

WYROK
z dnia 30 października 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2020 r. przez wykonawcę I. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą PHU „Klaudia” I. W. w Szalejowie Dolnym w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Lewin Kłodzki

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Lewin Kłodzki unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego – I. M. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą PHU „Klaudia” I. M. w Szalejowie Dolnym z postępowania i uznania oferty odwołującego za odrzuconą oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Gminę Lewin Kłodzki i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego - Gminy Lewin Kłodzki na rzecz odwołującego – I. M. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą PHU „Klaudia” I. M. w Szalejowie Dolnym kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia 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 Świdnicy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Lewin Kłodzki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa kanalizacji, wodociągu oraz przepompowni w Lewinie Kłodzkim” (znak sprawy ZP.271.12.2020). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 11 sierpnia 2020 r. pod numerem 572976-N-2020. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 39 i n. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”), jako postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 28 września 2020 r. pełnomocnik wykonawcy I. M. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą PHU „Klaudia” I. M. w Szalejowie Dolnym (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w postępowaniu, które miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, polegających na zaniechaniu prawidłowego wyjaśnienia/uzupełnienia wykazu robót złożonego przez Odwołującego w postępowaniu, uznaniu, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, a w konsekwencji wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez niezasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz uznanie jego oferty za odrzuconą ze względu na niewykazanie przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie prawidłowego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem go z postępowania i uznaniem jego oferty za odrzuconą, a tym samym spowodowało naruszenie zasady uczciwej konkurencji w Postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą, wezwania Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia wykazu robót oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, dokonania ponownego badania i oceny oferty Odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący przedstawił szczegółowo stan faktyczny, jaki zaistniał w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wskazując m.in., iż każda z robót

budowlanych wskazanych w wykazie złożonym w dniu 28 sierpnia 2020 r. spełniała warunek udziału w postępowaniu, ponieważ w ich ramach Odwołujący wykonał roboty budowlane polegające na budowie sieci wodno-kanalizacyjnej w okresie ostatnich 5 lat o wartości równej co najmniej 500 000 zł brutto. Odwołujący zauważył także, że dokumentacja postępowania nie precyzowała w jaki sposób należy wypełnić ww. wykaz, stąd Odwołujący - w polu „rodzaj robót budowlanych” - wskazał konkretne nazwy zadań, w ramach których realizował roboty wodno-kanalizacyjne. Określił przy tym miejsce wykonania i podmioty na rzecz których te roboty były wykonywane. Wskazał również wartość realizowanego zadania przy czym odniósł tę wartość do całej inwestycji, w ramach której wykonywał roboty wodno-kanalizacyjne. Z perspektywy Odwołującego oczywistym było, że wskazywane roboty budowlane postawiony przez Zamawiającego warunek spełniają i dlatego zostały w wykazie robót przedstawione. Odwołujący podkreślał ponadto fakt, że w wezwaniu wystosowanym do niego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający nie sprecyzował, jakie dokumenty powinny zostać złożone ani w jakim zakresie powinny zostać uzupełnione. Odwołujący kwestionował treść wezwania, wskazując, iż wprowadzało ono w błąd i sugerowało, że wykazane w wykazie robót roboty nie spełniają warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego sposób sformułowania wezwania jednoznacznie wskazywał na przeprowadzenie badania złożonego wykazu w zakresie spełniania warunku. Do tego Zamawiający w sposób ogólny wezwał do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. W żaden sposób nie sprecyzował w jakim zakresie i jakie dokumenty należy uzupełnić.

W ocenie Odwołującego takie sformułowanie wezwania świadczy o nieprawidłowej realizacji obowiązku przeprowadzenia procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że realizacja przez Zamawiającego obowiązków określonych w art. 26 ust. 3 Pzp musi mieć charakter realny. Nie jest więc wystarczające wezwanie dla samego wezwania, lecz musi ono zmierzać do ustalenia faktycznej treści złożonych oświadczeń i dokumentów. Tymczasem Zamawiający w tym postępowaniu nie sprecyzował w sposób jednoznaczny i precyzyjny, że Odwołujący ma poprawić wykaz robót, nie zażądał też wyjaśnienia okoliczności związanych z realizowanymi robotami. Ta nieprecyzyjność doprowadziła do tego, że wykonawca musiał domyślać się, jakie błędy popełnił i w jaki sposób należy je naprawić. Stąd m. in. dnia 14 września 2020 r. dostał dodatkowo protokoły odbioru robót dla zadań: „Budowa sieci wodociągowej wraz z ujęciem wody i SUW w Podzamku” i „Rozbudowa w celu modernizacji siedziby Regionu Tauron przy ul. Objazdowej 8 w Kłodzku”. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający ograniczył się jedynie do nałożenia na Odwołującego obowiązku „dostarczenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu”, nie precyzując, że chodzi mu o uzupełnienie wykazu, wyjaśnienie zakresu czy ceny wykonanych robót. Nie

wskazywał formy uzupełnienia, pozostawiając tym samym dowolność po stronie Odwołującego. Nie można więc uznać, że wezwanie sporządzone zostało w sposób czytelny i jednoznaczny, nakierowany na eliminację formalnych błędów wykazu robót. Odwołujący wskazał, iż działanie Zamawiającego doprowadziło do sytuacji, w której wykonawca przedłożył aż trzy roboty spełniające warunek udziału w postępowaniu, a i tak finalnie został z tego postępowania wykluczony, a jego oferta uznana za odrzuconą. Odwołujący zwrócił także uwagę, iż Zamawiający poprzestał na analizie nazw zadań wpisanych do wykazu (wykazu przygotowanego zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 5 do SIWZ) i jedynie na tej podstawie uznał, że zadanie polegające na „Budowie sieci wodociągowej wraz z ujęciem wody i SUW w Podzamku” obejmowało wykonanie wyłącznie robót wodociągowych (co nie jest prawdą, ponieważ zadanie to obejmowało roboty wodno-kanalizacyjne), natomiast co do zadania wskazanego w pkt. 2. nie potwierdza, że wartość robót wod.-kan. wynosiła co najmniej 500.000,00 zł brutto (mimo że wartość tę znacząco przekracza).

