

WYROK
z dnia 21 stycznia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 stycznia 2020 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13 stycznia 2020 roku** przez wykonawcę: **I. S., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą S. I. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT z siedzibą w Dąbrowie Górniczej**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Państwową Wyższą Szkołę Techniczno-Ekonomiczną im. ks. Bronisława Markiewicza w Jarosławiu, z siedzibą w Jarosławiu**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z ust. 4 ustawy Pzp co do nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego, a także naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, polegającego na sporządzeniu lakonicznego uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego, co w konsekwencji doprowadziło do unieważnienia postępowania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego, a także nakazuje powtórzenie procesu badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: **Państwową Wyższą Szkołę Techniczno-Ekonomiczną im. ks. Bronisława Markiewicza w Jarosławiu, z siedzibą w Jarosławiu** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego I. S., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą S. I. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT z siedzibą w Dąbrowie Górnicze** tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od Zamawiającego - **Państwowej Wyższej Szkoły Techniczno-Ekonomicznej im. ks. Bronisława Markiewicza w Jarosławiu, z siedzibą w Jarosławiu** na rzecz **Odwołującego – I. S., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą S. I. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT z siedzibą w Dąbrowie Górniczej** kwotę w wysokości **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynastu tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz zastępstwa procesowego.

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

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 13 stycznia 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019r., poz. 1843 ze zmianami), dalej jako „ustawa Pzp”, odwołanie złożyła I. S., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą S. I. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, dalej jako „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Przebudowa dwóch boisk wielofunkcyjnych, wraz z przebudową i budową niezbędnych urządzeń budowlanych i infrastruktury technicznej na terenie PWSTE przy ul. Czarnieckiego 16” prowadzi Zamawiający: Państwowa Wyższa Szkoła Techniczno-Ekonomiczna im. ks. Bronisława Markiewicza w Jarosławiu, z siedzibą Jarosławiu.

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego z dnia 7 stycznia 2020 r. w postaci wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz ust. 4 ustawy Pzp, oraz wynikającej z niej wadliwej czynności Zamawiającego postaci unieważnienia postępowania w oparciu o przesłankę przewyższenia przez najkorzystniejszą ofertę kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (która to przesłanka nie zaistniałaby gdyby w ocenie ofert brała udział oferta Odwołującego).

Czynnościom Zamawiającego zarzucono naruszenie:

- 1) art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia uzasadnienia faktycznego, umożliwiającego ocenę czy faktycznie Zamawiający miał podstawy do przyjęcia, iż Odwołujący nie wykazał podstaw do udziału w postępowaniu w postaci wymaganego w SIWZ doświadczenia;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z ust. 4 Pzp - poprzez wykluczenie wykonawcy, który przedłożył dokumenty potwierdzające posiadanie wymaganego w SIWZ doświadczenia, a w konsekwencji uznanie za odrzuconą oferty, która winna uczestniczyć w ocenie ofert, co nastąpiło na skutek pogwałcenia zasady rozstrzygnięcia wątpliwości w zakresie treści SIWZ na korzyść wykonawcy,
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 4) Pzp - poprzez dokonanie porównania pomiędzy kwotą sumy przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia z kwotą niewłaściwej oferty (na skutek pominięcia w ocenie oferty uznanej za odrzuconą).

Wobec powyższego, Odwołujący wnosił o uchylenie powyższych czynności i nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że przedmiotem postępowania jest Przebudowa dwóch boisk wielofunkcyjnych, wraz z przebudową i budową niezbędnych urządzeń budowlanych i infrastruktury technicznej na terenie PWSTE przy ul. Czarnieckiego 16.

Zamawiający pierwotnie w dniu 16 grudnia 2019 r. rozstrzygnął postępowanie na korzyść Odwołującego, uznając jego ofertę za najkorzystniejszą. Nie znalazł wówczas podstaw do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 4) Pzp. Z informacji z otwarcia ofert Zamawiający ujawnił, że przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 1.828.609,68 zł, w której mieściły się wyłącznie oferty: Odwołującego (1.796.146,92 zł) oraz oferenta E. D. (1.767.376,98 zł), który został wykluczony z uwagi na brak wymaganego doświadczenia.

