

WYROK

z dnia 13 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie **12 listopada 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **19 października 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **IWNiSE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usługi Inżyniera Kontraktu pełniącego funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa dworców kolejowych: Czechowice-Dziedzice, Dąbrowa Górnicza, Racibórz”, w zakresie Zadania nr I (nr postępowania KFZ/2020/WNP-011462)*

prowadzonym przez zamawiającego: **Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **NBQ sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie w ten sposób, że nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenia IWNiSE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a w ramach powtórzonych czynności uwzględnienie przy ocenie spełniania warunku określonego w rozdziale IX ust. 3 pkt 3) ppkt 1 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że: po pierwsze – zadanie inwestycyjne pn. „Remont tarasu dolnego, górnego i I piętra od strony wschodniej Pałacu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej”, w ramach którego Odwołujący pełnił nadzór inwestorski, obejmowało w szczególności wykonanie robót elewacyjnych i robót instalacyjnych w branży teletechnicznej, po drugie – Odwołujący był uprawniony do przedstawienia**

własnego oświadczenia na potwierdzenie należytego wykonania tej usługi, gdyż Centrum Obsługi Kancelarii Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z siedzibą w Warszawie nie wyraża zgody na wystawienie referencji przed zakończeniem obowiązywania umowy ramowej na pełnienie funkcji nadzoru inwestorskiego.

2. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** i:

2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. **zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Warszawie**.

Uzasadnienie

Zamawiający Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie 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” lub p.z.p.} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Świadczenie usługi Inżyniera Kontraktu pełniącego funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa dworców kolejowych: Czechowice-Dziedzice, Dąbrowa Górnicza, Racibórz”, w zakresie Zadania nr I (nr postępowania KFZ/2020/WNP-011462).*

Ogłoszenie o tym zamówieniu 25 czerwca 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_121 pod poz. 296478.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

9 października 2020 r. Zamawiający powiadomił drogą elektroniczną wykonawców uczestniczących w powyższym postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez NBQ sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie {dalej: „NBQ” lub „Przystępujący”} oraz o wykluczeniu z postępowania IWNiSE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

19 października 2020 r. IWNiSE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „IWNiSE” lub „Odwołujący”} wniósł w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od wykluczenia z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 26 ust. 3 lub ust. 4 w zw. z § 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 (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126) {dalej: „rozporządzenie”} – przez dokonanie wybiórczej i nieprawidłowej oceny dokumentów złożonych przez Odwołującego 29.09.2020 r. na wezwanie z 24.09.2020 r., polegające na ograniczeniu się jedynie do wezwania na podstawie § 2 ust. 6 rozporządzenia Centrum Obsługi Kancelarii Prezydenta RP {dalej „COKPRP”} do złożenia wyjaśnień w zakresie potwierdzenia realizacji przez IWNiSE na rzecz COKPRP czynności potwierdzających posiadanie doświadczenia wymaganego dla wykazania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IX ust. 3 pkt 3)

- ppkt 1 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”}, z jednoczesnym zaniechaniem wezwania IWNiSE do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie, podczas gdy wystąpiły wszystkie przesłanki do jego dokonania, w szczególności wystąpiły wątpliwości wymagające wyjaśnienia przez Wykonawcę.
2. Art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2) rozporządzenia w zw. z art. 26 ust. 3 lub 4 – przez bezpodstawne i bezzasadne wykluczenie IWNiSE z powołaniem się na niewykazanie spełnienia przez nie warunku udziału określonego w rozdziale IX ust. 3 pkt 3) ppkt 1 lit. b) SIWZ polegającego na tym, że usługa nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego pn. „Remont tarasu dolnego, górnego i I piętra od strony wschodniej Pałacu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej” na rzecz COKPRP nie obejmowała pełnego zakresu robót określonego w tym warunku, tj. nie obejmowała swym zakresem wykonania robót elewacyjnych, robót instalacyjnych (w branżach teletechnicznej i telekomunikacyjnej), a ponadto nie przedłożono dowodu potwierdzającego jej należyte wykonanie, w sytuacji gdy dokumentacja powykonawcza (załączona do pisma IWNiSE z 28.09.2020 r. złożonego na wezwanie z 24. 09.2020 r.) oraz dodatkowo załączone do odwołania (jako dowód) oświadczenie COKPRP z 19.10.2020 r. potwierdzają pełnienie przez IWNiSE nadzoru nad realizacją w ramach ww. inwestycji również takiego zakresu robót objętych treścią tego warunku udziału, natomiast ponieważ czynności nadzoru stanowią usługi objęte umową ramową, IWNiSE z obiektywnych przyczyn nie miało do tej pory możliwości uzyskania w powyższym zakresie referencji, przez co jego oświadczenie własne z 28.09.2020 r. oraz dodatkowo załączona do odwołania (jako dowód) opłacona faktura VAT stanowią wystarczające (i zgodne z treścią rozporządzenia) dowody dla potwierdzenia należytej realizacji tych czynności”, co w konsekwencji potwierdza wykazanie przez IWNiSE spełnienia powyższego warunku udziału, względnie powinno skutkować ewentualnym wezwaniem IWNiSE do udzielenia wyjaśnień.
3. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 – przez zaniechanie dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty IWNiSE, która powinna zostać najwyżej oceniona, gdyby nie nieprawidłowe wykluczenie z postępowania.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania.
2. Powtórzenia stosownych czynności w zakresie prawidłowego badania i oceny ofert, w szczególności wezwania go do złożenia wyjaśnień w zakresie prawidłowości wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy pzp.

3. Dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Z uzasadnienia odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu badania spełniania przez IWNiSE warunku udziału w zakresie zdolności technicznej określonego w rozdziale IX ust. 3 pkt 3) ppkt 1 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „s.i.w.z.” lub „specyfikacja”}.

Zgodnie z brzmieniem tego warunku wykonawca miał wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 1 usługę nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru zabytków lub ewidencji zabytków, która swoim zakresem obejmowała co najmniej roboty budowlane: konstrukcyjne, wykończeniowe, elewacyjne oraz roboty instalacyjne w branżach: sanitarnej, elektrycznej, teletechnicznej, o wartości nadzorowanych robót budowlanych nie mniejszej niż 5 mln zł. Przy czym:

- pojęcie „budynek użyteczności publicznej” należy rozumieć zgodnie z definicją zawartą w § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2019 r. poz. 1065 ze zm.);
- pojęcia „wpisu budynku do rejestru lub ewidencji zabytków” należy rozumieć zgodnie z ustawą z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U. z 2020 r. poz. 282 ze zm.).

Z uwagi na niewykazanie powyższego warunku dokumentami złożonymi 17.09.2020 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 07.09.2020 r. w trybie art. 26 ust. 1 pzp, Zamawiający 24.09.2020 r. skierował do IWNiSE wezwanie do uzupełnienia tych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 pzp

29.09.2020 r. pismem datowanym na 28.09.2020 r. IWNiSE uczyniło zadość powyższemu wezwaniu. W szczególności załączona dokumentacja powykonawcza jednoznacznie potwierdzała pełnienie nadzoru, który dotyczył pełnego zakresu robót objętych treścią powyżej przywołanego warunku udziału, w tym robót elewacyjnych oraz robót instalacyjnych w branżach: teletechnicznej i telekomunikacyjnej (na str. 7 wskazano na realizację instalacji telekomunikacyjnej, która stanowi jeden z rodzajów instalacji teletechnicznej). Z kolei w piśmie przewodnim zamieszczono oświadczenie własne o należyтым wykonaniu oraz załączono fakturę VAT i końcowy raport płatności nr 3 na potwierdzenie należytego wykonania tej usługi.

Pismem z 09.10.2020 r. Zamawiający poinformował IWNiSE o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp tj. z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W treści powyższego pisma Zamawiający wskazał, że: (...) korzystając z uprawnienia zawartego w § 2 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, zwrócił się w dniu 02.10.2020 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej do Centrum Obsługi Kancelarii RP, tj., do podmiotu na rzecz którego ww. usługa była wykonywana, z następującym zapytaniem:

„...w związku prowadzonym przez nas postępowaniem przetargowym otrzymaliśmy, w dokumentacji złożonej przez Wykonawcę IWNiSE Sp. z o. o., informację o świadczeniu na Państwa rzecz przez ww. firmę usługi nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego: pn. „Remont tarasu dolnego, górnego i I piętra od strony wschodniej Pałacu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej”, realizowanego na podstawie umowy wykonawczej nr 205/2019 z dnia 26.07.2019 r.

W związku z powyższym, zwracam się z uprzejmą prośbą o udzielenie następujących informacji:

1) Czy wartość prac realizowanych w ramach ww. zadania inwestycyjnego (...) przez firmę ZAB-BUD Sp. z o.o., ul. Nowosielecka 14a/2, 00-466 Warszawa, polegała na przebudowie budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru zabytków wynosiła nie mniej niż 5 000 000,00 zł brutto oraz czy obejmowała swym zakresem, co najmniej:

- roboty budowlane konstrukcyjne,
- roboty budowlane wykończeniowe,
- roboty elewacyjne,
- roboty instalacyjne w branżach: sanitarnej, elektrycznej, teletechnicznej?

2) Czy usługa nadzoru inwestorskiego nad realizacją ww. roboty budowlanej polegającej na przebudowie budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru zabytków, obejmowała co najmniej:

- roboty budowlane konstrukcyjne,
- roboty budowlane wykończeniowe,
- roboty elewacyjne,
- roboty instalacyjne w branżach: sanitarnej, elektrycznej, teletechnicznej?

3) W jakim terminie Wykonawca IWNiSE Sp. z o. o. świadczył usługi nadzoru inwestorskiego nad realizacją ww. zadania inwestycyjnego?

4) Czy usługi nadzoru inwestorskiego realizowane przez Wykonawcę IWNiSE Sp. z o. o. na podstawie umowy wykonawczej nr 205/2019 z dnia 26.07.2019 r. zostały wykonane należycie?

Proszę również o przesłanie dokumentu/dokumentów potwierdzających odbiór prac

z zakresu ww. umowy np. końcowego protokołu odbioru robót..."

