych, elektrycznych i OZE. Tym samym Zamawiający negatywnie ocenił spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

W uzasadnieniu odwołania powołano się na następujące okoliczności prawne.

Z art. 22 ust. 1a pzp wynika, że obowiązkiem zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, wskazując je jako minimalne poziomy zdolności należy

Niedopuszczalne jest na etapie prowadzenia oceny ofert dokonywanie wykładni rozszerzającej postawionych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Warunki muszą być interpretowane ściśle, bez dokonywania jakichkolwiek wykładni warunków, gdyż ocena wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu determinuje udział danego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz ma wpływ na innych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Wywodzenie na etapie badania i oceny ofert w oparciu o bardziej uszczegółowione wymogi jest przejawem dyskryminacji wykonawcy i naruszenia zasady równego traktowania.

W tych okolicznościach Odwołujący wywiódł, co następuje.

Po pierwsze, że przywołane warunki udziału odpowiadają wymaganiom wynikającym z art. 22 ust. 1a pzp.

Po drugie, że ponieważ przywołane warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu nie zawierają wymagania, aby zaprojektowany i wybudowany budynek obejmował wykonanie instalacji sanitarnych, elektrycznych i OZE, poziom minimalnych wymagań powinien być rozumiany dosłownie, a nie rozszerzająco.

Po trzecie, że skoro Eksa wykazała się realizacją inwestycji spełniającej każde z wyartykułowanych wymagań, nie było podstaw, aby ją wykluczyć z uwagi na brak wymaganych zdolności.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 20 kwietnia 2021 r. wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco uzasadniając swoje stanowisko..

W uzupełnieniu opisanych w odwołaniu okoliczności dotyczących przebiegu badania

spełniania przez Eksę warunków udziału w postępowaniu Zamawiający podał, co następuje.

W celu ustalenia zakresu prac zrealizowanych przez Eksę jako podwykonawca na podstawie § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia {dalej: „rozporządzenie”}, pismem z 16.03.2021 r. zwrócił się do wykonawcy przedmiotowych robót, Grupy Ekoenergia.

W odpowiedzi Grupa Ekoenergia wskazała, że Eksa jako jej podwykonawca zrealizowała:

- część prac związanych z wykonaniem dokumentacji projektowej, tj. wykonaniem projektu branży architektoniczno-budowlanej oraz konstrukcyjnej;
- prace budowlane zgodnie z umową o podwykonawstwo nr UOP OI/B-175/2019 z 24 czerwca 2019 r., w szczególności zakres ten obejmował: 1) wykonanie płyty fundamentowej, 2) wykonanie ścian zewnętrznych oraz wewnętrznych, 3) wykonanie stropu, 4) wykonanie dachu, 5) wykonanie stolarki okiennej i drzwiowej, 6) wykonanie robót wykończeniowych 6) zagospodarowanie terenu oraz inne niezbędne prace z wyłączeniem prac z zakresu instalacji sanitarnych, elektrycznych oraz OZE.

Jednocześnie Grupa Ekoenergia poinformowała m. in., że zakres podwykonawstwa Eksy nie obejmował szeregu pozostałych, niezbędnych do zaprojektowania i wybudowania pasywnego budynku hali sportowej w Bełdowie, prac, tj.: 1) zaprojektowania i wykonania kompleksowych instalacji elektrycznych, 3) sporządzenia kompleksowej dokumentacji projektowej branży sanitarnej oraz projektu wykonawczego z uzgodnieniami, 3) wykonania projektu robót geologicznych na wykonanie otworów wiertniczych, 4) wykonania doziemnej instalacji wodociągowej, 5) wykonania instalacji odwodnienia terenu, 6) wykonania robót dotyczących instalacji sanitarnych wewnętrznych, 7) dostawy i instalacji turbozespołu wiatrowego o mocy 10 kW, 8) wykonania robót dotyczących instalacji wentylacji mechanicznej, 9) dostawy i montażu pompy ciepła z automatyką i osprzętem, zbiornikami buforowymi i ich izolacją, zasobnikiem c.w.u. oraz z pompami obiegowymi, 10) wykonania odwiertów wiertniczych w celu zbudowania instalacji kolektora pionowego pompy ciepła oraz wykonania przyłączy poziomych do budynku.