Warunki udziału w postępowaniu określała Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) (rozdział V ust. 2 pkt 3 lit. b) SIWZ), przy czym wymóg doświadczenia został zmodyfikowany w odpowiedzi na pytania w dniu 18 października 2019 r. (Odpowiedź na pytanie 1) i ostatecznie został on ukształtowany w sposób następujący:

„Warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedno boisko wielofunkcyjne o nawierzchni poliuretanowej o wartości minimum 1 000 000.00 zł. Realizacja, która została potwierdzona dokumentami: przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty”.

W wyniku pisma złożonego przez E. D., w trybie art. 181 Pzp, Zamawiający uchylił swoje pierwotne rozstrzygnięcie postępowania i - po uprzednim wezwaniu Odwołującego (w dniu 30 grudnia 2019 r.) do złożenia wyjaśnień - w dniu 7 stycznia 2020 r. rozstrzygnął postępowanie. W rozstrzygnięciu tym wskazał, że nastąpiło przekroczenie (przez kwotę najkorzystniejszej oferty) przewidzianego przez Zamawiającego budżetu. Powyższe miało bezpośredni związek z uznaniem oferty Odwołującego za odrzuconą, bowiem była ona ostatnią pozostałą w postępowaniu ofertą na kwotę poniżej tego budżetu.

Jednocześnie z ogłoszeniem o wyniku postępowania przetargowego, Odwołujący został poinformowany o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty. W piśmie Zamawiający ograniczył się do ogólnikowego wskazania, że *„odpowiedź (...) nie potwierdziła aby oferent spełniał warunki udziału w postępowaniu”.*

Odwołujący podkreślił, że w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, Zamawiający również ogólnikowo wskazał, że *„przedłożone referencje nie potwierdzają, że istotnie w wskazanym okresie zostało wykonane boisko o nawierzchni poliuretanowej o wartości na kwotę co najmniej 1.000.000 zł”.*

Odwołujący wyjaśnił, że przedłożył referencje, z których wynikało wykonanie w formule „zaprojektuj i zbuduj” kompleksu dwóch boisk na podstawie umowy o wartości 2 098 380,00 zł brutto. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący przedstawił kosztorys inwestorski, z którego wynikało, że z tej kwoty jedynie kwota 45.000,00 zł obejmowała prace projektowe. W konsekwencji, cała pozostała kwota, to jest 2.043.380,00 zł brutto przypadała na realizację dwóch boisk.

Odwołujący nie rozumiejąc na czym polegają wątpliwości Zamawiającego, próbował odgadywać jego sposób rozumienia wymogu doświadczenia, przy czym sam - na chwilę składania ofert - uznawał, że ten wymóg należy rozumieć jako wymóg wykazania, że zrealizowano co najmniej jeden obiekt boiskowy o wartości (wraz z typową infrastrukturą) nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł. W świetle powyższego, wykazując realizację dwóch takich obiektów o wartości ponad 2.000.000,00 zł z całą pewnością ten warunek we własnym przeświadczeniu Odwołujący spełnił. Przede wszystkim zakładał, że użycie sformułowania „co najmniej jedno boisko” pozwala na przedstawienie referencji z realizacji obejmującej dwa boiska w jednej lokalizacji (sąsiadujące ze sobą).

Nie ulega wątpliwości, że jeżeli dwa boiska łącznie warte były ponad 2 000 000 zł, to nie jest możliwe by żadne z nich samodzielnie nie miało wartości co najmniej 1 000 000 zł (albo bowiem oba są warte ponad 1.000.000,00 zł albo jedno z nich jest warte istotnie ponad 1.000.000,00 zł a drugie nieco poniżej tej kwoty).

