

Sygn. akt: KIO 846/14

**WYROK**

**z dnia 19 maja 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **K..... S.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **PPU „WIMA-COMP”**, **K..... S..... w Osiecznicy** oraz **Instalcompact sp. z o.o. w Tarnowie Podgórnym**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Babimost w Babimoście**

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego, biorąc pod uwagę okoliczności wskazane w uzasadnieniu,**

**2. kosztami postępowania obciąża Gminę Babimost w Babimoście i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia K..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPU „WIMA-COMP”, K..... S..... w Osiecznicy oraz Instalcompact sp. z o.o. w Tarnowie Podgórnym** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Zielonej Górze.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Babimost w Babimoście - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „budowa stacji uzdatniania wody z infrastrukturą towarzyszącą w miejscowości Kolesin”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 lutego 2014 r., nr 61046.

W dniu 22 kwietnia 2014 r. zamawiający, za pośrednictwem poczty elektronicznej, przesłał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia K..... S....., prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą PPU „WIMA-COMP”, K..... S..... w Osiecznicy oraz Instalcompact sp. z o.o. w Tarnowie Podgórnym, zwanym dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Wobec czynności zamawiającego czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu oraz w konsekwencji czynności unieważnienia postępowania, odwołujący wniósł w dniu 28 kwietnia 2014 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że na skutek „nie złożenia wykazu robót budowlanych, który zawierałby zadanie wykonane przez zakład Pana Sekulskiego” odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy zamawiający mógł i winien był dokonać oceny oferty w pozostałym zakresie, celem sprawdzenia czy odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu pomimo „nie złożenia wykazu robót, który uwzględniałby zadanie wykonane przez zakład Pana S.....”,
- b) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wykazu robót budowlanych, „który zawierałby zadanie wykonane przez zakład Pana S.....”, podczas gdy zamawiający był do tego zobowiązany, gdyż brak ten ujawnił się dopiero na skutek złożenia wyjaśnień przez odwołującego,
- c) w konsekwencji - naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą

zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy ewentualne rozpoznanie oferty odwołującego skutkowałoby stwierdzeniem, że cena tej oferty nie przewyższa kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że - jak wynika z treści wezwania zamawiającego z dnia 1 kwietnia 2014 roku - zamawiający zażądał od odwołującego złożenia wyjaśnień w przedmiocie wykonania odwiertu studni głębinowej przy inwestycji w Garwolinie, która w złożonym wykazie robót budowlanych została oznaczona liczbą porządkową nr 1. Odwołujący wskazał, że wraz z pismem z dnia 3 kwietnia 2014 roku, złożył pismo wyjaśniające członka konsorcjum odwołującego - Instalcompact sp. z o.o.

Zdaniem odwołującego fakt, że wraz z pismem z dnia 3 kwietnia 2014 roku złożył również list referencyjny wystawiony przez Urząd Miasta i Gminy w Bieżuniu informujący o wykonaniu odwiertu studni głębinowej o głębokości 150m przez J..... S..... bez uzupełnienia wykazu robót budowlanych o to zadanie, nie powinno automatycznie skutkować wykluczeniem odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający winien był wezwać odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu robót budowlanych uwzględniającego inwestycję w Bieżuniu. Brak ten powstał dopiero z chwilą złożenia przez odwołującego pisma z dnia 3 kwietnia 2014 roku. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwanie ma charakter obligatoryjny, chyba że mimo uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Z pisma zamawiającego z dnia 22 kwietnia 2014 roku o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty nie wynika dlaczego zaniechano wezwania. Okolicznością tą nie może być samo niezłożenie kompletnego wykazu robót.

Odwołujący wywiódł również, że wykazał warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt V. 1.2) SIWZ. Z załączonego do oferty wykazu robót budowlanych wynika, że członkowie konsorcjum w przepisany okresie zrealizowali inwestycje o wymaganym przez zamawiającego charakterze - m. in. wykonali odwiert na głębokość minimum 50 metrów. Odwiert przy inwestycji w Garwolinie, co do której konsorcjum złożyło wyjaśnienia, został wykonany do głębokości 55 m. Nieuwzględnienie w wykazie robót budowlanych inwestycji w Bieżuniu, nie pozwala przyjąć, że odwołujący nie spełnił stawianych przed wykonawcą wymagań.