Zamawiający podał, że w przedstawionym przez Eksę certyfikacie budynku o pasywnej charakterystyce energetycznej wskazane jest roczne zapotrzebowanie budynku na energię użytkową do celów ogrzewania i do celów chłodzenia oraz wskazane jest, że średnioroczny odzysk ciepła poprzez wentylację mechaniczną wynosi 85-86% (przy wartości wymaganej 85%). Jednocześnie w treści certyfikatu jest zapis, że budynek został wyposażony w wysokoefektywną wentylację mechaniczną nawiewno-wywiewną z odzyskiem ciepła.

W ocenie Zamawiającego w związku z powyższym Eksa co prawda uzyskała certyfikat budynku o pasywnej charakterystyce energetycznej, jednak nie był to budynek, który został w całości przez nią wybudowany.

Zamawiający podniósł następujące okoliczności prawne.

Ponieważ podstawy wykluczenia wykonawców z postępowania należy rozumieć ściśle, zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp jest możliwe tylko w przypadku, gdy warunki udziału zostały skonkretyzowane i wyartykułowane w dokumentacji postępowania: *Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy wykluczyć wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, sformułowanych przez zamawiającego. Zatem ocena możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia następuje w oparciu o warunki udziału w postępowaniu, które przez zamawiającego zostały wyartykułowane. Spełniać bowiem można tylko taki warunek, który został opisany, skonkretyzowany. W przypadku zaś niesformułowania warunku udziału w postępowaniu niemożliwa jest ocena jego spełniania, a w konsekwencji stwierdzenie, że wykonawcę należy wykluczyć z postępowania z powodu niespełniania warunku udziału w nim (wyrok KIO z 5.07.2017 r., KIO 1276/17, LEX nr 2337910) [z uzasadnienia wyroku Izby z 27 listopada 2020 r. sygn. akt KIO 2844/20).*

Podkreślić przy tym należy, że ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku formułowania warunków w taki sposób, który odzwierciedla przedmiot zamówienia, lecz pozostawił zamawiającym swobodę w tym zakresie, stwierdzając jedynie, że warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia oraz określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przy czym zaznaczyć należy, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni. Stanowi to gwarancję obiektywizmu zamawiającego w procesie weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, jak również stanowi narzędzie realizujące zasadę równego traktowania wykonawców (zob. uzasadnienie wyroku Izby z 21 października 2020 r. sygn. akt KIO 2346/29, LEX nr 3099187). Przy czym zamawiający nie może zapominać, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie niniejszej przesłanki następuje po przeprowadzeniu procedury na podstawie art. 26 ust. 3 pzp.

W tych okolicznościach Zamawiający wywiódł, co następuje.

Po pierwsze, że określenia „wykonał należycie, co najmniej jedną usługę” i „wykonał należycie, co najmniej jedną robotę budowlaną” użyte w treści warunku podlegają wykładni literalnej, zgodnie z ich potocznym rozumieniem. Słowo „wykonać” zgodnie ze „Słownikiem

języka polskiego PWN” oznacza zrobić coś, wyprodukować coś, a w odniesieniu do zrealizowania czegoś oznacza doprowadzić coś do skutku, nadawać czemuś kształt, przeprowadzić, zrealizować. Słowo „co najmniej” oznacza nie mniej niż, nie rzadziej niż.

Po drugie, że biorąc pod uwagę treść certyfikatu, bez zrealizowania instalacji elektrycznej oraz instalacji branży sanitarnej budynek nie spełniałby wymagań stawianych budynkom o pasywnej charakterystyce energetycznej.