Niezależnie od powyższego, Odwołujący przedstawił szczegółowe wyliczenie wartości dla boiska nr 1 (do piłki nożnej i piłki ręcznej), gdzie całość zadania obejmowała realizację dwóch boisk z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą, taką jak ogrodzenie (w szczególności piłkochwyty), odwodnienie czy ciągi komunikacyjne. Jedno z boisk (boisko nr I) stanowiło boisko do piłki ręcznej oraz piłki nożnej (wielofunkcyjne), którego powierzchnia stanowiła ok. 54,0152% powierzchni łącznej obu boisk, a obwód ok. 52,1132% łącznego obwodu obu boisk.

- W zakresie pozycji II.1.1 - tyczenie boiska nr I odpowiada za 54,0152% kosztu tyczenia obu boisk to jest za kwotę 2700,76 zł netto,
- W zakresie pozycji II.1.2 - rozbiórka istniejących obrzeży boiska nr 1 odpowiada za 52,1132% tej pozycji to jest za kwotę 5968,00 zł netto,
- W zakresie pozycji II.1.3 - wykonanie ław betonowych dla boiska nr I odpowiada za 52,1132% tej pozycji to jest za kwotę 11.936,00 zł netto,
- W zakresie pozycji II.1.4 - wykonanie nowych obrzeży boiska nr I odpowiada za 52,1132% tej pozycji to jest za kwotę 11.936,00 zł netto,
- W zakresie pozycji II.1.5 - przygotowanie płyt asfaltowych boiska nr I odpowiada za 54,0152% tej pozycji to jest za kwotę 66.900,00 zł netto,

- W zakresie pozycji II.1.6 - przygotowanie podbudowy betonowej pod nawierzchnię boiska nr I odpowiada za 54,0152% tej pozycji to jest za kwotę 240.840,00 zł netto,
- W zakresie pozycji II.1.7 - wykonanie nawierzchni boiska nr I odpowiada za 54,0152% tej pozycji to jest za kwotę 240.840,00 zł netto,
- W zakresie pozycji II.1.8 - na boisko nr I przypada 8 otworów (po dwa dla każdej z 4 bramek) na łącznie 12 do wykonania (pozostałe to 2 do siatkówki na części A, 2 do siatkówki na części B oraz 2 do koszykówki na części C boiska nr II) to jest za kwotę 5893,33 zł netto,
- W zakresie pozycji II.1.9 - na boisko nr 1 nie przypada żadna część tej pozycji (wobec umieszczenia sprzętu do siatkówki na boisku nr II),
- W zakresie pozycji II.1.10 - na boisko nr I przypada ta pozycja w całości (wobec zlokalizowania bramek na boisku nr I), co odpowiada boisku nr I całej kwoty 8.000,00 zł netto,
- W zakresie pozycji II.1.11 - na boisko nr I przypada ta pozycja w całości (wobec zlokalizowania bramek na boisku nr I), co odpowiada boisku nr I całej kwoty 10.000,00 zł netto,
- W zakresie pozycji II.1.12 - boisko nr I nie przypada żadna część tej pozycji (wobec umieszczenia sprzętu do koszykówki na boisku nr II),
- W zakresie pozycji II.1.13 - ponieważ na boisko nr I przypadają fundamenty do 101 ze 197 metrów (piłkochwyty dotyczące boiska nr I mają długość 101 m podczas gdy dotyczące boiska nr II mają długość 96 m) na boisko nr I przypada w ramach tej pozycji 30 300,00 zł netto,
- W zakresie pozycji II.1.14 - należy wskazać, że błędnie opisano tę pozycję kosztorysu jako montaż siatek 4,00 m, podczas gdy chodzi tu o montaż siatek na boisku nr II (co wynika z łącznej ich długości, korespondującej z długościami podanymi w referencjach), wobec czego na boisko nr I nie przypada żadna część tej pozycji,
- W zakresie pozycji II.1.15 - należy wskazać, że błędnie opisano tę pozycję kosztorysu jako montaż siatek 4,00 m, podczas gdy chodzi tu o montaż siatek na boisku nr I (co wynika z łącznej ich długości, korespondującej z długościami podanymi w referencjach), wobec czego można przyjąć, że na boisko nr I przypada całą kwotę wskazaną dla tej pozycji to jest 50.500,00 zł netto,
- W zakresie pozycji II.1.16 - boisko nr I odpowiada 50% wartości tej pozycji, to jest 6675 zł netto,
- W zakresie pozycji II.1.17 na boisko nr I przypada 6 z 10 przewidzianych w kosztorysie ławek, co daje kwotę 4.800,00 zł netto,