Dalej Odwołujący wskazał na nieprawidłowości w zakresie zakwestionowania przez Zamawiającego doświadczenia przedstawionego w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący, odnosząc się do treści uzasadnienia wykluczenia go z postępowania, zauważył, że wykaz robót stanowi oświadczenie własne wykonawcy, które podlega weryfikacji przez Zamawiającego. Wykaz robót jest jedynie „ubrany” w formę tabeli, ale w dalszym ciągu jest dokumentem zawierającym oświadczenie własne wykonawcy. Nie jest więc zrozumiałe dlaczego Zamawiający oświadczenie w zakresie robót Pre-Fabrykat sp. z o.o. traktuje jako wadliwe. Oświadczenie wykonawcy dot. robót zrealizowanych na rzecz Pre-Fabrykat sp. z o.o., wraz ze złożonymi referencjami, stanowi faktycznie uzupełnienie wykazu robót (łącznie z referencjami dla uzupełnionej roboty). W ocenie Odwołującego Zamawiający otrzymał wszelkie wymagane dokumentacją postępowania informacje, w szczególności wskazane i opisane w wykazie robót, stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ. Tym samym wykazany został przez Odwołującego warunek udziału w postępowaniu. Nie jest przy tym jasne dla Odwołującego na jakiej podstawie Zamawiający oczekiwał, że z przedłożonych referencjach będą wynikać konkretne wartości wykonanych robót. Wskazał, iż w świetle § 2 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający referencje mają potwierdzać należyte wykonanie robót i nie można wymagać, aby określały m. in. wartości poszczególnych składników robót. Referencje nie muszą zawierać wszystkich szczegółowych informacji wymaganych w treści warunku udziału w postępowaniu, a jedynie ich treść powinna pozwalać na identyfikację wykonanego zamówienia do którego się odnoszą (na potwierdzenie Odwołujący wskazał na wyrok KIO z dnia 30 marca 2018 r, KIO 477/18).

Podsumowując Odwołujący wskazał, iż gdyby Zamawiający w sposób prawidłowy wezwał Odwołującego do uzupełnienia/wyjaśnienia dokumentów lub oświadczeń, mógłby w pełny i prawidłowy sposób zweryfikować spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego. W konsekwencji wskazanych wyżej uchybień doszedł jednak do błędnego przekonania, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu. Ponadto wskazał, iż nawet gdyby uznać, że wezwanie Zamawiającego z dnia 2 września 2020 r. było dość jasne i czytelne, to Zamawiający otrzymał wszelkie wymagane dokumentacją postępowania informacje, w szczególności wskazane i opisane w wykazie robót, stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ. Odwołujący potwierdził warunek udziału w postępowaniu poprzez realizację zadania pn. „Rozbudowa w celu modernizacji siedziby Regionu Tauron przy ul. Objazdowej 8 w Kłodzku”, składając oświadczenie i referencje, które w sposób wyczerpujący dowiodły spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego. Odwołujący podkreślił, iż po trzykroć spełnia warunki udziału, jednak z powodu nadmiernego formalizmu (i braku precyzyjnego wezwania do uzupełnienia dokumentów), może on zostać wykluczony z postępowania.

Zamawiający w dniu 13 października 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, Zamawiający wskazał w szczególności, iż dokumenty złożone przez Odwołującego w dniu 28 sierpnia 2020 r. nie potwierdzały, iż w ramach powyższych robót, wykonane zostały roboty budowlane polegające na budowie sieci wodno-kanalizacyjnej o wartości robót równej co najmniej 500.000,00 zł brutto. Z referencji wystawionych przez FB Serwis Dolny Śląsk Sp. z o.o. wynikało, iż w ramach referencyjnego zadania wykonano m.in. budowę sieci wodociągowej o długości 135 mb oraz budowę sieci kanalizacyjnej o długości 222 mb. Zarówno treść referencji jak i treść wykazu robót budowlanych nie wskazywały jaką wartość robót budowlanych stanowiły roboty budowlane polegające na budowie sieci wodociągowo-kanalizacyjnej. Zamawiający przyznał, że wykonawca nie ma wpływu na treść referencji, a co za tym idzie nie muszą one zawierać wartości robót wykonanych, jednakże w takiej sytuacji, to na wykonawcy ciąży obowiązek dołączenia innych dokumentów z których wartość konkretnych robót żądanych przez Zamawiającego będzie wynikała. Zamawiający dodał, że przedstawione dokumenty nie pozwalały Zamawiającemu na dokonanie samodzielnego wyliczenia, jaka była wartość częściowa robót wodno-kanalizacyjnych w ramach całego zadania. Zamawiającemu nie jest wiadome, w jaki sposób miałby on ustalić np. że w ramach zadania o łącznej wartości 1 562 775,88 zł wartość robót wodno-kanalizacyjnych wynosiła co najmniej 500 000 zł. Zamawiający nie zgodził się ponadto ze stanowiskiem, że wzór wykazu robót „nie sprzyjał wyeliminowaniu potencjalnych nieścisłości czy jasnemu przekazywaniu informacji. Zdaniem Zamawiającego

argumentacja Odwołującego w tym zakresie była wewnętrznie sprzeczna. Wskazał także, że Odwołujący miał możliwość modyfikacji treści wykazu i dodania informacji o wartości robót wodno-kanalizacyjnych czy też załączenia osobno dodatkowych informacji czy dokumentów. Zamawiający wyjaśnił, iż w z faktem, że przedłożone dokumenty budziły wątpliwości Zamawiającego w zakresie tego czy we wskazanych robotach budowlanych, część obejmująca roboty wodno-kanalizacyjne wynosiła co najmniej 500 000 zł, Zamawiający działając w oparciu o zapis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełniania warunku wskazanego w SIWZ, wskazując przy tym jednoznacznie w jakim zakresie wymaga wyjaśnień i dokumentów od wykonawcy - pkt. 2) wezwania.