Podsumowując odwołujący wywiódł, że zamawiający winien był albo wezwać odwołującego do uzupełnienia wykazu robót w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp albo uznać, że odwołujący spełnia wymagania co do posiadanej wiedzy i doświadczenia.

W oparciu o przytoczoną w odwołaniu argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia wykonawcy,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty,
- 3) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 4) dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej,

oraz przyznanie zwrotu kosztów postępowania odwołującemu od zamawiającego według norm przepisanych.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ z 4 marca 2014 r., ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego z 1 kwietnia 2014 r. skierowane do odwołującego o złożenie wyjaśnień, odpowiedź odwołującego na ww. wezwanie z 3 kwietnia 2014 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie o wykluczeniu odwołującego z postępowania 22 kwietnia 2014 r. wraz z uzasadnieniem, wnioski zamawiającego z 8 kwietnia 2014 r. do Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Garwolinie sp. z o.o., pismo Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w Garwolinie z 9 kwietnia 2014 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustalono, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oferta odwołującego, w świetle kryteriów oceny ofert, była ofertą najkorzystniejszą, zaś jej cena nie przewyższała kwoty, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Ewentualne ustalenie, że zamawiający niezasadnie dokonał czynności wykluczenia odwołującego postępowania

prowadziłoby do konieczności nakazania unieważnienia tej czynności i w konsekwencji czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, czego efektem może być uzyskanie przez odwołującego zamówienia publicznego. Natomiast szkoda jaką może on ponieść wyraża się w utracie korzyści, jakie może on uzyskać w razie uzyskania zamówienia publicznego i pozostaje w związku z zarzucanymi zamawiającemu naruszeniami ustawy Pzp. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Ustalono, że zamawiający zgodnie z art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp opisał w SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jaki musieli wykazać wykonawcy aby ubiegać się o zamówienie. Zamawiający wskazał w pkt V. 1 ppkt 2 SIWZ, iż *W celu potwierdzenia posiadania wiedzy i doświadczenia wymagane jest wykazanie przez wykonawcę realizacji, co najmniej 1 roboty budowlanej w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, polegającej na:*

- *wykonaniu budynku automatycznej stacji uzdatniania wody wraz z technologią uzdatniania wody o wydajności minimalnej 40m<sup>3</sup>/h każda z wykazanych stacji*
- *wykonaniu ujęcia wody o głębokości minimalnej 50m*
- *wybudowaniu minimum dwóch naziemnych stalowych zbiorników na wodę o pojemności nie mniejszej niż 100m<sup>3</sup> każdy zbiornik.*

W pkt V.2 SIWZ zastrzeżono, że *Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.*

Ustalono nadto, że w Rozdziale VI SIWZ wskazano, iż *W celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt. 1) do 3) ustawy Pzp, należy złożyć następujące dokumenty:*

*3.1) Wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, 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. Dowodami, o których mowa powyżej są poświadczenie lub inne dokumenty - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, potwierdzające, że roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Ponadto ustalono, że w pkt VI. 7.8. SIWZ zastrzeżono, że Jeżeli wykonawca, wykazując spełnienie warunków o których mowa w pkt. 3 i 4 , polega na zasobach innych podmiotów, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, do oferty należy dołączyć dokumenty dotyczące :

- zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- sposobu wykorzystania przez wykonawcę zasobów innego podmiotu, przy wykonywaniu zamówienia;
- charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem;
- zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

W dalszej kolejności ustalono, że dniu 4 marca 2014 r. zamawiający, w odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie SIWZ o treści:

1) pytanie nr 3 - Czy zamawiający dopuści w celu potwierdzenia posiadania wiedzy i doświadczenia wykazania się co najmniej 1 robotą budowlaną w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, polegającą na:

- wykonaniu budynku automatycznej stacji uzdatniania wody wraz z technologią uzdatniania wody o wydajności minimalnej 40m<sup>3</sup>/h każda z wykazanych stacji
- wykonaniu ujęcia wody o głębokości minimalnej 50m
- wybudowaniu minimum 2 naziemnych zbiorników na wodę o pojemności nie mniejszej niż 100m<sup>3</sup> każdy zbiornik,

2) pytanie nr 4 - Czy Zamawiający dopuści spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia dla kilku różnych obiektów, czy warunek musi być spełniony dla jednego,

3) pytanie nr 7 - Czy zapis w SIWZ dotyczący „wykonania ujęcia wody o głębokości minimalnej 50m” w pkt. 2 „posiadania wiedzy i doświadczenia” wymaga od wykonawcy wykazania się wykonaniem odwiertu czy montażem armatury z pompą głębinową i obudową studni ?

udzielił następujących odpowiedzi:

1) odpowiedź na pytanie nr 3 - W celu potwierdzenia posiadania wiedzy i doświadczenia Zamawiający wymaga wykazania:

- wykonania budynku automatycznej stacji uzdatniania wody wraz z technologią uzdatniania wody o wydajności minimalnej 40m<sup>3</sup>/h każda z wykazanych stacji, oraz
- wykonania ujęcia wody o głębokości minimalnej 50m, oraz
- wybudowaniu minimum dwóch naziemnych stalowych zbiorników na wodę o pojemności nie mniejszej niż 100m<sup>3</sup> każdy zbiornik.

*Ww. warunek uznany zostanie za spełniony w przypadku wykonania ww. elementów na jednym obiekcie,*

2) odpowiedź na pytanie nr 4 - *Warunek uznaje się za spełniony w przypadku wykonania ww. elementów na jednym obiekcie,*

3) odpowiedź na pytanie nr 7 - *Wykonawca ma się wykazać wykonaniem odwiertu wraz z montażem armatury w tym pompy i obudowy studni.*

Izba ustaliła również, że odwołujący złożył wraz z ofertą wykaz robót, w którym powołał się na wiedzę i doświadczenie przy realizacji robót budowlanych polegających na:

- 1) budowie budynku ASUW, studni głębinowej o gł. 55 m, zagospodarowania terenu, zbiorników retencyjnych stalowych o V=150m<sup>3</sup> – 2 szt., wydajności układu chłodniczego Q=80m<sup>3</sup>/h, na rzecz PWIK Garwolin, w okresie X.2009 – VI.2010 r., o wartości 1.768.648,01 zł,
- 2) budowie sieci wodociągowej i przyłączy oraz budowie automatycznej stacji uzdatniania wody Q = 55 m<sup>3</sup>/h, stalowego zbiornika wody o V=150 m<sup>3</sup>, zagospodarowaniu terenu stacji, zabudowie studni głębinowych wraz z uzbrojeniem – 2 kpl, na rzecz Gminy Dąbie, w okresie VIII.2009 – IV.2011 r., o wartości 2.631.478,50 zł,
- 3) modernizacji stacji uzdatniania wody w m. Wałowice o wydajności 80 m<sup>3</sup>/h, stalowego zbiornika wody o V=150m<sup>3</sup>, zagospodarowaniu terenu stacji, na rzecz Gminy Gubin, w okresie XI.2009-IV.2010 r., o wartości 354.967,50 zł,
- 4) remoncie technologii płukania wody w stacji uzdatniania wody w m. Łągów o wydajności 36m<sup>3</sup>/h, na rzecz Gminy Dąbie, w okresie IX.2010 – XI.2010 r. o wartości 442.094,52 zł,
- 5) remoncie stacji uzdatniania wody w miejscowości Trzebiszewo z wprowadzeniem uzdatniania wody podawanej do wodociągu publicznego Q = 22 m<sup>3</sup>/h, na rzecz ZWiK Skwierzyna, w okresie VIII-XI.2012 r., o wartości 545.000,00 zł,
- 6) modernizacji stacji uzdatniania wody z miejscowości Stare Biskupice, gmina Słubice, Q=43m<sup>3</sup>/h, budowie stalowego zbiornika wody o V=100m<sup>3</sup>, zagospodarowaniu terenu stacji, w okresie IX.2012 – II.2013 r., na rzecz ZWiK Słubice, o wartości 1.050.000,00 zł.