- W zakresie pozycji 11.1.18 - na boisko nr I przypadało 4 z 7 przewidzianych w kosztorysie koszy, co daje kwotę 2.800,00 zł netto,
- W zakresie pozycji II.1.19 - boisku nr I odpowiada 50% wartości tej pozycji to jest 22.187,50 netto,
- W zakresie pozycji II.1.20 - boisko nr I odpowiada 50% wartości tej pozycji to jest 13 400 zł netto,
- W zakresie pozycji II.1.21 - boisku nr I odpowiada 50% wartości tej pozycji to jest 13 550,00 zł netto,
- W zakresie pozycji II.1.22 - boisku nr I odpowiada 50% wartości tej pozycji to jest 5 800,00 zł netto,
- W zakresie pozycji II.1.23 - boisku nr I odpowiada 50% wartości tej pozycji to jest 25 000,00 zł netto,
- W zakresie pozycji II.1.24 - boisko nr I jest oświetlane przez lampy zlokalizowane na 3 masztach a boisko nr II przez lampy na 2 masztach, boisku nr I odpowiada 3/5 wartości tej pozycji to jest kwota 66.000,00 zł netto,
- W zakresie pozycji II.1.25 - boisku nr I odpowiada jeden komplet regulaminu, co pozwala przyjąć dla boiska nr I w ramach tej pozycji kwotę 1.000,00 zł netto,
- W zakresie pozycji II.1.26 - boisku nr I odpowiada 50% wartości tej pozycji to jest 50.949,10 zł netto.

W związku z powyższym, na boisko nr I przypada z łącznej kwoty kosztorysowej co najmniej 894 991,70 zł netto, to jest 1.100.840,00 zł brutto.

Wydaje się - choć Odwołujący jedynie odgaduje w tym zakresie (podobnie jak na etapie uzupełniania dokumentów) rozumowanie Zamawiającego - że Zamawiający oczekiwał, że same prace związane z podbudową i nawierzchnią jednego tylko boiska będą przewyższały kwotę 1.000.000,00 zł. Tymczasem takiego wymogu nie sposób wyinterpretować z brzmienia wymogu dotyczącego doświadczenia. Nie ulega żadnej wątpliwości, że elementy takie jak wyposażenie sportowe, piłkochwyty (rodzaj ogrodzenia) czy oświetlenie boiska stanowią, podobnie jak dojścia do tych boisk, nieodłączne elementy inwestycji, polegającej na realizacji boiska sportowego. Warto zauważyć, że Zamawiający sam uwzględnił w przedmiocie zamówienia infrastrukturę boisk (a nie same podbudowy i nawierzchnie).

Na sposób wykładni postanowień SIWZ musi rzutować treść przepisu art. 22 ust. 1a Pzp. Przedmiotem zamówienia w postępowaniu jest przebudowa dwóch boisk wielofunkcyjnych wraz z przebudową i budową niezbędnych urządzeń budowlanych i infrastruktury technicznej tj. wewnętrzną kanalizacją deszczową z drenażem boisk, odwodnieniem liniowym, instalacją policznikową, ogrodzeniem. Zatem, niezależnie już od literalnej wykładni wymogu doświadczenia, zasada proporcjonalności również nakazuje

uwzględniać w ramach doświadczenia cały przedmiot zamówienia, a nie tylko jego część. Ponadto Zamawiający na żadnym etapie postępowania nie wskazał, że wartość 1 miliona złotych wynikająca z warunku dotyczy tylko tego zakresu robót, który wiąże się z wykonaniem boiska bez uwzględnienia urządzeń budowlanych, sportowych - bramki, kosze, siatki, oświetlenia czy ogrodzenia.