Odnosząc się do oświadczenia i referencji złożonych przez Odwołującego w odpowiedzi na ww. wezwanie, Zamawiający podniósł, iż referencje nie zawierały żadnego zestawienia wartości poszczególnych robót. Wykonawca winien był przedstawić dodatkowe dokumenty - identycznie jak w przypadku pierwszego wezwania. Na wysokość wartości wykonanych robót wodno-kanalizacyjnych w ramach tego zadania nie został przedstawiony żaden inny dokument. Wykonawca jedynie w oświadczeniu własnym wskazał, wartość robót wodno-kanalizacyjnych. Zdaniem Zamawiającego taka treść oświadczenia Wykonawcy wskazuje na pełne zrozumienie żądania Zamawiającego. Dodał, że przedłożone w uzupełnieniu dokumenty tj. referencje nie znajdowały odzwierciedlenia w wykazie robót budowlanych złożonych wraz z pismem z dnia 28 sierpnia 2020 r. Wskazał także, że nie jest prawdą, jakoby Zamawiający zakwestionował zawarte we wcześniejszym wykazie roboty. Następnie Zamawiający podniósł, iż dokumentem potwierdzającym spełniania wymagań co do wartości robót budowlanych nie może być oświadczenie własne wykonawcy z dnia 4 września 2020r, dołączone do referencji. Nie jest to bowiem dokument zgodny z żądaniem Zamawiającego oraz obowiązującymi przepisami. Zdaniem Zamawiającego oświadczenie wykonawcy jest dopuszczalne tylko i wyłącznie w przypadku dostaw i usług a nie robót budowlanych. Fakt ten wynika z porównania treści zapisów § 2 ust. 4 pkt. 1) i 2) Rozporządzenia. Zamawiający zauważył także, że Odwołujący w oświadczeniu tym nie wskazał, że nie ma możliwości uzyskania i dostarczenia innych dokumentów na potwierdzenie okoliczności żądanych przez Zamawiającego z przyczyn obiektywnych. Wykonawca nie wnioskował również o wydłużenie wyznaczonego terminu celem uzyskania dodatkowych dokumentów, pomimo że taka możliwość jest dopuszczalna. Natomiast złożone wraz z pismem z dnia 13 września 2020r. dodatkowe dokumenty wpłynęły 7 dni po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego w treści wezwania.

Zamawiający przedstawił także argumentację prawną mająca potwierdzać jego stanowisko, z przywołaniem orzecznictwa.

Odwołujący w dniu 29 października 2020 r. złożył pismo procesowe odnoszące się do argumentacji zaprezentowanej w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba uznała, iż Odwołujący, który został wykluczony z postępowania, a którego oferta została oceniona najwyżej na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert, wykazał interes w uzyskaniu tego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oświadczeń i dokumentów złożonych przez Odwołującego na wezwanie z art. 26 ust. 2 i następnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone w pismach procesowych (odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Odwołującego) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 30 października 2020 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, iż w punkcie V.1 lit. c) SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wskazując w ppkt 1 obowiązek wykazania przez wykonawcę, 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 robotę budowlaną polegającą na budowie sieci wodno-kanalizacyjnej o wartości robót równej co najmniej 500.000,00 zł brutto (słownie: pięćset tysięcy złotych i zero groszy). Zgodnie z pkt VI.6 ppkt 2 SIWZ na wezwanie Zamawiającego wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, zobowiązany był złożyć aktualny na dzień złożenia wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz

z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, 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 - Załącznik nr 5 do SIWZ.

W postępowaniu ofertę złożył m.in. Odwołujący i to jego oferta została oceniona najwyżej wedle ustalonych kryteriów oceny ofert.

Na wezwanie wystosowane na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, Odwołujący złożył m.in. wykaz robót budowlanych, w którym wskazał dwie roboty budowlane:

1. „Budowa sieci wodociągowej wraz z ujęciem wody i SUW w Podzamku” – budowa sieci wodociągowej, budowa budynku SUW, roboty ziemne. Miejsce wykonania: Podzamek. Podmiot: Gmina Kłodzko. Wartość realizowanego zadania brutto PLN: 1 562 775,88. Termin realizacji: 17.01.2017 r. – 15.01.2019 r.
2. „Budowa otwartych i zadaszonych placów magazynowych odpadów, placów manewrowych, dróg...” – roboty ziemne, stabilizacja podłoża, budowa sieci wod.-kan., budowa magazynów, oświetlenie obiektu. Miejsce wykonania: Ścinawka Dolna. Podmiot: FBSerwis Dolny Śląsk. Wartość realizowanego zadania brutto PLN: 2 282 693,06. Termin realizacji: 17.12.2019 r. – 30.06.2020 r.