W odpowiedzi z dnia 08.10.2020 r. otrzymanej z Centrum Obsługi Kancelarii RP, Zamawiający uzyskał następujące informacje:

„...Ad. 1 wartość prac realizowanych przez firmę ZAB-BUD Sp. z o.o. w ramach zadania przewyższała wartość 5 000 000,00 zł brutto i polegała na remoncie tarasu dolnego, górnego i I piętra w obiekcie wpisanym do rejestru zabytków oraz obejmowała swym zakresem:

- roboty budowlane konstrukcyjne;*
- roboty budowlane wykończeniowe;*
- roboty instalacyjne w branżach: sanitarnej, elektrycznej.*

Ad. 2 usługa nadzoru inwestorskiego nad realizacją remontu tarasu dolnego, górnego i I piętra w obiekcie wpisanym do rejestru zabytków obejmowała:

- roboty konstrukcyjne;*
- roboty instalacyjne w branżach: sanitarnej i elektrycznej.*

Ad. 3 firma IWNiSE Sp. z o.o. świadczyła usługę pełnienia nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania od 05.08.2019 r. do 06.03.2020 r.

Ad. 4 usługa nadzoru inwestorskiego realizowana przez firmę IWNiSE Sp. z o.o. została zakończona 06.03.2020 r. natomiast Zamawiający nie wystawił zgody na wystawienie referencji.

Jednocześnie informujemy, że zgodnie z zapisami umowy ramowej nr 167/2019 oraz wykonawczej nr 205/2019, protokoły odbioru nie były wymagane w związku z powyższym nie posiadamy takich dokumentów”.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający w toku badania i oceny przedłożonych dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie o którym mowa w art. 26 ust 3 oraz informacji otrzymanych z Centrum Obsługi Kancelarii RP, stwierdził, że usługa nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego: pn. „Remont tarasu dolnego, górnego i I piętra od strony wschodniej Pałacu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej”, nie obejmowała pełnego zakresu robót określonego w rozdziale IX ust 3 pkt 3) ppkt 1 lit. b) SIWZ, tj. nie obejmowała swym zakresem wykonania: robót elewacyjnych, robót instalacyjnych w branżach: teletechnicznej i telekomunikacyjnej, a ponadto Wykonawca nie przedłożył dowodu potwierdzającego jej należyte wykonanie. Wykazana usługa nie potwierdza zatem spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IX ust 3 pkt 3) ppkt 1 lit. b) SIWZ.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Według Odwołującego zwrócenia się przez Zamawiającego o wyjaśnienia do COKPRP jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający powziął wątpliwości co do dokumentów przedstawionych przez IWNiSE, a tym samym ziściły się również przesłanki

do zastosowania wezwania o wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 3 lub ust. 4 pzp. Przy czym ponieważ przepis ten ma charakter kategoriowy, a nie uznaniowy, Zamawiający miał obowiązek wezwać IWNiSE do wyjaśnienia powyższej kwestii przed podjęciem decyzji o wykluczeniu go z postępowania. Tym bardziej, że Odwołujący uzyskał od KPRP odpowiedni dokument potwierdzający spełnienie przez niego warunku udziału w postępowaniu.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Odwołujący podniósł dodatkowo, że choć roboty budowlane konstrukcyjne, wykończeniowe czy elewacyjne to określenia bardzo szerokie, a jednocześnie niejednoznaczne, Zamawiający ich nie zdefiniował lub chociaż podał zakres kodów CPV. Zgodnie z oznaczeniem kodów CPV np. wg CPV 45400000-1 roboty wykończeniowe stanowią inne roboty niż wskazane pod numerem CPV 45452100-1 piaskowanie fasady budynków, podczas gdy w robotach wykończeniowych mieszczą się również roboty budowlane elewacyjne 454430000-4.

Odwołujący stwierdził, że skoro Zamawiający miał wątpliwości co do pierwotnej treści SIWZ, w tym warunków udziału w postępowaniu, powinien rozstrzygać on wszelkie wątpliwości na korzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu (tak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach wydanych: 6 czerwca 2019 r. sygn. akt: KIO 910/19, 19 października 2018 r. sygn. akt KIO 2020/18 czy 3 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 68/16).

Odwołujący powołał się na to, że uzyskał od KPRP oświadczenie z 19.10. 2020 r. precyzujące zakres robót wykonanych i nadzorowanych w ramach inwestycji, na którą się powołał w ramach uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący oświadczył, że w ogóle nie występował o wystawienie referencji związanych z pełnieniem nadzoru na powyższej inwestycji, gdyż jest ona częścią umowy ramowej, a COKPRP przewidywała wystawienie referencji dopiero po realizacji całości zamówień objętych tą umową ramową (co potwierdziła w załączonym do odwołania piśmie z 19.10.2020 r.). Ponieważ IWNiSE nie mogło uzyskać referencji lub innych dokumentów potwierdzających z przyczyny o obiektywnym charakterze, było uprawnione do wystawienia własnego oświadczenia potwierdzającego należyte wykonanie usługi, a ponadto przedstawiło Zamawiającemu fakturę VAT (zgodnie § 7 ust. 2 umowy ramowej nr 167/2019 podstawą wystawienia faktury było częściowe przyjęcie bez uwag i zastrzeżeń raportu częściowego).

Ponadto mając na uwadze treść postanowienia § 7 ust. 2 umowy ramowej nr 167/2019, płatność nie mogła się odbyć bez przyjęcia bez zastrzeżeń i uwag raportu końcowego, tymczasem IWNiSE uzyskało pełne wynagrodzenie z tytułu pełnienia nadzoru inwestorskiego, na co wskazuje załączone do odwołania potwierdzenie przelewu.

W odpowiedzi na odwołanie z 10 listopada 2020 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności następująco to uzasadniając.