Brak jednoznacznego określenia, że wartość 1 miliona złotych dotyczy tylko i wyłącznie robót związanych z wykonaniem boiska nie może przy badaniu i ocenie spełnienia tego warunku negatywnie oddziaływać na wykonawców. KIO wielokrotnie (np. wyrok KIO sygn. akt 2853/13 czy KIO 1945/13) stawiała na stanowisku, iż „wszelkie wątpliwości interpretacyjne należy rozstrzygać na korzyść wykonawców ubiegających się o zamówienie - w szczególności gdy pojawią się one po terminie składania ofert i nie jest już możliwe doprecyzowanie lub wyjaśnienie treści postanowień SIWZ”.

W związku z tym Zamawiający przy ocenie spełnienia warunku wykonania boiska o wartości 1 miliona złotych powinien brać pod uwagę zachowanie proporcjonalności do zakresu przedmiotu zamówienia tj. uwzględnienie wartości wykonania boiska wraz z przebudową i budową niezbędnych urządzeń budowlanych i infrastruktury technicznej.

W związku z powyższym, wniesienie odwołania stało się konieczne dla zapewnienia ochrony praw Odwołującego.

Odwołanie zostało złożone w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp (z uwzględnieniem, iż koniec tego terminu wypadał w niedzielę 12 stycznia 2020 r.). Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 10 stycznia 2020 r. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, wyjaśnieniach, odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179

ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie Odwołującego i uznanie jego oferty za odrzuconą w prowadzonym postępowaniu, co w konsekwencji doprowadziło do unieważnienia postępowania, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień po żadnej ze stron.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że:

W SIWZ Zamawiający określił w ramach warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, którzy wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedno boisko o nawierzchni poliuretanowej natryskowej o wartości minimum 1 000 000,00 zł, realizacja która została potwierdzona dokumentami: przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty. Wykonawca musi wykazać, że roboty zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodny z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Następnie w dniu 18 października 2019 roku Zamawiający odpowiadając na pytanie: *„Wnosimy o dopuszczenie jako spełnienie warunku określonego w SIWZ: minimum jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie zewnętrznych obiektów sportowych, w których skład wchodziły obiekty o nawierzchni poliuretanowej, przy czym wartość całego zamówienia opiewała na wartość minimum 1 000 000 zł”* wskazał, że Zamawiający zmienia zapis na:

„Warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedno boisko wielofunkcyjne o nawierzchni poliuretanowej o wartości minimum 1 000 000,00 zł, realizacja która została potwierdzona dokumentami: przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty”.

W dniu 24 października 2019 roku odpowiadając na pytanie: „*prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający uzna doświadczenie Wykonawcy polegające na wykonaniu co najmniej jednego boiska o nawierzchni poliuretanowej wraz z infrastrukturą (oświetlenie, ogrodzenie, zagospodarowanie terenu) o wartości minimum 1 000 000 zł*”, Zamawiający oznajmił, że podtrzymuje zapisy SIWZ.

Odwołujący, wezwany w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, przedstawił w ramach dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu *Wykaz robót wraz z referencjami*. W wykazie wskazano na zadanie „*ZSZ Szttygarka – modernizacja boiska wraz z infrastrukturą*”, w rubryce – rodzaj robót – wskazano na wielofunkcyjne boisko o nawierzchni poliuretanowej i o wartości powyżej 1 000 000,00 zł, a w rubryce wartość zadania – 3 635 256,50 zł, zadanie wykonano na rzecz Urzędu Miejskiego w Dąbrowie Górniczej. Odwołujący do wykazu dołączył referencje – Poświadczenie Wykonania Robót Budowlanych – wystawione przez Urząd Miejski w Dąbrowie Górniczej – opisujące szczegółowo przedmiot umowy, zakres rzeczowy zadania, jako wartość zawartej umowy podano kwotę – 2 098 380,00 zł, a jako wartość realizowanego postępowania publicznego podano kwotę – 3 635 256,50 zł.

W dniu 16 grudnia Zamawiający za najkorzystniejszą ofertę uznał ofertę złożoną przez Odwołującego.