Odwołujący załączył do wykazu dowody potwierdzające należyte wykonanie robót wymienionych w wykazie.

Pismem z dnia 8 kwietnia 2014 r. zamawiający zwrócił się do Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Garwolinie z prośbą o udzielenie informacji czy w ramach zadania pod nazwą „przebudowa i modernizacja stacji uzdatniania wody w Garwolinie”, realizowanego w okresie październik 2009 r. – czerwiec 2010 r., którego generalnym wykonawcą była firma Instalcompact sp. z o.o., wykonywane było ujęcie wody o głębokości 55m.

W odpowiedzi na ww. prośbę, Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Garwolinie sp. z o.o. w piśmie z 9 kwietnia 2014 r. poinformowało, że w umownym zakresie wykonywanych prac było: wyburzenie budynku i demontaż starych instalacji, wybudowanie nowego budynku technologicznego, wykonanie kompletnej instalacji technologicznej modernizacja istniejącej studni głębinowej, wykonanie instalacji towarzyszących, uzyskanie wszystkich niezbędnych dokumentów upoważniających do eksploatacji obiektu. Wskazano, że w zakresie wykonywanych prac nie było wykonania odwiertu studni lecz dokonanie kompletnej modernizacji otworu, tj. wydłużenie cembrowiny wraz z wymianą rur, wymiana pompy, wykonanie nowego szachtu, obudowy itp.

Ustalono nadto, że pismem z dnia 1 kwietnia 2014 r. skierowanym do odwołującego, zamawiający wskazał, że jeden z wykonawców ubiegających się o zamówienie kwestionuje załączone przez odwołującego do oferty referencje na wykonanie zadania „przebudowa i modernizacja stacji uzdatniania wody w Garwolinie” twierdząc, że w zakresie wykonania ww. zadania nie było odwiertu studni głębinowej. W związku z tym odwołujący poprosił o złożenie wyjaśnień w tej sprawie.

W odpowiedzi na ww. pismo odwołujący złożył pismo z 3 kwietnia 2014 r. w którym wskazał, że uzupełnia ofertę o prawidłowe referencje spełniające wymogi SIWZ. Załączył do ww. pisma wyjaśnienie członka konsorcjum odwołującego Instalcompact sp. z o.o. z 2 kwietnia 2014 r., w którym wyjaśnia, że dla potrzeb ujęcia wody w Garwolinie został wykonany odwiert o głębokości 55 m. Po konsultacji z PWiK sp. z o.o. w Garwolinie potwierdza, że odwiert został wykonany na obiekcie jako roboty budowlane dodatkowe prowadzone w odrębnej inwestycji, stąd w referencji wpisano ogólnie wykonanie studni. Do pisma z 3 kwietnia 2014 r. załączono nadto zobowiązanie wystawione przez Zakład Obsługi Budownictwa i Inwestycji, J..... S....., w którym zobowiązuje się do udostępnienia firmie Instalcompact sp. z o.o. zasobów wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia na rzecz zamawiającego. Załączono także referencje wystawione przez Urząd Miasta w Bieżuniu z 14 kwietnia 2014 r., w których



wystawca referencji poświadcza, że J..... S..... wykonał zgodnie z umową zadanie pn. „rozbudowa stacji uzdatniania wody w Bieżuniu”.

Izba ustaliła również, że pismem z dnia 22 kwietnia 2014 r. zamawiający zawiadomił odwołującego, że wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym swej czynności wskazał, że odwołujący nie wzywany o to przez zamawiającego, skorzystał z możliwości posiłkowania się wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu i przedłożył na tę okoliczność dokumenty, w tym list referencyjny. Zamawiający wskazał, że w postępowaniu wymagane było również złożenie wykazu robót budowlanych. Zamawiający wywiódł, że odwołujący nie złożył wykazu robót budowlanych, który zawierałby zadanie wykonane przez zakład Pana S..... Argumentował, że niezłożenie wykazu oznacza niespełnienie warunku udziału w postępowaniu.