Zamawiający stwierdził, że złożona 29.09.2020 r. w odpowiedzi na jego wezwanie przez IWNiSE umowa wykonawcza nr 205/2019 zawarta 26.07.2019 r. z Centrum Obsługi Kancelarii Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w żaden sposób nie dokumentowała faktu nadzorowania wykonywania robót budowlanych objętych treścią warunku z rozdziału IX ust. 3 pkt 3 ppkt 1) lit. b) SIWZ, w szczególności nie wynikała z niej wartość nadzorowanych prac (co nie wynikało również ze złożonej faktury VAT nr 60/20). Dlatego też Zamawiający wystąpił na podstawie § 2 ust. 6 rozporządzenia o udzielenie stosownych informacji do Kancelarii Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej. Udzielone przez ten podmiot odpowiedzi na pytania Zamawiającego potwierdziły, że IWNiSE nie spełnia powyższego warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający dodał, że usługa, na którą powołało się IWNiSE, nie spełniała tego warunku z uwagi m.in. na to, że tarasy i fontanna są tylko częścią zewnętrzną budynku lub oddzielną budowlą, gdzie prace polegały głównie na robotach ogólnobudowlanych, a roboty instalacyjne w poszczególnych branżach miały tylko charakter towarzyszący i uzupełniający, co potwierdza dokumentacja powykonawcza przedstawiona przez IWNiSE 29.09.2020 r. (instalacje sanitarne – prace związane głównie z zagospodarowaniem terenu, a nie przebudową i budową budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru zabytków; instalacje teletechniczne – głównie ułożenie kabli rezerwowych niezwiązanych z montażem i uruchamianiem systemów teletechnicznych). W samej nazwie zadania mowa jest o robotach budowlanych związanych z zewnętrznymi elementami tarasowymi i zagospodarowaniem terenu, a nie o przebudowie budynku, co potwierdza również projekt budowlany, w którym brak jakiegokolwiek wzmianki o pracach konstrukcyjnych.

Pismem z 23 października 2020 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 21 października 2020 r. przekazał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

26 października 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie elektronicznej zgłoszenie przez NBQ sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności następująco

uzasadniając swoje stanowisko.

Według Przystępującego z art. 24 ust. 2 pkt 12 pzp wynika także obowiązek wykazania przez wykonawcę, że nie zachodzi przesłanka do jego wykluczenia, innymi słowy ciężar dowodowy spoczywa na wykonawcy (w piśmie przywołano stosowny fragment uzasadnienia wyroku Izby z 23.04.2012 r. sygn. akt KIO 732/12).

Zdaniem Przystępującego Zamawiający nie dokonał ani pobieżnej ani wybiórczej analizy dokumentów, skoro w trybie art. 26 ust. 3 i 4 pzp skierował do Odwołującego wezwanie do uzupełnienia wykazu usług, dokładnie wskazując, jakich informacji oczekuje, oraz zwrócił się o informacje bezpośrednio do podmiotów, na których rzecz usługi były wykonywane, a na podstawie otrzymanych odpowiedzi nie mógł stwierdzić, że Odwołujący spełnia warunki określone w ramach przetargu. Ponieważ Odwołujący nie zadbał, aby uzyskać stosowne referencje, Zamawiający nie miał podstaw, aby żądać dalszych dokumentów i powtarzać procedurę z art. 26 ust. 3 pzp, która według orzecznictwa Izby ma charakter jednokrotny (w piśmie przywołano stosowne fragmenty uzasadnień wyroków Izby wydanych 23.04.2012 r. sygn. akt KIO 732/12 i 20.07.2012 r. sygn. akt KIO 1418/12).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

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:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz 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, która wedle kryteriów oceny może się okazać najkorzystniejsza. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi

Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi wykluczenia go z postępowania, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Konieczne w tej sprawie okazało się przypomnienie, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym 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 {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12}. Z kolei według art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Otóż w sytuacji, jaka zaistniała również w tym postępowaniu odwoławczym, gdy wykonawca odwołuje się od decyzji zamawiającego eliminującej go z postępowania (np. wykluczenia właśnie), uzasadnienie faktyczne i prawne podane przez zamawiającego wykonawcy wyznacza maksymalny zakres kognicji Izby. Nie można wymagać bowiem od wykonawcy, aby odwoływał się od decyzji, dla której uzasadnienia mu nie podano. Innymi słowy podane wykonawcy przez zamawiającego uzasadnienie, zwłaszcza faktyczne, konstytuuje czynność podjętą przez zamawiającego względem wykonawcy, który może i musi ją zwalczać wyłącznie w zakresie okoliczności, które legły u jej podstaw i zostały mu zakomunikowane. Oczywiście jest bowiem, że zastosowanie danej podstawy prawnej wykluczenia mogą uzasadniać różnorodne okoliczności faktyczne.

Stąd właśnie nie tylko wskazany przepis, ale przede wszystkim skonkretyzowane okoliczności faktyczne uzasadniające jego zastosowanie, wyznaczają czynność podjętą przez zamawiającego, a w konsekwencji – jeżeli wykonawca odwoła się od niej – zakres kognicji Izby. Powyższe przepisy służą temu, aby wykonawca miał szansę skutecznego zakwestionowania decyzji zamawiającego, co nie jest możliwe lub poważnie utrudnione, gdy nie zna powodów jej podjęcia lub miałby się o nich dowiedzieć dopiero w toku postępowania odwoławczego.