W dniu 30 grudnia 2019 roku Zamawiający w związku z wpływieniem zawiadomienia w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, złożonego przez innego wykonawcę, unieważnił pierwotną decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej (za którą uznana została oferta Odwołującego), i na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w części odnoszącej się do zdolności zawodowej (np. kosztorysów ofertowych, kosztorysów powykonawczych lub harmonogramu rzeczowo-finansowego). W wezwaniu Zamawiający zaznaczył, że przedłożone referencje nie potwierdzają, że we wskazanym okresie zostało wykonane boisko o nawierzchni poliuretanowej o wartości na kwotę co najmniej 1 000 000 zł.

Odwołujący w dniu 2 stycznia 2020 roku złożył kosztorys inwestorski zadania referencyjnego na „*Remont boisk wielofunkcyjnych wraz z infrastrukturą przy Ośrodku Sportowym ZsZ ul. Górnicza w Dąbrowie Górniczej*”. Podał, że z przedłożonego uprzednio dokumentu referencji wynikało, że było to zadanie o charakterze „zaprojektuj i wybuduj”, a zatem wykonawca najpierw przygotował projekt wraz z kosztorysem inwestorskim, a następnie realizował według tych dokumentów prace. Z kosztorysu wynika, że łącznie prace budowlano-boiskowe (ujęte w punktach 1.1.-1.7,1.26) miały wartość netto

1 174 035,00 zł i stanowił niemal 2/3 wartości zamówienia netto. Po doliczeniu podatku VAT, wartość boiskowej części zadania, na które przedstawiono referencje wynosi więc 1 444 063,05 zł.

W dniu 7 stycznia 2020 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu i odrzuceniu oferty na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu tej decyzji podano, że po zawiadomieniu Zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności, Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnień. Wykonawca udzielił odpowiedzi, która nie potwierdziła aby oferent spełnił warunki udziału w postępowaniu. Ostatecznie Zamawiający w tym samym dniu unieważnił postępowanie, ponieważ cena oferty z najniższą ceną przewyższała kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia (art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

Biorąc powyższe ustalenia Izba uznała, że odwołanie w całości zasługuje na uwzględnienie.

Z treści art. 92 ust. 1 i następnych wynika, że Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, (...) – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Dokonując analizy informacji o wykluczeniu Odwołującego przekazanej przez Zamawiającego trudno nie odnieść wrażenia, że zawiadomienie o wykluczeniu ma bardzo lakoniczną treść. Zamawiający ograniczył się do przywołania przepisów prawa. Nie wskazał natomiast jakiegokolwiek uzasadnienia o charakterze merytorycznym. Nie wskazał faktycznych podstaw podjętej ostatecznie decyzji. Za taką podstawę nie można uznać wskazania, że wykonawca został wezwany do wyjaśnień, a złożone wyjaśnienia nie potwierdziły spełnienia warunku. Tak sformułowane stanowisko jest nad wyraz enigmatyczne, nie odnosi się faktów, stwierdzonych okoliczności, które zaważyły na decyzji Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości, co do informacji wynikających z oferty, złożonych wykazów i referencji oraz wyjaśnień, to winien był je jasno w decyzji o wykluczeniu Odwołującego wyartykułować. Nie jest rolą wykonawcy domyślać się jakie elementy stanu faktycznego doprowadziły Zamawiającego do podjęcia określonych decyzji. Nie można również zapominać, że przedstawiona wykonawcy argumentacja jest i może być podstawą zbudowania zarzutów w ramach korzystania ze środków ochrony prawnej. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wnosząc odwołanie jedynie mógł domyślać się w jaki sposób Zamawiający odczytuje warunek udziału w postępowaniu i dlaczego uzupełnione dokumenty i złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie zostały

uznane za wystarczające celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający w informacji o wykluczeniu nie przedstawił żadnych elementów stanu faktycznego, do których odnosił się w wypowiedzi na rozprawie przed Izłą.

To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ustawy Pzp wykonawca, po pierwsze, podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować.