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

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest uzasadnienie faktyczne i prawne czynności polegającej na wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu. Taka czynność może być kwestionowana w drodze środka ochrony prawnej w postaci odwołania (art. 179 i n. ustawy Pzp). Odwołanie wobec czynności zamawiającego wnoszone jest w terminach zawitych określonych w art. 182 ustawy Pzp, co oznacza, że zarzuty nie mogą być podnoszone po tym terminie. Ponadto w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Taka regulacja prawna, w ślad za dotychczasowym orzecznictwem Izby, Sądów Okręgowych oraz Trybunału Sprawiedliwości UE, przesądza, że uzasadnienie wykluczenia wykonawcy – czy też odrzucenia jego oferty – ma doniosły charakter. Warunkuje bowiem zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej, gdyż w oparciu o jego treść wykonawca formułuje zarzuty i wskazuje ich uzasadnienie. Należy wskazać, że sformułowane na etapie składania odwołania zarzuty są jedynymi jakie mogą być rozstrzygane przez Izbę, związanie Izby granicami zarzutów odwołania ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom zachowania swoich praw w postępowaniu. Tym samym wykonawca ma pełne prawo aby posiadać pełną wiedzę jakimi przesłankami kierował się zamawiający wykluczając go z postępowania. Ustalenie zarzucanych przez zamawiającego uchybień złożonej oferty nie może być uzależnione od aktywności wykonawcy. Obowiązek wskazania precyzyjnych i wyczerpujących podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy z postępowania spoczywa w całości na zamawiającym.

Izba podziela również w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż „(...) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)”.

Zasadnym wydaje się w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do

*możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów”.*

Biorąc powyższe rozważania i poglądy pod uwagę, przedmiotem rozpoznania przez Izbę mogły być wyłącznie zarzuty odwołania skierowane przeciwko takiej czynności wykluczenia, której uzasadnienie przekazano odwołującemu. Izba zbadała zatem uzasadnienie faktyczne czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i rozstrzygnęła, czy zarzuty kierowane przeciwko takiemu rozstrzygnięciu są zasadne.

Analiza uzasadnienia wykluczenia prowadziła do wniosku, że zamawiający zakwestionował doświadczenie odwołującego nabyte przy wykonaniu jednej z szeregu robót, jakie wykonawca przedstawił celem wykazania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Podkreślenia wymagało, że w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia odwołującego zamawiający ani jednym zdaniem nie wskazał, dlaczego nie uznał za potwierdzającą spełnienie warunku inwestycji zrealizowanej przez odwołującego na rzecz PWiK w Garwolinie (pkt 1 wykazu robót). W szczególności zamawiający nie wskazał, że doświadczenie, jakie odwołujący nabył wykonując to zadanie, nie odpowiada treści warunku udziału w postępowaniu, gdyż w jego zakres nie wchodziło wykonanie odwiertu studni. Izba nie mogła wziąć pod uwagę rozszerzonej w odpowiedzi na odwołanie podstawy faktycznej wykluczenia odwołującego. Zamawiający w piśmie tym wyjaśnił, że powodem nieuznania omawianego doświadczenia był fakt, że przedmiotem robót wykonanych przez odwołującego nie było wykonanie odwiertu studni, a jedynie modernizacja otworu. Z tego powodu Izba nie mogła wziąć pod uwagę również powoływanych przez zamawiającego na tę okoliczność dowodów w postaci korespondencji prowadzonej z PWiK w Garwolinie.

Dostrzeżenia wymagało również to, że zamawiający nie wskazał, dlaczego treści warunku udziału w postępowaniu w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie odpowiadają roboty budowlane, wykazane przez odwołującego w pkt 2-6 wykazu robót budowlanych, złożonego wraz z ofertą.