Do wykazu załączono referencje wystawione przez Gminę Kłodzko, w których wskazano, iż Odwołujący wykonał na rzecz Gminy zadanie „Budowa sieci wodociągowej wraz z ujęciem wody i SUW w Podzamku” w terminie 17.01.2017 r. - 15.01.2019 r. Podano, iż zakres rzeczowy zadania obejmował ułożenie sieci wodociągowej DN 110 o łącznej długości 3 188,5 mb, budowę budynku murowanego SUW wraz z zagospodarowaniem terenu, budowę stacji uzdatniania wody oraz zbiornika wody o poj. 50m³. Wskazano także, iż całkowity koszt zadania wyniósł 1 562 775,88 zł brutto oraz, że prace zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Przedstawiono także referencje wystawione przez FBSerwis Dolny Śląsk potwierdzające, iż Odwołujący był wykonawcą zadania pn. „Budowa otwartych i zadaszonych placów magazynowych odpadów, placów manewrowych, dróg pożarowych oraz zmiana sposobu użytkowania istniejących placów magazynowania na terenie zakładu unieszkodliwiania odpadów zlokalizowanego w miejscowości Ścinawka Dolna (...)”. Wskazano, iż w zakresie ww. zadania zrealizowano następujący zakres prac: roboty ziemne - 4051m³; wymiana gruntu – 902m³; wykonanie stabilizacji podłoża - 1172m²; wykonanie nawierzchni dróg i placów manewrowych betonowych - 1466m²; wykonanie

żelbetowej płyty fundamentowej - 400m³; budowa magazynów na odpady - 5564m³; budowa sieci wodociągowej - 135mb; budowa sieci kanalizacyjnej - 222mb, wykonanie studni betonowych DN 1000 - 20 szt.; wykonanie studni ściekowych DN 500 - 12 szt.; montaż koryt betonowych - 286mb; ułożenie krawężników betonowych - 50mb; ułożenie kabli energetycznych - 272 mb; montaż lamp oświetleniowych LED - 4szt. Wartość wykonanych robót wyniosła 2 282 693,06 zł brutto. W treści referencji wskazano także, iż prace zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone

Zamawiający pismem z dnia 2 września 2020 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia złożonych dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w pkt 2 wskazując: „wykaz robót budowlanych – Wykonawca na wezwanie Zamawiającego przedłożył wykaz robót budowlanych, z którego nie wynika, iż Wykonawca wykonał co najmniej robotę budowlaną polegającą na budowie sieci wodno-kanalizacyjnej o wartości robót równej lub co najmniej 500 000,00 zł brutto. Pierwsza robota dotyczyła budowy sieci wodociągowej, a druga robota potwierdzająca budowę sieci wodno-kanalizacyjnych wraz z innymi robotami budowlanymi nie potwierdza, że wartość robót wodno-kanalizacyjnych była na poziomie co najmniej 500 000,00 zł brutto. W związku z powyższym proszę o przedłożenie dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunku.” Zamawiający wyznaczył Odwołujący termin na złożenie dokumentów do 7 września 2020 r.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący złożył oświadczenie z dnia 4 września 2020 r., w którym wskazał, iż jako wykonawca zadania pn. „Rozbudowa w celu modernizacji siedziby Regionu Tauron przy ul. Objazdowej 8 w Kłodzku” oświadcza, że w zakresie wymienionego zadania wykonane zostały roboty budowlane polegające na budowie sieci wodno-kanalizacyjnych o wartości 800 000 zł brutto. Do oświadczenia załączył referencje wystawione przez firmę Pre-Fabrykat Sp. z o.o. stwierdzające, że Odwołujący wykonał w terminie od sierpnia 2015 r. do czerwca 2017 r. roboty związane z realizacją zadania pn. „Rozbudowa w celu modernizacji siedziby Regionu Tauron przy ul. Objazdowej 8 w Kłodzku”. W treści referencji wskazano, iż całkowita wartość robót wyniosła 2 222 861,24 zł brutto. Zakres prac obejmował m.in.: wykonanie robót rozbiórkowych wiaty magazynowej oraz budynków garaży, wykonanie 150mb rozbiórki starego i postawienie nowego ogrodzenia z paneli, wykonanie 4800m² nawierzchni z kostki betonowej wraz z podbudową i okrawężnikowaniem, wykonanie 320mb nowych linii kablowych energetycznych oraz 6 złącz kablowych, wykonanie 24 szt. oświetlenia na słupach, wykonanie 28 szt. oświetlenia na elewacjach, wykonanie 420mb sieci teletechnicznych oraz studni teletechnicznych 11 szt., wykonanie 150mb kanalizacji sanitarnej oraz 10 studni, wykonanie 500mb kanalizacji deszczowej oraz 37 studni, wykonanie 200 mb sieci wodociągowych, wykonanie 1szt. zbiornika retencyjnego o pojemności 120m³, wykonanie 1 szt. przepompowni ścieków, wykonanie 1szt. pompowni ppoż. oraz hydrantu,

wykonanie 23mb przewiertu sterowanego pod drogą, wykonanie 6200m³ robót ziemnych. Wskazano również, iż powyższe prace wykonane zostały zgodnie ze sztuką budowlaną i prawidłowo ukończone.

Następnie pismem z dnia 13 września 2020 r. (data wpływu do Zamawiającego 14 września 2020 r.) Odwołujący wniósł o uznanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, załączając protokoły odbioru robót budowlanych dot. inwestycji pn. „Rozbudowa w celu modernizacji siedziby Regionu Tauron przy ul. Objazdowej 8 w Kłodzku”, gdzie wartość wykonanych prac w zakresie wodno-kanalizacyjnym wynosiła ponad 900 000 zł brutto oraz protokoły odbioru robót wraz z przedmiarem robót dot. realizacji zadania pn. „Budowa sieci wodociągowej wraz z ujęciem wody i SUW w Podzamku”, gdzie ww. roboty opiewały na kwotę ponad 800 000 zł brutto.