Tak sporządzone uzasadnienie o wykluczeniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w ocenie składu orzekającego Izby nie spełniało wymogów art. 92 ustawy Pzp, co skutkowało uznaniem zasadności zarzutów w tym zakresie.

Izba uznała również, że zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, a decyzja o wykluczeniu Odwołującego nie miała prawidłowego charakteru.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że ocena dokonana przez Zamawiającego, w tym wniosek, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu musi być uznana za nieuprawnioną.

W SIWZ Zamawiający określił, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia ma wykazać się doświadczeniem rozumianym jako wykonanie co najmniej jednego boiska wielofunkcyjnego o nawierzchni poliuretanowej o wartości minimum 1 000 000,00 zł. Warunek nie zawierał żadnych innych wymagań, nie referował do opisu przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, nie zawierał również jakichkolwiek wyłączeń. Odpowiadając na pytania wykonawców w toku prowadzonego postępowania Zamawiający konsekwentnie wskazywał, że podtrzymuje zapisy SIWZ, nie odnosząc się wprost do treści złożonych zapytań. Potwierdzenie spełnienia warunku następowało przez złożenie wykazu robót i referencji.

Odwołujący przedstawił referencje, z których wynikało, że wykonał w formule „zaprojektuj i zbuduj” kompleks dwóch boisk na podstawie umowy o wartości 2 098 380,00 zł brutto. Dodatkowo w referencji szczegółowo rozbito wykonane prace na poszczególne boiska, wskazano jakie elementy wykonano, podano ich ilościowe wykonanie. W ocenie Izby już same te dokumenty były wystarczające do uznania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego. Wartość prac referencyjnych przekraczała wymagany w warunku poziom, zakres prac odpowiadał zakresowi ustalonym w warunku.

Zamawiający postanowił jednak zastosować art.26 ust. 3 ustawy Pzp w stosunku do oferty Odwołującego, żądając przedstawienia dodatkowych informacji. Co ciekawe, również wezwanie do uzupełnienia dokumentów miało bardzo enigmatyczny charakter i nie określało jakie elementy z wykazu i referencji Zamawiający uznaje za niewystarczające do potwierdzenia spełniania warunku, czy elementy te budzą wątpliwości, a jeśli tak, to w jakim zakresie. W tym miejscu dostrzeżenia wymaga, że prawidłowość wykluczenia wykonawcy z postępowania ocenia się z uwzględnieniem czynności poprzedzających tę decyzję, takich właśnie jak skierowanie wezwania do uzupełnienia dokumentów. Naczelne zasady postępowania o udzielenie zamówienia wymagają, aby wezwanie było jasne i precyzyjne, sformułowane w sposób dający wykonawcy wiedzę, co w złożonych przez wykonawcę dokumentach Zamawiający kwestionuje i dlaczego. Nie są wystarczające ogólnikowe stwierdzenia, że określony dokument jest nieprawidłowy, nie potwierdza spełniania warunku. Wykonawca nie może bowiem domyślać się, czego od niego oczekuje Zamawiający. Aby wykonawca mógł się prawidłowo do wezwania odnieść, musi wiedzieć, które elementy w złożonych wcześniej dokumentach Zamawiający uznał za nieprawidłowe i dlaczego.

Odwołujący złożył dodatkowe wyjaśnienia wraz z kosztorysem inwestorskim. O ile Izba zgadza się ze stanowiskiem, że z zakresu prac określonego dla zadania referencyjnego odliczyć należało wartość wykonanych prac projektowych, ponieważ takiego rodzaju prac nie obejmuje przedmiot zamówienia, o tyle niezrozumiałe wydają się dalsze działania i dywagacje Zamawiającego, że wymagana warunkiem wartość prac 1 000 000 zł nie została przez Odwołującego złożonymi dokumentami i wyjaśnieniami wykazana. Przy czym wątpliwości Zamawiającego zostały ujawnione de facto na rozprawie przed Izbą, nie zaś w informacji o wykluczeniu wykonawcy. Zamawiający w najmniejszym nawet stopniu komunikując decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania nie odniósł się do przedstawionych przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących uprzednio złożonych dokumentów, nie wiadomo zatem w jakim zakresie i dlaczego uznał je za nieprzekonujące czy niewiarygodne. Z pewnością z uzasadnienia wykluczenia nie wynikało, że Zamawiający nie zaliczył części wykonanych w ramach zadania referencyjnego robót budowlanych jako nie odpowiadających zakresowi prac ustalonemu w warunku udziału.