Po trzecie, że ze względu na wykonanie prac jako podwykonawca, a nie jako np. członek konsorcjum, w ramach inwestycji obejmującej zaprojektowanie i budowa pasywnej hali sportowej zlokalizowanej w Bełdowie, nie ma podstaw, aby uznać że Eksa może wykazywać się doświadczeniem w zakresie zaprojektowania i zbudowania pasywnego budynku użyteczności o powierzchni zabudowy co najmniej 500 m<sup>2</sup> który uzyskał certyfikat pasywności zdobyty w

W konsekwencji warunek wykonania co najmniej jednej usługi obejmującej swym zakresem opracowanie dokumentacji projektowej pasywnego budynku użyteczności o powierzchni zabudowy co najmniej 500 m<sup>2</sup>, nie został spełniony, gdyż Eksa wykonała tylko część tej usługi. Także warunek wykonania co najmniej jednokrotnie robót budowlanych w zakresie budowy pasywnego budynku użyteczności o powierzchni zabudowy co najmniej 500 m<sup>2</sup>, który uzyskał certyfikat pasywności, nie został spełniony, gdyż Eksa wykonała tylko część tych robót.

Wykonawca nie wykazał również zdobycia wymaganego doświadczenia w ramach innej realizacji.

Przystępujący po stronie Zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania i wskazał argumentację zbieżną z odpowiedzią odwołanie.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której uczestnicy sporu pozostali przy swoich stanowiskach i argumentacji.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11

września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) {dalej: „nowa ustawa pzp” lub „npzp”}.

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż wykluczenie go z postępowania uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Z uwagi na przebieg rozprawy, podczas której Odwołujący podniósł zupełnie nowe w stosunku do odwołania okoliczności, konieczne stało się zaznaczenie, że sprawa została rozpoznana w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu.

Zgodnie z art. 555 npzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu {art. 192 ust. 7 pzp miał identyczną treść}. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

Innymi słowy, jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12, stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie.

Z powyższych względów w tej sprawie przedmiotem rozpoznania nie mogła stać się kwestia wykazania spełniania tych samych warunków udziału dotyczących wiedzy i doświadczenia wykonawcy przez Przystępującego z powołaniem się na to samo przedsięwzięcie, w którym Odwołujący był jego podwykonawcą.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:



O ile brzmienie warunków udziału dotyczących zdolności zawodowych wykonawcy (jego wiedzy i doświadczenia) było oczywiście niesporne, o tyle – jak to zwykle bywa w takich sprawach – spór dotyczył ich interpretacji. Nie ma zatem potrzeby powtórnego zacytowania tych warunków, gdyż zostało to już uczynione powyżej przy relacjonowaniu treści uzasadnienia odwołania.

Niesporne było również nie tylko to, że przedmiotem tego zamówienia jest zaprojektowanie i budowa nowego budynku Urzędu Miasta w Uniejowie jako tzw. budynku pasywnego, ale nawet i to, że Zamawiający adekwatnie dla takiego zakresu przedsięwzięcia określił minimalne warunki dotyczące doświadczenia, wykonawcy, w sposób umożliwiający realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, czyli że Zamawiający uczynił zadość dyspozycji art. 22d ust. 1 pzp. Przynajmniej tak deklarował Odwołujący w odwołaniu.

Umknęło jednak uwadze Odwołującego, że skoro zakres przedmiotu najbardziej zwięźle można tak przedstawić i wiadomo, że chodzi o kompleksowe zaprojektowanie i wybudowanie pasywnego budynku, który uzyska certyfikat pasywności, oczywiste jest, że z analogicznie sformułowanych warunków wynika, że wymagane minimalnie doświadczenie obejmuje opracowanie całości dokumentacji projektowej i wykonanie całego zakresu prac budowlanych, które były konieczne dla osiągnięcia rezultatu w postaci wybudowania pasywnego budynku użyteczności publicznej, którego pasywność została potwierdzona stosowanym certyfikatem.