Zamawiający w dniu 22 września 2020 r. zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający przedstawił stan faktyczny i wskazał, że złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Wykonawca w dniu 28 sierpnia 2020 r. dokumenty nie potwierdzały, iż Wykonawca wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie sieci wodno-kanalizacyjnej o wartości robót równej co najmniej 500.000,00 zł brutto (słownie: pięćset tysięcy złotych i zero groszy). Z referencji wystawionych przez FB Serwis Dolny Śląsk Sp. z o.o. wynikało, iż w ramach zadania pn. „Budowa otwartych i zadaszonych placów magazynowania odpadów, placów manewrowych, dróg pożarowych oraz zmiana sposobu użytkowania istniejących placów magazynowania na terenie zakładu Unieszkodliwiania Odpadów, zlokalizowanego w miejscowości Ścinawka Dolna...” wykonano budowę sieci wodociągowej o długości 135 mb oraz budowę sieci kanalizacyjnej o długości 222 mb. Zarówno treść referencji jak i treść wykazu robót budowlanych nie wskazywały jaką wartość robót budowlanych stanowiły roboty polegające na budowie sieci wodociągowej i kanalizacyjnej. Tymczasem Zamawiający w treści SIWZ jednoznacznie określił, iż Wykonawca winien okazać się wykonaniem co najmniej 1 roboty budowlanej polegającej na budowie sieci wodno-kanalizacyjnej o wartości robót równej co najmniej 500.000,00 zł brutto. Zamawiający, pismem z dnia 2 września 2020 r., zwrócił się zatem do Wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w celu definitywnego potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, wyznaczając Wykonawcy termin do dnia 7 września 2020r. Zamawiający wskazał przy tym jednoznacznie w jakim zakresie wymaga uzupełnienia dokumentów od Wykonawcy - pkt. 2) wezwania. W tak wyznaczonym terminie, Wykonawca pismem z dnia 4 września 2020r. przedłożył referencje od firmy Pre-Fabrykat Sp. z o.o. z dnia

12 czerwca 2017r. oraz oświadczenie własne datowane na dzień 4 września 2020r. Z przedstawionych referencji wynika, że Wykonawca w terminie od sierpnia 2015 do czerwca 2017r. wykonywał roboty związane z realizacją zadania pn. „Rozbudowa w celu modernizacji siedziby Regionu Tauron przy ul. Objazdowej 8 w Kłodzku”. Wśród wymienionych robót znajdowało się m.in. wykonanie kanalizacji sanitarnej i 10 studni, kanalizacji deszczowej i 37 studni, sieci wodociągowej. Referencje te nie zawierały żadnego zestawienia wartości poszczególnych robót, natomiast Wykonawca w oświadczeniu własnym wskazał, że „w zakresie wymienionego zadania wykonane zostały roboty budowlane polegające na budowie sieci wodno-kanalizacyjnych o wartości 800 000 zł brutto”. Przedłożone w uzupełnieniu przez Wykonawcę dokumenty tj. referencje dotyczące ww. roboty budowlanej nie znajdowały odzwierciedlenia w wykazie robót budowlanych przedłożonym przez Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego w dniu 28.08.2020 r. Przedłożone w analizowanej sprawie przez Wykonawcę referencje zawierały co prawda wykaz robót jakie Wykonawca wykonywał na rzecz Pre-Fabrykat Sp. z o.o. Ich treść jednak nie wskazywała jaką wartość stanowiły poszczególne elementy wskazanych tam robót. Zamawiający nadal zatem nie posiadał możliwości oceny czy potwierdzony został warunek udziału Wykonawcy w postępowaniu w zakresie zgodnym z wymogami zawartymi w SIWZ - wskazany na wstępie. Dokumentem potwierdzającym spełniania tych wymagań nie może być oświadczenie własne wykonawcy z dnia 04 września 2020r, dołączone do referencji. Nie jest to bowiem dokument zgodny z żądaniem Zamawiającego. Wykonawca w oświadczeniu tym nie wskazał również, że nie ma możliwości uzyskania i dostarczenia innych dokumentów na potwierdzenie okoliczności żądanych przez Zamawiającego z przyczyn obiektywnych (§ 2 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wykonawca nie wnioskował również o wydłużenie wyznaczonego terminu. Pismem z dnia 13 września 2020r. Wykonawca przesłał dodatkowo protokoły odbioru końcowego robót zadania pn. „Rozbudowa w celu modernizacji siedziby Regionu Tauron przy ul. Objazdowej 8 w Kłodzku”, wskazując że wartość robót wodno-kanalizacyjnych wynosiła tam 900 000 zł oraz protokół odbioru robót wraz z przedmiarem robót dot. realizacji zadania pn. „Budowa sieci wodociągowej wraz ujęciem wody i SWU w Podzamku”, gdzie roboty opiewały na kwotę ponad 800 000 zł brutto. Pismo to wpłynęło 7 dni po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 2 września 2020r.

Dalej Zamawiający wskazał, iż z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy wynika jednoznacznie, że zamawiający w wezwaniu wskazuje termin, w jakim oświadczenia lub dokumenty powinny być złożone (lub uzupełnione, poprawione) lub w jakim wykonawca powinien udzielić wyjaśnień. Niezłożenie czy nieuzupełnienie dokumentów w terminie wyznaczonym przez