Z tego względu poza zakresem rozpoznania w tej sprawie były podniesione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie okoliczności, które nie zostały uprzednio uzewnętrznione w uzasadnieniu zawiadomienia o wykluczeniu z 9 października 2020 r., uniemożliwiając tym samym IWNiSE odniesienie się do nich w terminie na wniesienie odwołania.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1. i 2. listy zarzutów – zarzut 1. i 2. uzasadnienia}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z określonym w rozdziale IX ust. 3 pkt 3) ppkt 1 lit. b) s.i.w.z. warunkiem udziału w postępowaniu wykonawca miał wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 1 usługę nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru zabytków lub ewidencji zabytków, która swoim zakresem obejmowała co najmniej roboty budowlane: konstrukcyjne, wykończeniowe, elewacyjne oraz roboty instalacyjne w branżach: sanitarnej, elektrycznej, teletechnicznej, o wartości nadzorowanych robót budowlanych nie mniejszej niż 5 mln zł {w ramach warunku zdefiniowano również znaczenie „budynek użyteczności publicznej” oraz „wpisu do rejestru lub ewidencji zabytków”, co jednak nie ma znaczenia dla tej sprawy}.

W kontekście nowej (w stosunku do uzasadnienia wykluczenia) argumentacji Zamawiającego podniesionej w odpowiedzi na odwołanie, która wykracza poza uzasadnienie faktyczne podane IWNiSE, odnotować jedynie należy, że w treści powyższego warunku skalę nadzorowanych robót odniesiono do wszystkich łącznie robót, a nie odrębnie do poszczególnych zakresów robót (np. przez wskazanie, że roboty instalacyjne w branży teletechnicznej miały opiewać na określoną wartość), nie wskazano też bardziej szczegółowo, jakie konkretnie prace z zakresu przedmiotu tego zamówienia, miałyby uprzednio być należycie wykonane w ramach tych zakresów. Zaznaczyć również należy, że w treści powyżej przytoczonego warunku mowa jest o branży teletechnicznej, bez dookreślenia, że chodzi wyłącznie o jej aspekt telekomunikacyjny.

Z uwagi na niewykazanie powyższego warunku dokumentami złożonymi 17.09.2020 r. w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 pzp z 07.09.2020 r., Zamawiający 24.09.2020 r. skierował do IWNiSE w trybie art. 26 ust. 3 pzp wezwanie do uzupełnienia wykazu usług o co najmniej jedną inną niż dotychczas wskazane usługę wraz z podaniem wartości nadzorowanych robót budowlanych, przedmiotu, dat wykonania, podmiotów, na których rzecz usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy.

W zakresie określonym przez Zamawiającego terminie IWNiSE przesłało pismo z 28 września 2020 r. w następującym brzmieniu:

W odpowiedzi na pismo znak: KFZ01.21.16.2020.WC/38 z dnia 24.09.2020 r. w tym na

wezwanie do wykazania co najmniej 1 usługi nadzoru inwestorskiego nad realizacją roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej wpisanym do rejestru zabytków lub ewidencji zabytków, która swoim zakresem obejmowała co najmniej:

- roboty budowlane konstrukcyjne,*
- roboty budowlane wykończeniowe,*
- roboty elewacyjne,*
- roboty instalacyjne w branżach: sanitarnej, elektrycznej, teletechnicznej o wartości nadzorowanej roboty budowlanej nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł brutto*

Wskazujemy iż okresie 05.08.2019 do 06.03.2020 nadzorowaliśmy roboty budowlane, instalacyjne oraz konserwatorskie wykonywane w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Remont tarasu dolnego, górnego i I piętra od strony wschodniej w Pałacu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej”.

Pałac Prezydencki jest obiektem zabytkowym wpisanym do rejestru zabytków pod numerem 247 decyzją z 1 lipca 1965 r. a w roku 1976 do ewidencji zabytków wpisano również park pałacowy.

Wprowadzie tytuł zadania inwestycyjnego wskazuje na roboty remontowe jednak zakres wykonywanych prac obejmował również:

- Ułożenie izolacji przeciwwodnej na górnym tarasie Pałacu (wcześniej nie było żadnej izolacji), przebudowę odwodnienia tarasu,*
- Zamontowanie nowej konstrukcji aluminiowej i montaż zadaszenia sterowanego przez automatykę pogodową typu pergola tarasu górnego elewacji ogrodowej Pałacu Prezydenckiego,*
- Przemurowanie konstrukcji podbudowy schodów na tarasie górnym elewacji ogrodowej Pałacu oraz wykonanie wymiany schodów z przebudową podbudowy ceglanej na murowaną przy użyciu zapraw hydraulicznych z dodatkiem trasy lub cementu romańskiego (inne rozwiązanie niż dotychczasowe) na tarasie bocznym, wymieniono stopnie na nowe z granitu,*
- Wymiana płyt kamiennych posadzki na materiał o fakturze powierzchni spełniającej współczynnik antypoślizgowości R11 lub R10*
- Zdemonstrowano całą nadbudowę basenu fontanny i wykonano nową fontannę z piaskowca typu Szydłowiec z nowym elementem ozdobnym – sterczyną szklaną jako formą indywidualną wykonaną w hucie szkła,*
- Przeprowadzono renowację podziemnej maszynowni fontanny, w tym zamontowano nowe dysze, wymieniono stare rurociągi i pompy oraz armaturę, zainstalowano pompę wirową z prefiltrem o wydajności 10m³/h typ Badu Prime 13, filtr piaskowy oraz urządzenia kontrolno-pomiarowe z łącznikiem zanieczyszczeń i kontrolą przepływu*