Przechodząc do analizy złożonych w postępowaniu dokumentów, w ocenie Izby nie jest uprawnione takie interpretowanie treści ustalonego w postępowaniu warunku, że do wartości 1 000 000 zł należało zaliczyć tylko roboty budowlane stricte związane z wykonaniem nawierzchni boiska lub samego boiska. Warunek udziału w postępowaniu odnosił się do wykonania boiska w określonej technologii nawierzchni, nie precyzując jakie elementy Zamawiający uzna, a jakich nie uzna za część boiska. Nigdzie Zamawiający w SIWZ, czy też odpowiedziach na pytanie nie wskazał, że do wartości tej nie będzie wliczał infrastruktury towarzyszącej, czy wyposażenia boiska w sprzęt sportowy. Nie podano

również jakich elementów nie można zaliczyć jako wchodzących w skład boiska, a jakich nie. Na obecnym etapie postępowania, wszelkie niejasności interpretacyjne zapisów SIWZ dokonywać należy na korzyść wykonawców. Poza tym, jak słusznie zauważył Odwołujący, również z opisu przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu wynika, że pewna infrastruktura towarzysząca, jak choćby oświetlenie, będzie przez Zamawiającego realizowana. Ponadto każda inwestycja charakteryzuje się pewną odmiennością, różne elementy w ramach inwestycji są wykonywane, w zależności od potrzeb inwestora. Okoliczność, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wykonuje jakiego elementu robót budowlanych (np. chodnika, odwodnienia, utwardzenia nawierzchni), nie oznacza, że wartość takiego elementu należy odliczyć z zadania referencyjnego. Warunek udziału w postępowaniu zbudowany był w odniesieniu do pojęcia boiska - obiektu rozumianego jako funkcjonalna całość, a nie poszczególnych jego elementów i to na dodatek bliżej nie określonych. Jeżeli dany wykonawca wskazuje, że doświadczenie w budowie boiska jako obiektu sportowego posiada, co potwierdza wykazem i referencjami, to nie sposób takiemu wykonawcy zarzucić braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a tym bardziej braku doświadczenia w realizacji obiektów o podobnym lub zbliżonym charakterze funkcjonalnym.

Co więcej, podkreślenia wymaga, iż referencje w postępowaniu służyć mają potwierdzeniu należytego wykonania przedmiotu zamówienia, wykonania robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Nie muszą one zawierać innych elementów odnoszących się do zakresu prac. Dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku w zakresie przedmiotowym jest wykaz robot. Całkowicie bowiem odmienny jest cel i znaczenie powyższych dokumentów, jak również całkowicie odrębne podmioty są ich wystawcą. Nie ulega wątpliwości, iż dokumenty referencyjne składane wraz z wykazem są dokumentami abstrakcyjnymi, będącymi oświadczeniami wiedzy niezwiązanymi z konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Nie muszą one tym samym wiernie odzwierciedlać wymagań Zamawiającego sformułowanych w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, a mają one jedynie wykazać fakt wykonania danych robót w sposób należyty.

Reasumując, nieprawidłowe wykluczenie wykonawcy Odwołującego doprowadziło do podjęcia przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, która w ocenie składu orzekającego nie może się ostać. Podstawą unieważnienia postępowania była okoliczność, że pozostałe oferty złożone w postępowaniu przekraczały budżet Zamawiającego, a mieściła się w nim oferta Odwołującego. Jeżeli Izba uznała, że Odwołujący został nieprawidłowo wykluczony z postępowania, a jego oferta nieprawidłowo odrzucona, to w konsekwencji Izba zobowiązana była do unieważnienia

czynności unieważnienia postępowania i nakazania ponowienia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z ust. 2 Pzp orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 4 oraz § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....