Tymczasem niesporna była przecież również okoliczność, że w ramach inwestycji dotyczącej zaprojektowanie i wybudowanie hali sportowej w Bełdowie jako budynku pasywnego Odwołujący był podwykonawcą, a nie wykonawcą całości prac i robót budowlanych, które były konieczne dla osiągnięcia tego celu. W szczególności nie wykonywał prac w zakresie instalacji elektrycznej, sanitarnej i instalacji związanej z odnawialnym źródłem energii (tzw. OZE).

W konsekwencji Odwołujący jako podwykonawca może skutecznie powoływać się wyłącznie na zdobyte w ramach powyższego przedsięwzięcia doświadczenia wyłącznie w odniesieniu do prac projektowych i robót budowlanych, które faktycznie wykonał. Oczywiście jest, że aby wspomniana hala sportowa mogła zostać uznana za kompletny budynek certyfikowany jako pasywny, niewystarczające było wykonanie nawet całego zakresu robót konstrukcyjno-budowlanych, gdyż budynek ten wyposażony jest we wspomniane instalacje, których Odwołujący nie wykonywał.

Innymi słowy Odwołujący mógłby ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, gdyby w treści warunku zostało wprost wskazane, że wymagane doświadczenie ograniczone jest wyłącznie do wykonania dokumentacji projektowej architektoniczno-budowlanej oraz robót

konstrukcyjno-budowlanych w ramach przedsięwzięcia dotyczącego zaprojektowania i wybudowania pasywnego budynku użyteczności publicznej.

W przekonaniu Izby ustalone powyżej znaczenie warunków udziału, które stanowią element treści oświadczenia woli Zamawiającego adresowanego do wykonawców, w tym przypadku niewątpliwie profesjonalistów, odpowiada również regułom wykładani wynikającym z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”}, zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W tym przypadku powiązanie warunku udziału z opisem przedmiotu zamówienia zostało wręcz podniesione do rangi reguły znajdującej oparcie w normie wynikającej z art. 22 ust. 1a pzp.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty są niezasadne.

Z art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Przy czym według art. 22 ust. 1b pkt 3 pzp warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej. Jednocześnie na mocy art. 22d ust. 1 pzp oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Stosownie zaś do art. 24 ust. 12 pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Skoro, jak to powyżej ustalono, warunki udziału dotyczące wiedzy i doświadczenia wykonawcy zostały jednoznacznie sformułowane, bezprzedmiotowa jest w tej sprawie powoływanie się przez Odwołującego na wypracowaną w orzecznictwie zasadę, że wątpliwości co do treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy interpretować na korzyść wykonawcy, który działał w dobrej wierze w zaufaniu do jej treści. Nawet w sytuacji, gdy okazuje się, że warunek udziału mógłby zostać sformułowany bardziej dobitnie, w lepszy sposób oddając intencje zamawiającego (co nie miało miejsca w tej sprawie), nie zwalnia to wykonawcy z podjęcia starań, aby – kierując się choćby regułami

wykładni oświadczeń woli wynikającymi z Kodeksu cywilnego – odczytać wolę zamawiającego na podstawie wszechstronnego rozważenia okoliczności, przede wszystkim treści ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A w razie niemożności usunięcia powziętych wątpliwości, wykonawca nie tylko może, ale i powinien skorzystać na etapie przed upływem terminu składania wniosków lub ofert z możliwości zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści sformułowanych przez niego postanowień. Wykonawca, który nie próbował rozwiązać swoich wątpliwości nie może być preferowany kosztem innych wykonawców, którzy ich nie mieli lub zadali sobie trud, aby prawidłowo odczytać intencje zamawiającego. Wykonawca, który po stwierdzeniu, że jakieś postanowienie może być różnie interpretowane – co nigdy nie jest pożądane, ani dla warunków udziału w postępowaniu, ani dla opisu przedmiotu zamówienia, ani dla warunków umowy – i nie korzysta z możliwości usunięcia takiej niejednoznaczności, nie może być uznany za działającego w dobrej wierze, a jego interes w uzyskaniu zamówienia kosztem innych wykonawców nie zasługuje na ochronę.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 nowej ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 npzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.