- *Wymieniono kamienne tralki na elementy z piaskowca typu Szydłowiec,*
- *Naprawa stropodachu – struktury nośnej tarasu górnego,*
- *Naprawa płyty żelbetowej struktury nośnej tarasu – balkon nad kolumnadą,*
- *Wymiana kamiennych nakryw balustrad na elementy z piaskowca typu Szydłowiec,*
- *Roboty elewacyjne: usunięcie tynków odspojonych oraz w złym stanie, czyszczenie i dezynfekcja spoin, wykonanie nowych tynków renowacyjnych w systemie WTA, wymiana uszkodzonych elementów gzymsów, odtworzenie detali architektonicznych, uzupełnienie spoin.*
- *Instalacje elektryczne: m.in. instalacja oświetlenia tarasu górnego, instalacja zasilania gniazd wtyczkowych o urządzeń technicznych, ochrona od porażeń, instalacja zasilania urządzeń CCTV,*
- *Instalacje teletechniczne: rezerwa za zewnętrzne okablowanie CCTV, rezerwa na okablowanie automatyki fontanny, sterowanie oświetleniem*
- *instalacje sanitarne: odprowadzenie wód opadowych taras dolny, taras górny, spoczniki ze schodami, balkon na I piętrze, technologia fontanny, ogrzewanie promiennikowe, wodociąg, kanalizacja sanitarna*

Zakres opisany na podstawie Projektu Wykonawczego Architektura z dnia 31.01.2017 Remont budynku Pałacu Prezydenckiego – tarasy górny, dolny i taras I piętra od strony wschodniej / ogrodowej oraz zadaszenia tarasu górnego ATELIER ZETTA Warszawa oraz Dokumentacji Powykonawczej 01.2020 ZAB-BUD.

Z podanego powyżej zakresu nadzorowanych robót wynika, iż pomimo nazwy zadania remontem w rzeczywistości część wykonanych prac polegała na przebudowie, która jest pojęciem szerszym niż remont a węższym niż budowa, czyli polegających na wykonywaniu robót budowlanych, w wyniku których nastąpiła zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji. Dla przykładu wskazać należy jako przebudowę np. wykonanie nowej nadbudowy fontanny z elementami dekoracyjnymi oraz przebudowę maszynowni w tym montaż nowej automatyki i sterowania, wymianę elementów kamiennych balustrad i tralek na elementy z piaskowca. Przebudowa tarasu górnego poprzez montaż zadaszenia na konstrukcji aluminiowej z automatyką pogodową. Roboty nie prowadziły do powstania nowej substancji budowlanej, a zatem nie stanowiły budowy, a jednocześnie nie prowadziły do odtworzenia stanu pierwotnego. więc nie mieszczą się w ramach remontu) nie ulega natomiast wątpliwości, iż w konsekwencji wykonania tych robót budowlanych nastąpiła zmiana parametrów użytkowych istniejącego obiektu (nastąpiła zmiana materiału, technologii, itp.)

Na potwierdzenie wyżej wymienionego nadzoru nad pracami prowadzonymi w Pałacu Prezydenckim nie posiadamy listu referencyjnego. Z Zamawiającym – Centrum Obsługi Kancelarii Prezydenta RP mamy podpisaną umowę ramową obejmującą świadczenie usługi nadzoru inwestorskiego nad obiektami takimi jak m.in. Pałac Prezydencki przy Krakowskim Przedmieściu 46/48, Rezydencja Belweder w Warszawie, Rezydencja Prezydenta RP w Wiśle oraz Mierzei Helskiej z terminem do 31.12.2020 r. Naszym zamiarem było wystąpić do Zamawiającego o wystawienie potwierdzenia należytego wykonania wszystkich usług nadzoru po zakończeniu Umowy Ramowej.

W związku z powyższym na potwierdzenie:

- 1. świadczenia przez nas ww. usługi załączamy Umowę o pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego dla wykonania robót budowlanych „Remont tarasu dolnego, górnego i I piętra id strony wschodniej” nr 205/2019 z dnia 26.07.2019,*
- 2. Zakresu robót budowlanych załączamy dokument „Dokumentacja prac konserwatorskich i restauratorskich – tarasu górnego, dolnego i tarasu I piętra od strony wschodniej (ogrodowej) oraz zadaszania tarasu górnego i dolnego Pałacu Prezydenckiego ul. Krakowskie Przedmieście 46/48 w Warszawie – styczeń 2020, opracowanie ZAB-BUD Sp. z o.o.*
- 3. Zakresu robót związanego z budynkiem kubaturowym użyteczności publicznej w tym elewacją na którą składają się tarasy na elewacji ogrodowej – Pozwolenie na budowę Decyzja nr 47/II/2019 z dnia 17.01.2019 remont budynku Pałacu Prezydenckiego – tarasy górny, dolny i taras I piętra od strony wschodniej / ogrodowej oraz zadaszania tarasu górnego*
- 4. Wartości robót nadzorowanych – Raport końcowy płatności nr 3 kwota brutto: 5 912 763,70 zł*

Ponadto oświadczam, że powyższą usługę wykonaliśmy z należyłą starannością.

Do pisma załączono wymienione w pkt 1.-4. dokumenty.