W tej sytuacji Izba zmuszona była uznać odwołanie za zasadne i stwierdzić, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp niezasadnie wykluczając wykonawcę z postępowania. Niezależnie bowiem od oceny dokumentów uzupełnionych przez odwołującego w dniu 3 kwietnia 2014 r. a dotyczących inwestycji zrealizowanej w Bieżuniu,

które zamawiający zakwestionował w rozstrzygnięciu o wykluczeniu, zamawiający nie wyjaśnił w swym uzasadnieniu, dlaczego neguje doświadczenie odwołującego nabyte przy inwestycjach wykonanych przez odwołującego, a wymienionych w pkt 1-6 wykazu robót. Ma rację zatem odwołujący, który zarzucił w odwołaniu, że zamawiający mógł i winien był dokonać oceny oferty w pozostałym zakresie, celem sprawdzenia czy odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odnośnie zaś inwestycji dotyczącej rozbudowy stacji uzdatniania wody w Bieżuniu (dokumenty złożone przy piśmie z 3 kwietnia 2014 r.), Izba nie mogła wziąć pod uwagę okoliczności wskazywanej w trakcie rozprawy przez zamawiającego, że odwołujący nie złożył dokumentów, na podstawie których zamawiający miał ocenić czy stosunek łączący podmiot trzeci tj. J..... S..... z wykonawcą gwarantuje rzeczywisty dostęp odwołującego do zasobu wiedzy i doświadczenia tego podmiotu (wymaganych w pkt VI.7.8. SIWZ). Rzeczywiście dokumentów takich zamawiającemu nie przedstawiono, jednakże ich brak nie stanowił – w świetle uzasadnienia - podstawy faktycznej wykluczenia odwołującego z postępowania. Jediną okolicznością, na jaką zwrócił uwagę zamawiający w uzasadnieniu było to, że nie złożono uzupełnionego wykazu robót, który miałby obejmować wykonanie inwestycji w Bieżuniu. Izba stwierdziła, że faktycznie wykonawca nie złożył zamawiającemu takiego dokumentu, co było sprzeczne z pkt VI. 3.1. SIWZ, w którym zamawiający wymagał od wykonawców przedstawienia również wykazu robót celem wykazania warunku udziału w postępowaniu. Oznaczało to, że nie można było uznać doświadczenia nabytego przy wykonaniu omawianego zadania za potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Jednakże fakt ten nie stanowił sam przez się wystarczającej podstawy do wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Jak już wyjaśniono wcześniej, odwołujący udokumentował swoje doświadczenie w wykonaniu również innych robót, zaś zamawiający nie uzasadnił dlaczego to doświadczenie kwestionuje.

W konsekwencji nieprawidłową okazała się również czynność unieważnienia przez zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Oferta odwołującego może być jeszcze wybrana jako najkorzystniejsza, zaś cena jego oferty (1.442.000,00 złotych brutto) jest niższa od kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (1.497.333,00 złotych brutto).

Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu wykonanie czynności badania i oceny wszystkich oświadczeń i dokumentów składanych przez odwołującego na

potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Czynność ta winna zostać poprzedzona unieważnieniem czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnieniem czynności wykluczenia odwołującego z postępowania. Izba wskazuje, że jeżeli zamawiający w wyniku badania tych dokumentów uzna, że są niekompletne lub nie potwierdzają spełnienia warunku, obowiązany będzie wprawdzie wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, wezwanie kierowane do wykonawcy w tym trybie powinno obejmować precyzyjne i jednoznaczne wskazanie, jakie elementy warunku udziału w postępowaniu nie zostały wykazane i dlaczego. W ocenie Izby, z obowiązku wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie zwalnia zamawiającego fakt, iż odwołujący samodzielnie uzupełnił dokumenty dotyczące inwestycji w Bieżuniu. W świetle ww. przepisu jedynymi okolicznościami, które uprawniają zamawiającego do rezygnacji z obowiązku wezwania jest konieczność unieważnienia postępowania lub konieczność odrzucenia oferty odwołującego. Nie było zaś sporne pomiędzy stronami, że żaden z omawianych wyjątków od zasady wzywania nie zachodzi. Dopiero zaś w sytuacji, gdy w odpowiedzi na prawidłowe i jednoznaczne wezwanie do uzupełnienia dokumentów, wykonawca dokumentów takich nie przedstawi lub nie pozwoli one na ustalenie, że warunek został wykazany, zamawiający będzie obowiązany do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 i 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

**Przewodniczący:** .....