zamawiającego jest równoznaczne z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca może co prawda skutecznie samodzielnie naprawić własne uchybienie i dosłać dodatkowe dokumenty - to jednak musi to nastąpić w uprzednio wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Nie można bowiem zaakceptować sytuacji, że wykonawcy będą samodzielnie, bez żadnych ograniczeń czasowych, uzupełniać dokumenty złożone wraz z ofertą bądź składać wyjaśnienia. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i ma prawo nakreślić ramy czasowe dla określonych czynności. Wyznaczanie terminów przez Zamawiającego - i ich przestrzeganie - nie jest wyrazem bezcelowego formalizmu, ale porządkuje prowadzoną procedurę i gwarantuje wykonawcom zasady chroniące uczciwą konkurencję i równe traktowanie (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2014 r. KIO 1540/14; wyrok z dnia 23 września 2016 r. KIO 1713/16). Obowiązkiem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia jest podanie zamawiającemu konkretnych informacji wskazujących na posiadane przez niego wiedzę i doświadczenie. Informacje niezbędne, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, to informacje umożliwiające realne wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający, w postępowaniu skorzystał z obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy i wezwał Wykonawcę do uzupełnienia złożonych dokumentów, wskazując przy tym w sposób szczegółowy jaki warunek udziału w postępowaniu nie został spełniony. Tym samym wyczerpał możliwości, które przyznał mu ustawodawca i brak jest możliwości kierowania ponownego wezwania do Wykonawcy, w związku z kolejną niepełnością przedstawionych dokumentów. Zamawiający podkreślił, że Protokoły odbioru robót zostały do Zamawiającego dostarczone dopiero w dniu 14 września 2020r tj. po upływie wyznaczonego terminu. Jak wynika natomiast z dokumentów przedstawionych przez Wykonawcę w dniu 14 września 2020r, protokołami odbioru robót Wykonawca dysponował już w dacie składania Zamawiającemu referencji, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 02 września 2020r. Skoro zatem z treści referencji nie wynikała wartość robót wodno-kanalizacyjnych jakie wykonał Wykonawca w ramach zadania nimi objętego, to nic nie stało na przeszkodzie aby do referencji tych dołączone zostały inne dokumenty, w tym również protokoły odbioru. Ponadto przedstawione referencje nie odnosiły się również do wykazu przedłożonego na wezwanie Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego, biorąc pod uwagę złożone przez Odwołującego dokumenty, należy stwierdzić, że Wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy tj. nie wykazał spełnienia warunku posiadania wymaganej przez Zamawiającego zdolności technicznej lub zawodowej, w związku z czym Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy. Stosownie zaś do zapisów art. 24 ust. 4 ustawy, ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp za zasadny, stwierdzając, że czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą była niezgodna z ustawą Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Zgodnie zaś z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Wskazać także należy, iż jak stanowi art. 26 ust. 3 ustawy 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.

Przyczyną uwzględnienia odwołania było uznanie przez skład orzekający, iż Zamawiający nieprawidłowo wywiódł, że oświadczenie i referencje przedstawione przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt V.1 lit. c) ppkt 1 SIWZ. Z tego względu do tej kwestii Izba odniesie się w pierwszej kolejności.

Podkreślić należy, iż odpowiadając na wezwanie do uzupełnienia dokumentów Odwołujący miał zarówno prawo zakwestionować okoliczności wskazane przez Zamawiającego, które zdaniem Zamawiającego świadczyły o tym, że z wykazu robót nie wynika fakt wykonania robót budowlanych polegających na budowie sieci wodno-kanalizacyjnej o wartości robót co najmniej 500 000 zł brutto (pkt 2 wezwania), jak i przedstawić inne, nieujęte wcześniej w wykazie robót, roboty budowlane celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Możliwość zastąpienia czy uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów mających potwierdzać wymagane zdolności techniczne lub zawodowe innym doświadczeniem jest dopuszczalna na gruncie ustawy Pzp, na co wskazuje

treść art. 26 ust. 3 i art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Wyjątkiem jest tutaj sytuacja, kiedy w efekcie wezwania miałyby dojść do zastąpienia informacji nieprawdziwych prawdziwymi (por. m.in. wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 600/20). W sytuacji uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów służących wyłącznie wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie dochodzi do modyfikacji treści oferty, ponieważ dotyczą one sytuacji podmiotowej wykonawcy (odnoszą się do określonych zdolności wymaganych od wykonawców, tak aby dawali oni gwarancję należytego wykonania zamówienia), a nie oferowanego świadczenia będącego przedmiotem zamówienia. Chybione jest zatem stanowisko Zamawiającego, który w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania wskazywał na fakt, że przedstawione w dniu 4 września 2020 r. referencje dotyczące robót budowlanych zrealizowanych na rzecz Pre-Fabrykat Sp. z o.o. nie znajdowały odzwierciedlenia w wykazie robót złożonym w odpowiedzi na wezwanie z dnia 28 sierpnia 2020 r. (wystosowane na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp). Oczywistym jest, że nowe roboty budowlane we wcześniejszym wykazie robót znajdować się nie mogły. Za nieadekwatne uznać należy także przywoływane w odpowiedzi na odwołanie orzecznictwo odnoszące się do niedopuszczalnych modyfikacji treści oferty.

Za bezzasadne Izba uznała również twierdzenia Zamawiającego, jakoby na podstawie oświadczenia oraz referencji złożonych przez Odwołującego w dniu 4 września 2020 r. Zamawiający nie miał możliwości ocenić, czy spełniony został warunek udziału w postępowaniu wskazany w pkt V.1 lit. c) ppkt 1 SIWZ, gdyż dokumentem potwierdzającym spełnienie wymagań nie może być oświadczenie wykonawcy. W tym zakresie odwołać się należy przede wszystkim do treści postanowień SIWZ wskazujących, jakie oświadczenia i dokumenty wykonawcy zobowiązani byli złożyć w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku. Podkreślić należy, że zgodnie z pkt VI.6 ppkt 2 SIWZ wykonawca zobowiązany był złożyć aktualny na dzień złożenia wykaz robót budowlanych z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie. Zamawiający oczekiwał zatem przedstawienia tylko dwóch rodzajów dokumentów: wykazu robót budowlanych oraz dowodów mających potwierdzać czy roboty te wykonano należycie (jak np. referencje wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane). Treść SIWZ koresponduje w tym zakresie z wytycznymi wynikającymi z § 2 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1282).