Ponadto Zamawiający 2 października 2020 r. w trybie § 2 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów zwrócił się drogą elektroniczną do Centrum Obsługi Kancelarii RP jako podmiotu, na którego rzecz ww. usługa była wykonywana, z następującym zapytaniem:

...w związku powadzonym przez nas postępowaniem przetargowym otrzymaliśmy, w dokumentacji złożonej przez Wykonawcę IWMSE Sp. z o. o., informację o świadczeniu na Państwa rzecz przez ww. firmę usługi nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego: pn. „Remont tarasu dolnego, górnego i I piętra od strony wschodniej Pałacu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej”, realizowanego na podstawie umowy wykonawczej nr 205/2019 z dnia 26.07.2019 r.

W związku z powyższym, zwracam się z uprzejmą prośbą o udzielenie następujących

informacji:

1) Czy wartość prac realizowanych w ramach ww. zadania inwestycyjnego pn. „Remont tarasu dolnego, górnego i I piętra od strony wschodniej Pałacu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej” przez firmę ZAB-BUD Sp. z o.o., ul. Nowosielecka 10/2,00-466 Warszawa, polegała na przebudowie budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru zabytków wnosila nie mniej niż 5 000 000,00 zł brutto oraz czy obejmowała swym zakresem, co najmniej:

- roboty budowlane konstrukcyjne,
- roboty budowlane wykończeniowe,
- roboty elewacyjne,
- roboty instalacyjne w branżach: sanitarnej, elektrycznej, teletechnicznej?

2) Czy usługa nadzoru inwestorskiego nad realizacją ww. roboty budowlanej polegającej na przebudowie budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru zabytków, obejmowała co najmniej:

- roboty budowlane konstrukcyjne,
- roboty budowlane wykończeniowe,
- roboty elewacyjne,
- roboty instalacyjne w branżach: sanitarnej, elektrycznej, teletechnicznej?

3) W jakim terminie Wykonawca IWNISE Sp. z o. o. świadczył usługi nadzoru inwestorskiego nad realizacją ww. zadania Inwestycyjnego?

4) Czy usługi nadzoru inwestorskiego realizowane przez Wykonawcę IWNISE Sp. z o. o. na podstawie umowy wykonawczej nr 205/2019 z dnia 26.07.2019 r. zostały wykonane należycie?

Proszę również o przesłanie dokumentu/dokumentów potwierdzających odbiór prac z zakresu ww. umowy np. końcowego protokołu odbioru robót...

W piśmie z 8 października 2020 r. Centrum Obsługi Kancelarii RP odpowiedziało następująco na powyższe pytania:

Ad. 1 wartość prac realizowanych przez firmę ZAB-BUD Sp. z o.o. w ramach zadania przewyższała wartość 5 000 00000 zł brutto i polegała na remoncie tarasu dolnego, górnego i I piętra w obiekcie wpisanym do rejestru zabytków oraz obejmowała swym zakresem:

- roboty budowlane konstrukcyjne;
- roboty budowlane wykończeniowe;
- roboty instalacyjne w branżach: sanitarnej, elektrycznej.

Ad. 2 usługa nadzoru inwestorskiego nad realizacją remontu tarasu dolnego, górnego i I piętra w obiekcie wpisanym do rejestru zabytków obejmowała:

- roboty konstrukcyjne;
- roboty instalacyjne w branżach: sanitarnej i elektrycznej.

Ad. 3 firma IWNiSE Sp. z o.o. świadczyła usługę pełnienia nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania od 05.08.2019 r. do 06.03.2020 r.

Ad. 4 usługa nadzoru inwestorskiego realizowana przez firmę IWNiSE Sp. z o.o. została zakończona 06.03.2020 r. natomiast Zamawiający nie wystawił zgody na wystawienie referencji.

Jednocześnie informujemy, że zgodnie z zapisami umowy ramowej nr 167/2019 oraz wykonawczej nr 205/2019, protokoły odbioru nie były wymagane w związku z powyższym nie posiadamy takich dokumentów.

W zawiadomieniu z 9 października 2020 r. o wykluczeniu IWNiSE w ramach uzasadnienia faktycznego, po wybiórczym zrelacjonowaniu treści pisma IWNiSE z 28 października 2020 r. i zacytowaniu w całości pism do i od COKPRP, zamieszczono następującą konkluzję: *Mając na uwadze powyższe, Zamawiający w toku badania i oceny przedłożonych dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie o którym mowa w art. 26 ust 3 oraz informacji otrzymanych z Centrum Obsługi Kancelarii RP, stwierdził, że usługa nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego: pn. „Remont tarasu dolnego, górnego i I piętra od strony wschodniej Pałacu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej”, nie obejmowała pełnego zakresu robót określonego w rozdziale IX ust. 3 pkt 3) ppkt 1 lit. b) SIWZ, tj. nie obejmowała swym zakresem wykonania: robót elewacyjnych, robót instalacyjnych w branżach: teletechnicznej i telekomunikacyjnej, a ponadto Wykonawca nie przedłożył dowodu potwierdzającego jej należyte wykonanie. Wykazana usługa nie potwierdza zatem spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IX ust. 3 pkt 3) ppkt 1 lit. b) siwz.*

W kontekście nowej (w stosunku do uzasadnienia wykluczenia) argumentacji Zamawiającego podniesionej w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, która wykracza ona poza uzasadnienie faktyczne podane IWNiSE, odnotować jedynie należy, że pomimo otrzymania obszernego omówienia zakresu wykonanych prac, w tym wyjaśnienia, dlaczego wg IWNiSE stanowiły one przebudowę budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru zabytków, w uzasadnieniu wykluczenia w żaden sposób nie odniesiono się do tych twierdzeń. Tym samym Zamawiający nie mógł skutecznie rozszerzyć w odpowiednia na odwołanie uzasadnienia swojej decyzji, powołując się na to, że jego zdaniem prace nadzorowane przez IWNiSE nie stanowiły przebudowy takiego budynku.