Z powyższego wynika, iż wykazanie spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający badał przede wszystkim na podstawie informacji przedstawionych w wykazie robót, stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ. Wykaz ten jest

niczym innym jak oświadczeniem własnym wykonawcy, które przybiera w tym wypadku format tabeli. Zamawiający weryfikował przedmiot robót budowlanych (budowa sieci wodno-kanalizacyjnej), termin realizacji (ostatnie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) oraz wartość tych robót (co najmniej 500 000 zł brutto) wyłącznie na podstawie deklaracji wykonawcy (oświadczenia) zawartej w wykazie robót. Jedynie należyte wykonanie tych robót Zamawiający badał na podstawie dowodów, jak przykładowo referencje. W konsekwencji składane przez wykonawców dowody (referencje) nie musiały zawierać wszystkich szczegółowych informacji wymaganych dla dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W tym stanie rzeczy nie jest zasadne stanowisko Zamawiającego, jakoby badanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wartości robót budowlanych nie mogło nastąpić na podstawie oświadczenia wykonawcy z dnia 4 września 2020 r. Skoro w ten sposób Zamawiający weryfikował spełnienie warunków udziału w postępowaniu badając oświadczenia i dokumenty złożone w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp (wykaz robót i referencje), to analogicznie zobowiązany był uczynić badając nowe dokumenty przedstawione w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (oświadczenie własne wykonawcy i referencje).

Bez znaczenia w ocenie Izby w tym konkretnym stanie faktycznym pozostaje fakt, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przedstawił informacje o nowych referencyjnych robotach budowlanych w formie oświadczenia, w nie w formie tabeli zgodnej z wzorem wykazu robót budowlanych, załączonym do SIWZ. Wykaz robót budowlanych stanowił jedynie wzór oświadczenia własnego wykonawcy, był niczym innym jak przyjętą na potrzeby postępowania formą graficzną tego oświadczenia. Uznanie, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu wyłącznie na tej podstawie stanowiłoby przejaw nadmiernego, niczym nieuzasadnionego formalizmu. Zestawiając treść oświadczenia Odwołującego oraz przedstawionych referencji Izba stwierdziła, iż z dokumentów tych wynikają wszelkie niezbędne informacje, jakie Zamawiający wymagał na potrzeby weryfikacji spełnienia warunku udziału w postępowaniu zgodnie z wykazem, a mianowicie dane identyfikujące roboty budowlane („Rozbudowa w celu modernizacji siedziby Regionu Tauron przy ul. Objazdowej 8 w Kłodzku) i ich rodzaj (zakres prac wskazano w referencjach), miejsce wykonania (Kłodzko) i podmioty, na rzecz których roboty były wykonywane (Pre-Fabrykat Sp. z o.o.), wartość realizowanego zadania brutto (2 222 861,24 zł brutto w tym wartość robót polegających na budowie sieci wodno-kanalizacyjnej 800 000 zł brutto), a także termin realizacji (sierpień 2015 r. - czerwiec 2017 r.). Zamawiający dysponował zatem wszelkimi informacjami, które wymagał zgodnie z SIWZ

i które pozwalały mu na dokonanie pozytywnej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego.

Zauważyć także trzeba, że Zamawiający ani w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, ani w toku postępowania odwoławczego nie podnosił, aby miał wątpliwości co do wiarygodności informacji wynikających z oświadczenia i referencji złożonych przez Odwołującego w dniu 4 września 2020 r. czy też aby te informacje nie zawierały danych niezbędnych do oceny spełnienia warunku lub wskazywały wprost na brak spełnienia warunku. Zamawiający swą argumentację w tym zakresie ograniczył *de facto* do konstatacji, że oświadczenie wykonawcy jest dokumentem niewystarczającym na potrzeby weryfikacji wartości robót obejmujących budowę sieci wodno-kanalizacyjnej, co – jak wskazano powyżej – było założeniem błędnym. Ponadto w ocenie Izby argumentacja Zamawiającego była przy tym wewnętrznie sprzeczna - z jednej strony Zamawiający powoływał się na brak możliwości oparcia się na oświadczeniu wykonawcy wskazującym, jaką wartość całego zadania stanowiły roboty polegające na budowie sieci wodno-kanalizacyjnej, a z drugiej strony zarzucał Odwołującemu, że składając wykaz robót budowlanych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 28 sierpnia 2020 r. nie dopisał dodatkowych informacji dotyczących tego, jaką wartość całego zadania inwestycyjnego stanowiły roboty polegające na budowie sieci wodno-kanalizacyjnej. Z powyższego wywieść można wniosek, że gdyby Odwołujący składając wykaz robót budowlanych uzupełnił go wówczas o informacje co do wartości tego elementu referencyjnych robót budowlanych, który dotyczył budowy sieci wodno-kanalizacyjnej, to Zamawiający uznałby takie działanie za wystraszające. Niekonsekwentne jest zatem kwestionowanie przez Zamawiającego złożonego w dniu 4 września 2020 r. oświadczenia, skoro zawiera ono informacje co do wartości tego elementu referencyjnych robót budowlanych, który dotyczył budowy sieci wodno-kanalizacyjnej.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż na gruncie złożonych przez Odwołującego w dniu 4 września 2020 r. oświadczeń i dokumentów brak było podstaw do uznania, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający okoliczności przeciwnych nie wykazał. W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Natomiast Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego co do nieprawidłowości wezwania wystosowanego do niego przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba zgadza się z tym, że pożądane jest formułowanie treści wezwania do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów w sposób jak najbardziej precyzyjny i dający wykonawcy jasny przekaz, jakie przyczyny legły u podstaw wezwania, czyli