Reasumując, Izba stwierdziła, że podejmując decyzję o wykluczeniu IWNiSE z prowadzonego postępowania Zamawiający dysponował:

- pismem IWNiSE, które zawierało wszystkie informacje wymagane przez niego od wykazu usług a koniecznie dla potwierdzenia spełniania przywołanego powyżej warunku udziału w postępowaniu, oraz oświadczenie o należyтым wykonaniu opisanej szczegółowo usługi,

po uprzednim wskazaniu przyczyny, dla której Wykonawca nie posiada dowodu należytego wykonania zamówienia pochodzącego od COKPRP;

- pismem COKPRP, z którego wynikało, po pierwsze – bezpośrednio, że przyczyna niezłączenia przez IWNiSE dowodu potwierdzającego należyte wykonanie usługi ma charakter obiektywny, po drugie – pośrednio, że usługa ta została wykonana należyście, skoro jedyną przyczyną nieuzyskania referencji była przyjęta przez COKPRP praktyka niewystawiania jej za poszczególne zamówienia wykonawcze, aż do wyczerpania zakresu umowy ramowej;

- niewyjaśnioną rozbieżnością odnośnie zakresu usługi pomiędzy oświadczeniem IWNiSE a oświadczeniem COKPRP, w którym nie wyszczególniono robót budowlanych elewacyjnych oraz instalacyjnych w branży teletechnicznej.

Odwołujący wykazał w toku postępowania odwoławczego, że gdyby został przez Zamawiającego wezwany, wyjaśniłby powyższą wątpliwość na swoją korzyść, gdyż załączony do odwołania projekt wykonawczy sporządzony przez wykonawcę robót budowlanych potwierdza, że przedmiot zamówienia obejmował również roboty elewacyjne oraz roboty dotyczące instalacji teletechnicznych (telekomunikacyjnych), gdyż wynika z niego tożsamy zakres prac jak wskazany w piśmie IWNiSE z 28 września 2020 r. Z kolei w uzyskanym przez Odwołującego piśmie z 19 października 2020 r. COKPRP potwierdzono taki zakres wykonanych i nadzorowanych prac, a jedyna różnica sprowadza się do tego, że te same szczegółowe prace w zakresie instalacji telekomunikacyjnych zostały ujęte w ramach szerszej kategorii robót instalacyjnych elektrycznych. Należy przy tym zauważyć, że po zapoznaniu się z dokumentacją załączoną do odwołania Zamawiający sam stwierdził, że roboty instalacyjne w branży instalacyjnych były wykonywane i nadzorowane, tyle że według jego nowego stanowiska jako prace towarzyszące i tak nie zasługują na uwzględnienie, co jednak nie znajduje odzwierciedlenia w ustalonej na wstępie treści warunku.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie w całości zasługuje na uwzględnienie.

Z art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp wynika, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia,

uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Natomiast według art. 26 ust. 4 pzp zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1

W tej sprawie Zamawiający na skutek zaniechania skorzystania z przysługujących mu instrumentów, o których mowa w art. 26 ust. 3 i 4 pzp, służących wyjaśnieniu wątpliwości powstałych w toku badania dokumentów zażądanych na zasadzie art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp (w tym przypadku chodzi o dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu), błędnie stwierdził, że IWNiSE nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu i bezpodstawnie wykluczył Odwołującego z postępowania o udzielenie tego zamówienia. W takiej sytuacji, jaka zaistniała w tym postępowaniu, za w pełni zasadne i znajdujące oparcie w adekwatnie przywołanym orzecznictwie należy uznać zatem stanowisko wyrażone w odwołaniu, że Zamawiający nie tylko mógł, ale i powinien skorzystać z przysługujących mu uprawnień do żądania od IWNiSE wyjaśnień dotyczących złożonego przez nie uzupełnienia dokumentów. Z żadnego przepisu ustawy pzp ani rozporządzenia o dokumentach nie wynika bowiem, aby twierdzenia podmiotu, na rzecz którego było wykonywane zamówienie, miały niejako automatycznie większą wartość dowodową niż wykonawcy tego zamówienia. Skoro Zamawiający zdecydował się zwrócić do COKPRP, winien również umożliwić Odwołującemu odniesienie się do uzyskanych od tego podmiotu informacji, co umożliwiłoby uniknięcie podjęcia błędnej decyzji w wyniku zaniechania wszechstronnego wyjaśnienia wątpliwości powstałych w toku badania spełniania przez IWNiSE warunków udziału w postępowaniu.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 3. listy zarzutów }

Ponieważ zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 pzp ma charakter wtórny i nie opiera się na żadnych odrębnych okolicznościach faktycznych, jest on o tyle zasadny, o ile potwierdził się zasadniczy zarzuty odwołania, który miał wpływ na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych miało

wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w pkt 2. sentencji na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.