jakie konkretnie w ocenie zamawiającego oświadczenia lub dokumenty nie zostały złożone, są niekompletne, zawierają błędy czy budzą wątpliwości i dlaczego. Oceniając jednak treść wezwania będącego przedmiotem sporu Izba stwierdziła, iż było ono na tyle precyzyjne, że pozwalało poznać Odwołującemu w sposób dostateczny motywy decyzji Zamawiającego. Zamawiający wskazał, iż ze złożonego wykazu robót budowlanych nie wynika, że podane roboty budowlane obejmowały budowę sieci wodno-kanalizacyjnej o wartości co najmniej 500 000 zł brutto. W odniesieniu do robót budowlanych wskazanych w poz. 1 wykazu, Zamawiający podniósł, że dotyczyła ona budowy sieci wodociągowej, zaś w odniesieniu do robót budowlanych wskazanych w poz. 2 wykazu Zamawiający zauważył, że brak jest potwierdzenia, że wartość robót wodno-kanalizacyjnych była na poziomie co najmniej 500 000 zł brutto. Zakomunikowane zostały zatem powody, które zdaniem Zamawiającego świadczyły o tym, że z wykazu robót nie wynika fakt wykonania robót budowlanych wymaganych treścią warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący miał świadomość tych powodów, o czym świadczy treść oświadczenia złożonego przez niego w dniu 4 września 2020 r., gdzie podano wartość robót budowlanych polegających na budowie sieci wodno-kanalizacyjnej, a nie (jak uprzednio) jedynie wartość całego zadania inwestycyjnego o szerszym zakresie. W ocenie Izby Zamawiający miał prawo wystosować sporne wezwanie, bowiem treść przedstawionego wykazu robót nie potwierdzała wartości robót budowlanych polegających na budowie sieci wodno-kanalizacyjnej (przy czym jedynie na marginesie należy wskazać, że w przedmiotowym przypadku Zamawiający mógł rozważyć jako adekwatne wystosowanie wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp). Co prawda Izba miała na uwadze, iż treść wzoru wykazu robót przygotowanego przez Zamawiającego mogła budzić pewne wątpliwości (zawarto w nim kolumnę zatytułowaną „wartość realizowanego zadania”, co można odnieść do wartości całego zadania), niemniej Odwołujący jako profesjonalista winien mieć wiedzę o wymaganiach wynikających z treści warunku udziału w postępowaniu i okolicznościach, jakie w związku z tym powinien wykazać. Skoro Odwołujący powoływał się na roboty budowlane o szerszym niż wymagany zakresie i nie przedstawił danych co do wartości tych robót, które polegały na budowie sieci wodno-kanalizacyjnej, to Zamawiający był uprawniony zweryfikować informacje o wartości tych robót, bo do tego referował warunek.

Nie jest zasadne także stanowisko Odwołującego, że przedmiotowe wezwanie do uzupełnienia dokumentów było wadliwe, ponieważ Zamawiający nie wskazał, jakie dokumenty mają zostać złożone, nie wskazał formy uzupełnienia, pozostawiając wykonawcy dowolność. Zamawiający nie miał świadomości co do faktycznej wartości robót polegających na budowie sieci wodno-kanalizacyjnej, na które powołał się Odwołujący i nie mógł narzucać Odwołującemu sposobu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ponad wymagania wynikające z treści SIWZ. Odwołujący odpowiadając na wezwanie miał możliwość

nie tylko przedstawienia nowego doświadczenia, ale także zakwestionowania okoliczności wskazanych przez Zamawiającego w odniesieniu do każdej z robót budowlanych, które zdaniem Zamawiającego świadczyły o tym, że z wykazu robót nie wynika fakt spełnienia warunku udziału w postępowaniu - Odwołujący mógł wszak wyjaśnić, jaką wartość robót budowlanych stanowiły roboty dotyczące budowy sieci wodno-kanalizacyjnej w powołanych zadaniach inwestycyjnych, mógł także odnieść się do twierdzenia Zamawiającego, że roboty budowlanej wskazane w poz. 1 dotyczyły budowy sieci wodociągowej, a nie wodno-kanalizacyjnej, mógł wówczas też przedstawić np. protokoły odbioru, które złożył na dalszym etapie postępowania. Odwołujący zdecydował się na przedstawienie celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu nowych robót budowlanych, nie kwestionując zasadności wezwania ani nie składając żadnych oświadczeń czy dokumentów referujących do wcześniej wskazanych robót budowlanych. Skoro Odwołujący podjął taką decyzję, to ze wszelkimi wynikającymi z tego konsekwencjami - w efekcie badania Zamawiającego podlegały nowo wskazane roboty budowlalne. Uzupełniająco należy wskazać, że rację miał Zamawiający podnosząc, iż dokumenty przedstawione wraz z pismem z dnia 13 września 2020 r. zostały złożone zbyt późno, po upływie terminu wyznaczonego przez Zamawiającego w treści wezwania do uzupełnienia dokumentów z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i nie mogły zostać wzięte pod uwagę. Z tego powodu nie podlegały także ocenie przez Izbę.

. Mając na uwadze powyższe Izba nie przychyliła się do stanowiska Odwołującego, jakoby Zamawiający wystosowując do Odwołującego wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, naruszyć miał wskazany przepis. Niemniej kwestia prawidłowości przedmiotowego wezwania ma w przedmiotowej sprawie jedynie znaczenie wtórne, w świetle faktu, iż Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i uznała, że na gruncie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania, a wskazane w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania okoliczności, mające podważać wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w oparciu o oświadczenia i dokumenty złożonych przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, okazały się bezpodstawne.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione

przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika w łącznej wysokości 13 600 zł.

Przewodniczący: