

Sygn. akt: KIO 946/19

WYROK

z dnia 7 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2019 r. przez wykonawcę **T.W.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe WODEWIL T.W. z siedzibą w Kczewie nr 93 (83-304 Przodkowo) w postępowaniu prowadzonym przez **Spółkę Komunalną Żukowo Sp. z o.o.** z siedzibą w Żukowie przy ul. Pod Otomino 44 (83-330 Żukowo)

przy udziale wykonawcy – **M.S.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FASTRAT M.S. z siedzibą w Starej Kiszewie przy ul. Konarzyńskiej 41 (83-430 Stara Kiszewa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie naruszenia art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. – Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) tj. w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 5 *petitum* odwołania;
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – **T.W.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe WODEWIL T.W. z siedzibą w Kczewie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego – **Spółki Komunalnej Żukowo Sp. z o.o.** kwotę 467 zł 00 gr (słownie: czterysta sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. – Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Spółka Komunalna Żukowo Sp. z o.o. zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” na *Budowę sieci kanalizacji sanitarnej dla części miejscowości Rębiechowo, Czaple i Leżno z odprowadzeniem ścieków do kolektora w Czaplach w ramach projektu „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie Gminy Żukowo - etap I w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 - działanie 2.3.”*, (nr postępowania: ZP/4/R/19), zwane dalej „postępowaniem”, które zostało podzielone na części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 lutego 2019 r., pod numerem 2019/S 026-058715.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca T.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe WODEWIL T.W. z siedzibą w Kczewie zwany dalej: „odwołującym” w dniu 24 maja 2019 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego części 4 zamówienia, określonego w rozdziale V pkt 1 ppkt 3 lit. a) tiret drugi specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) i wykluczenie odwołującego a następnie odrzucenie na tej podstawie oferty odwołującego, podczas gdy odwołujący zarówno na dzień składania ofert w postępowaniu, jak i obecnie wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku wskazanego powyżej;
- 2) art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania i przyjęcie, że wystarczającym uzasadnieniem jest istnienie niczym nie popartych wątpliwości zamawiającego odnośnie przedstawionych referencji, w zakresie tego czy wskazana w nich robota budowlana została faktycznie przez odwołującego wykonana;
- 3) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej, oferty, która najkorzystniejszą nie była;

- 4) §2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wymaganie od odwołującego i wezwanie go, aby wskazał inwestycję lub inwestora, na rzecz którego wskazane w referencji roboty zostały wykonane, podczas gdy rozporządzenie nie stawia takiego wymogu ani w zakresie treści wykazu, ani tym bardziej w zakresie treści referencji;
- 5) art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez jego zastosowanie i wezwanie odwołującego w dniu 24 kwietnia 2019 roku do złożenia wyjaśnień dotyczących referencji wystawionych przez FMB Projekt Sp. z o.o., ul. Konrada Guderskiego 2A/13 z Gdańska, w sytuacji, gdy referencja ta była jasna i nie budziła żadnych wątpliwości, była zgodna z wymaganiami dotyczącymi treści referencji, o których mowa w treści rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 6) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji, gdy po uzyskaniu, zdaniem zamawiającego, niewystarczających wyjaśnień odnośnie spełniania warunku udziału w postępowaniu, po zastosowaniu procedury z art. 26 ust. 4 Pzp, zamawiający nadal miał wątpliwości odnośnie spełniania warunku przez odwołującego;
- 7) art. 26 ust. 2f w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i niewezwanie odwołującego do złożenia wykazu robót budowlanych i poświadczenia wystawionego przez Referat Inwestycyjno-Techniczny Urzędu Gminy Tczew, w sytuacji, gdy otrzymane przez zamawiającego od odwołującego umowy i protokoły odbioru potwierdziły wykonanie przez odwołującego jednej roboty budowlanej na rzecz wystawcy poświadczenia i wezwanie takie było konieczne z uwagi na zapewnienie prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 8) art. 85 ust. 2 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wezwanie w dniu 9 maja 2019 roku do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenie okresu ważności wadium tylko wykonawcy M.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FASTRAT M.S. z siedzibą w Starej Kiszewie (zwanego dalej: „przystępującym”), podczas, gdy w tym dniu zamawiający powinien do tego wezwać wszystkich wykonawców, albowiem nie została jeszcze podjęta decyzja o wykluczeniu lub odrzuceniu jakiegokolwiek wykonawcy, a także nie było jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 9) art. 7 ust. 1, 2 i 3 i art. 8 ust. 1 i 2 Pzp poprzez stosowanie telefonicznej formy kontaktu, co nie znalazło odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania, w szczególności w protokole z postępowania;
- 10) a także z daleko posuniętej ostrożności procesowej, odwołujący zarzucił także

naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i niedokonanie formalnego wezwania odwołującego do uzupełnienia i wyjaśnienia poświadczenia wystawionego przez Referat Inwestycyjno-Techniczny Urzędu Gminy Tczew, tylko arbitralne uznanie, że przedstawione przez odwołującego dowody w zakresie warunku zdolności technicznej lub zawodowej nie potwierdziły spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, podczas, gdy nieformalnie pracownik zamawiającego otrzymał od odwołującego kopie umów i protokołów odbioru, których dotyczyło ww. poświadczenie.

Mając na uwadze postawione zarzuty odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości;
- nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania, a w konsekwencji unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- nakazanie zamawiającemu dokonania oceny ofert z udziałem oferty odwołującego i w konsekwencji wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Jeśli chodzi o interes we wniesieniu odwołania odwołujący podniósł, iż ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jego oferta jest ofertą z najniższą ceną, z okresem gwarancji takim samym, jak pozostałe oferty, co wskazuje, że gdyby nie został wykluczony z postępowania, jego oferta byłaby ofertą najkorzystniejszą. Odwołujący wskazał, że spełniał warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu, wniósł skutecznie wadium, tak więc, jego oferta winna podlegać ocenie i zostać uznana za najkorzystniejszą, a ponadto w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, poniósł szkodę.

W uzasadnieniu prawnym dotyczącym podniesionych zarzutów odwołujący wskazał, iż od samego początku, zarówno w chwili złożenia oferty, jak i przez cały okres trwania postępowania, spełniał postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Dotyczyło to zarówno przedłożonego dokumentu JEDZ, a następnie pierwszego wykazu robót z dnia 2 kwietnia 2019 r. i poświadczenia należytego wykonania robót uzyskanego od Gminy Tczew, a także drugiego wykazu robót z dnia 11 kwietnia 2019 r. i referencji wystawionych przez Firmę FMB Projekt Sp. z o.o. z Gdańska.

W odniesieniu do pierwszego wykazu, odwołujący wyjaśnił, że wskazał w nim na wykonanie jednej roboty budowlanej, która została podzielona na dwa etapy. Natomiast – jego zdaniem – zamawiający wysnuł niczym nie poparty wniosek, że odwołujący wykonał dwie roboty budowlane, z których żadna nie spełnia wymaganej przez zamawiającego wartości. Jak podał odwołujący, zdaniem zamawiającego, miały o tym decydować: zbyt długi odstęp w czasie oraz rozbieżność zadania na dwa etapy. Odwołujący wyjaśnił przy tym, że w wykazie robót wskazał jedynie daty ukończenia robót. Odwołujący chcąc wyjaśnić tę sytuację

zamawiającemu z własnej inicjatywy przedłożył osobiście zamawiającemu treść kontraktów łączących go z Gminą Tczew i protokołów odbioru robót. Pracownik zamawiającego zapoznał się z nimi, zrobił również kopie. Jednakże, ze strony zamawiającego nie nastąpiła w tej sprawie żadna reakcja, przy czym z treści umowy nr IR.272.51.2016 z 5 lipca 2016 r. wynika, iż dotyczyła ona Budowy sieci kanalizacyjnej w Śliwinach, natomiast z treści aneksu nr 2 do tejże umowy z dnia 22 maja 2017 r. wynika, iż pierwotny zapis umowy zostaje poszerzony o treść: „ Wykonawca zobowiązuje się wykonać zakres zadania, który będzie realizowany pod nazwą „Budowa sieci kanalizacyjnej w Śliwinach II etap”, co wyraźnie wskazuje, że była to kontynuacja pierwszego zadania i że była to jedna umowa, aneksowana o dodatkowe prace i wynagrodzenie, jedna robota budowlana. Na jedną robotę budowlaną wskazują również protokoły odbioru końcowego, odnoszące się do tej samej umowy z dnia 5 lipca 2016 r. W tym miejscu odwołujący wskazał na marginesie, że zamawiający nie zastrzegł w treści SIWZ, co rozumieć należy pod pojęciem „jednej” roboty budowlanej, a już na pewno nie zastrzegł, że musi być ona wykonana w konkretnym okresie czasu, czy też żeby zamawiający wyraźnie wyłączył możliwość sumowania wartości kilku umów (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2018 roku, KIO 1262/18), czy sumowania etapów realizacji jednego zadania, czego jeśli chciałby wymagać, musiałby zawrzeć w SIWZ. W tej konkretnej jednak sytuacji nie można mówić o występowaniu dwóch umów, bowiem zawarta została jedna umowa, a następnie sporządzono do niej aneks nr 2. Odwołujący wskazał przy tym, że z treści umowy i aneksu wynikało, że uwzględniając oba etapy realizacji robót, odwołujący spełniał postawione przez zamawiającego warunki dotyczące zarówno wartości roboty (która wyniosła sumując wartość z umowy, jak i z aneksu 1.904.637,74 zł), jak i średnicy i długości. Wskazał także, że dodatkowo zawarta została przez odwołującego z Gminą Tczew umowa nr IR.272.79B.2016 z dnia 2 listopada 2016 r., która dotyczyła wykonania robót dodatkowych do roboty „Budowa sieci kanalizacyjnej w Śliwinach”, która wskazywała na dodatkowy zakres robót do wykonania przez odwołującego, a także zwiększała pierwotne wynagrodzenia o kwotę 249.959,25 zł. Zamawiający, opierając się na arbitralnej ocenie, nie wynikającej zdaniem odwołującego zarówno z treści wykazu robót ani też z referencji podjął decyzję, że odwołujący nie spełnia wskazanego warunku. Tym samym w ocenie odwołującego, zamawiający nie zastosował obligatoryjnego w takim przypadku zapisu z art. 26 ust. 4 Pzp i nie wezwał go do wyjaśnień, choć bez wątpienia były ku temu przesłanki, skoro analiza tych dokumentów doprowadziła zamawiającego do wyciągnięcia ww. wniosków.

Dodatkowo – zdaniem odwołującego – pamiętać należy, że wraz z uzyskaniem oryginału poświadczenia z Gminy Tczew, zamawiający otrzymał od odwołującego również treść kontraktu podpisanego z Gminą Tczew i treść protokołów odbioru i również na tym

etapie, celem dochodzenia prawdy obiektywnej i zapewnienia prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, miał obowiązek skorzystać z treści art. 26 ust. 2f Pzp i wezwać odwołującego do przedłożenia wykazu robót i referencji dotyczących robót wykonanych dla Gminy Tczew, a następnie, jeśli widziałby taką konieczność, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do ewentualnych wyjaśnień, czego również zamawiający nie uczynił. Zastosować art. 26 ust. 2f Pzp należało również po otrzymaniu przez zamawiającego pisma odwołującego z dnia 26 kwietnia 2019 r., obszernie wyjaśniającego kwestię wykazanych robót, co jednak również wtedy nie nastąpiło.

Odnosząc się do wykazu robót przedłożonego na wezwanie zamawiającego z dnia 11 kwietnia 2019 r. oraz referencji wystawionych przez Firmę FMB Projekt Sp. z o.o. z Gdańska, odwołujący wskazał, że również te dwa dokumenty potwierdzają, że spełnił on postawiony warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Zgodnie z treścią rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wykaz taki powinien zawierać podanie rodzaju robót, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane. Wszystkie te obowiązkowe elementy zostały przez odwołującego w wykazie zawarte i wypełnione danymi. Rozporządzenie nie uprawnia zamawiającego do rozszerzania zakresu informacji zawartych w wykazie o nazwę inwestora czy inwestycji, w przypadku jeśli wykazywane roboty wykonane są na rzecz podwykonawcy, bowiem wówczas to podwykonawca jest podmiotem na rzecz którego roboty te zostały wykonane. Podobnie jeśli chodzi o treść referencji. Referencje – zdaniem odwołującego – mają jedynie wykazywać należyte potwierdzenie wykonania zamówienia, taka jest rola referencji, nie można żądać aby zawierały inne elementy, o ile referencje można powiązać z pozycją z wykazu usług, co miało miejsce w tym przypadku. Przy tym odwołujący wyjaśnił, iż w orzecznictwie potwierdzone zostało, że referencje takie może wystawiać również wykonawca na rzecz podwykonawcy, gdyż to właśnie wykonawca ma najlepszą wiedzę o robocie wykonanej przez podwykonawcę, gdyż to wykonawca zlecał podwykonawcy jej wykonanie i to z wykonawcą łączy podwykonawcę umowa.

W ocenie odwołującego, zamawiający nie miał żadnych podstaw prawnych, aby wymagać dodatkowych informacji dotyczących inwestora od odwołującego, ponieważ zarówno przedłożony wykaz, jak i referencje spełniały wymogi ww. rozporządzenia i nie budziły najmniejszych zastrzeżeń. Odwołujący podkreślił przy tym, że drugi z przedłożonych przez niego wykazów jest w zawartości swej treści identyczny, jak wykaz złożony pierwotnie, a w tamtym przypadku po stronie zamawiającego nie pojawiły się żadne wątpliwości. W efekcie, zamawiający w sposób nieuprawniony zastosował art. 26 ust.4 Pzp i wezwał go do

wyjaśnienia - wskazania inwestycji lub inwestora. Jednakże nawet w tej sytuacji, gdy po zastosowaniu procedury wyjaśniania oferty na podstawie art. 26 ust 4 Pzp, zamawiający uzyskane od odwołującego wyjaśnienia uznał za niewystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu lub według zamawiającego wskazywały one na niespełnianie tego warunku, zamawiający ma obowiązek zastosować procedurę przewidzianą w art. 26 ust. 3 Pzp tzn. ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku.

Odwołujący wskazał również, że zamawiający nie sporządził tak naprawdę, wymaganego przez Pzp uzasadnienia faktycznego i prawnego swojej decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty. Za takie uzasadnienie nie można bowiem uznać zapisu wskazującego, że przyczyną wykluczenia odwołującego były wątpliwości zamawiającego odnośnie przedstawionych referencji, w zakresie tego czy wskazana w nich robota budowlana została faktycznie przez odwołującego wykonana. Ponadto odwołujący wyjaśnił, że zamawiający nie przedstawił dowodu podważającego jego oświadczenia, przez co wykluczenie go z postępowania na podstawie wątpliwości przez zamawiającego było nie tylko sprzeczne z przepisami Pzp, ale też nieprofesjonalne i naruszające zasadę równego traktowania wykonawców.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca – M.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FASTRAT M.S. z siedzibą w Starej Kiszewie.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 6 czerwca 2019 r., zamawiający złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, podając uzasadnienie faktyczne i prawne dla swojego wniosku.

Podobnie przystępujący na posiedzeniu złożył swoje pismo procesowe, w którym wniósł o:

[1] zwrot odwołania i umorzenie postępowania odwoławczego, gdyż odwołanie to nie zostało wniesione – odwołanie nie zostało podpisane, co stanowi naruszenie wymogu określonego przepisem § 4 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.) oraz niweczy istotę odwołania – oświadczenia woli,
– na podstawie § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.),

albo, wyłącznie w przypadku nieuwzględnienia wniosku określonego w pkt [1],

[2] odrzucenie odwołania, gdyż:

[a] odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w Pzp – na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp;

[b] odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp – na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp;

albo, wyłącznie w przypadku nieuwzględnienia wniosków określonych w pkt [1] i pkt [2],

[3] oddalenie odwołania, gdyż odwołanie to pozostało w całości niezasadne – na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp, *a contrario*,

w każdym przypadku

[4] orzeczenie o kosztach postępowania, stosownie do norm prawem przepisanych – na podstawie art. 192 ust. 10 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania, ustaliła i zważyła co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawcę M.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FASTRAT M.S. z siedzibą w Starej Kiszewie (zwanego nadal: „przystępującym”).

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z:

- 1) dokumentacji w postaci elektronicznej zapisanej na nośniku typu pendrive, nadesłanej do akt sprawy w dniu 31 maja 2019 r. przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści:
 - SIWZ;
 - wyjaśnień z dnia 8 marca 2019 r. do treści SIWZ udzielonych przez zamawiającego;
 - wezwania z dnia 25 marca 2019 r. skierowanego do odwołującego o uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp;
 - złożonego przez odwołującego wykazu robót budowlanych z dnia 2 kwietnia 2019 r. wraz z poświadczeniem;
 - wezwania z dnia 5 kwietnia 2019 r. skierowanego do odwołującego o przedstawienie oryginału referencji;

- informacji z dnia 8 kwietnia 2019 r. o unieważnieniu czynności w postępowaniu oraz wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 Pzp;
 - złożonego przez odwołującego wykazu robót budowlanych z dnia 11 kwietnia 2019 r. wraz z poświadczeniem;
 - wezwania z dnia 24 kwietnia 2019 r. skierowanego do odwołującego o wyjaśnienie oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 Pzp;
 - pisma odwołującego z dnia 26 kwietnia 2019 r. stanowiącego odpowiedź na pismo zamawiającego z dnia 24 kwietnia 2019 r.;
 - pisma zamawiającego z dnia 9 maja 2019 r. skierowanego do przystępującego z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą tj. w trybie art. 85 ust. 2 Pzp;
 - pisma odwołującego z dnia 13 maja 2019 r. stanowiącego przedłużenie terminu związania ofertą wraz z załącznikiem;
 - zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty dla 4 części zamówienia z dnia 14 maja 2019 r.
- 2) załączonych do odwołania dokumentów wymienionych w treści odwołania;
 - 3) złożonego przez odwołującego na rozprawie dowodu w postaci wybranych dokumentów dotyczących przystępującego tj. złożonego przez przystępującego w postępowaniu wypełnionego załącznika nr 4 do SIWZ z dnia 10 maja 2019 r. stanowiącego wykaz robót, poświadczenia z dnia 29 stycznia 2018 r. dotyczącego wykonania roboty wskazanej w wykazie stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ, pisma z dnia 14 czerwca 2017 r. informującego o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu zawartym w wykazie robót stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ.

Izba nie dopuściła wniosku dowodowego podniesionego w odwołaniu w postaci zeznań przedstawicieli odwołującego tj. T.W. oraz A.W. i zamawiającego tj. A.K. oraz K.R.. Obecna na rozprawie, odpowiednio umocowana do reprezentacji pracownica zamawiającego pani K.R. przyznała, że pracownik zamawiającego wykonał kopie wskazanych w odwołaniu umów, aneksów i protokołów, których oryginały przedstawił właściciel odwołującego podczas wizyty w siedzibie zamawiającego. W związku z tym Izba uznała, że okoliczność ta została wystarczająco wyjaśniona i nie stanowi kwestii spornej pomiędzy stronami. Tym samym mając na uwadze dyspozycje art. 190 ust. 6 Pzp, Izba stanęła na stanowisku, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy niniejszy wniosek dowodowy został powołany wyłącznie dla zwłoki, co musiało skutkować odmową jego przeprowadzenia.

Izba uznała, że należy odrzucić odwołanie w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez jego zastosowanie i wezwanie odwołującego

w dniu 24 kwietnia 2019 roku do złożenia wyjaśnień dotyczących referencji wystawionych przez FMB Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, w sytuacji, gdy referencja ta była jasna i nie budziła żadnych wątpliwości, była zgodna z wymaganiami dotyczącymi treści referencji, o których mowa w treści rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj. zarzutu wskazanego w pkt 5 *petitum* odwołania. Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, odwołanie wnosi się: w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. W myśl zaś art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Dostrzec należało, że w analizowanej sprawie odwołujący o tym, iż zamawiający zastosował wobec niego art. 26 ust. 4 Pzp w zakresie objętym odwołaniem dowiedział się w dniu sporządzenia pisma ze stosownym wnioskiem tj. w dniu 24 kwietnia 2019 r. W tym dniu zamawiający przesłał odwołującemu, za pośrednictwem poczty elektronicznej, pismo stanowiące wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów. Z tą też datą odwołujący powziął zatem wiadomość, że zamawiający zastosował wobec niego przedmiotowy przepis. W tej sytuacji 10-dniowy termin na wniesienie odwołania wobec ww. czynności upłynął odwołującemu 6 maja 2019 r. Tymczasem odwołanie wobec ww. czynności wniesiono do Prezesa Izby dopiero w dniu 24 maja 2019 r., a zatem ponad dwa tygodnie po upływie ustawowego terminu. Podkreślić należy, że termin z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp jest terminem zawitym. Wraz z jego upływem wygasło odwołującemu prawo do kwestionowania spornych czynności. Nic w tej kwestii nie zmieniła kolejna czynność zamawiającego z 14 maja 2019 r. W dacie tej zamawiający przesłał odwołującemu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w ramach części 4 zamówienia oraz wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty w ramach tej części. Tego dnia rozpoczął bieg termin na wniesienie odwołania, ale wyłącznie wobec kolejnej czynności, jakiej zamawiający dokonał w postępowaniu, a mianowicie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach części 4 zamówienia oraz wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty w ramach tej części. Wobec powyższego, Izba stwierdziła, działając na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, że należy odrzucić odwołanie w części dotyczącej zarzutu wskazanego powyżej, gdyż zostało wniesione po upływie ustawowego terminu.

W pozostałym zakresie Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania lub jego zwrotu o co wnosił przystępujący.

Jeśli chodzi o wniosek przystępującego o zwrot odwołania i umorzenie postępowania odwoławczego, gdyż odwołanie to nie zostało wniesione – odwołanie nie zostało podpisane, co stanowi naruszenie wymogu określonego przepisem § 4 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.) oraz niweczy istotę odwołania – oświadczenia woli – na podstawie § 13 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia, należy podnieść, że zamawiający na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania nie poparł przedmiotowego wniosku przystępującego. Zgodnie z treścią art. 185 ust. 5 Pzp – *Czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z zastrzeżeniem zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 3, przez uczestnika, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego.* Przystępujący w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym zgłosił swoje przystąpienie po stronie zamawiającego w związku z tym Izba mając na uwadze niniejszą kwestię, okoliczność niepoparcia ww. wniosku przez zamawiającego oraz treść art. 185 ust. 5 Pzp uznała, że wniosek przystępującego nie może zostać uwzględniony, gdyż pozostaje w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił tj. zamawiającego. Na marginesie należy dodać, że skład orzekający nie znalazł podstaw do zwrotu przedmiotowego odwołania, a jeżeli chodzi o kwestię podpisu pod odwołaniem należy wskazać, że pod odwołaniem został złożony podpis i pieczęć pełnomocnika odwołującego. Z pełnomocnictwa załączonego do odwołania wynikało, że pełnomocnik został umocowany do wniesienia odwołania w przedmiotowym postępowaniu, a zamawiający nie kwestionował treści przedmiotowego pełnomocnictwa.

Co do wniosku przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp należy wskazać, że przepis ten stanowi, iż *Izba odrzuca odwołanie jeśli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.* Przystępujący w swoim piśmie procesowym wskazał, że odwołanie dotyczy czynności zamawiającego z dnia 8 kwietnia 2019 r. w przedmiocie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, a także od zaniechania czynności zamawiającego w przedmiocie wezwania odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą. Tym samym zdaniem odwołującego odwołanie od czynności zamawiającego z dnia 8 kwietnia 2019 r. w przedmiocie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń winno zostać wniesione 18 kwietnia 2019 r., a od zaniechania czynności zamawiającego w przedmiocie wezwania odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą do dnia 20 maja 2019 r. Izba uznała, że odwołujący nie kwestionował czynności zamawiającego z dnia 8 kwietnia 2019 r. Odwołujący zdaniem Izby kwestionował czynności zamawiającego z dnia 14 maja 2019 r. polegające na wyborze oferty przystępującego w ramach czwartej części zamówienia

oraz wykluczeniu odwołującego i uznaniu w konsekwencji jego oferty za odrzuconą. Warto wskazać, że zamawiający w uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji o wykluczeniu odwołującego z dnia 14 maja 2019 r. odniósł się do obu wykazów składanych przez odwołującego na potwierdzenie kwestionowanego warunku tj. zarówno wykazu założonego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 25 marca 2019 r. na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp oraz wykazu złożonego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 8 kwietnia 2019 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający wyjaśnił także w tym dokumencie, że wskazane w ww. wykazach roboty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej i tym samym wykluczył odwołującego z postępowania w ramach jego czwartej części na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp i w konsekwencji uznał jego ofertę za odrzuconą (na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp). Tym samym należy uznać, że odwołanie referowało do czynności podjętych przez zamawiającego w dniu 14 maja 2019 r. zatem wniesienie odwołania w terminie 24 maja 2019 r. nie dawało podstaw do odrzucenia tego odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Podobnie ww. podstawa odrzucenia odwołania nie miała zastosowania co do zarzutu wskazanego w pkt 8 *petitum* odwołania. Odwołujący wskazał w nim, że doszło do naruszenia art. 85 ust. 2 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wezwanie w dniu 9 maja 2019 r. do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenie okresu ważności wadium tylko przystępującego podczas, gdy w tym dniu zamawiający powinien do tego wezwać wszystkich wykonawców, albowiem nie została jeszcze podjęta decyzja o wykluczeniu lub odrzuceniu jakiegokolwiek wykonawcy, a także nie było jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej. Jak wyjaśnił odwołujący na posiedzeniu dopiero w dniu 23 maja 2019 r tj. podczas wglądu do dokumentacji przetargowej, dowiedział się o tym, że zamawiający zwrócił się do przystępującego o wydłużenie terminu związania ofertą. Zamawiający potwierdził, że w tym terminie miał miejsce wgląd do dokumentacji przetargowej przez przystępującego.

W ocenie Izby zarzut postawiony w pkt 8 *petitum* odwołania wskazuje na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców przez zamawiającego z powodu wezwania do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenie okresu ważności wadium przystępującego, podczas gdy powinien wezwać wszystkich wykonawców. W związku z tym dotyczy on czynności zamawiającego polegającej na wezwaniu przystępującego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenie okresu ważności wadium, o której odwołujący dowiedział się w późniejszym czasie tj. 23 maja 2019 r., nie zaś jak wskazywał to przystępujący zaniechania czynności zamawiającego w przedmiocie wezwania odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą.

Zgodnie z treścią art. 182 ust. 3 pkt. 1 Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Jak ustalono powyżej odwołujący powziął wiadomość o zastosowaniu przez zamawiającego wobec przystępującego art. 85 ust. 2 Pzp w dniu 23 maja 2019 r., zatem wniesienie odwołania obejmującego przedmiotowy zarzut, które nastąpiło 24 maja 2019 r. nie stanowiło okoliczności powodującej odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odnosnie wniosku przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp należy wskazać, że przepis ten stanowi, iż *Izba odrzuca odwołanie jeśli stwierdzi, że odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5.* Izba ustaliła, że odwołujący w dniu 23 maja 2019 r. za pomocą poczty elektronicznej na adres wskazany w SIWZ przesłał zamawiającemu odwołanie, jednak bez dowodów wskazanych w treści odwołania tj. szczególnie bez umów, aneksów i protokołów dotyczących roboty wskazanej w wykazie robot złożonym w dniu 2 kwietnia 2019 r. W treści odwołania zostało wyraźnie wskazane, że ww. dokumenty zostały przywołane w odwołaniu jako dowody na poparcie przedstawionej argumentacji. W związku z tym Izba uznała, że nie stanowiły one zasadniczej treści odwołania, ale miały charakter dowodów na poparcie argumentacji odwołania. Dowody można składać do momentu zamknięcia rozprawy co wyraźnie wynika z treści art. 190 ust. 1 zd. 2 Pzp. W konsekwencji Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanki do odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp.

Izba ustaliła co następuje.

W rozdziale V pkt 1 ppkt 3 lit. a) tiret drugi SIWZ, zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w następujący sposób:

Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że:

a) będzie dysponował osobą do pełnienia funkcji kierownika budowy, posiadającą:

[...]

- co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy/kierownika robót w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika budowy lub kierownika robót w zadaniu o podobnym charakterze do roboty stanowiącej przedmiot zamówienia. Należy przez to rozumieć:
*- jedną robotę budowlaną polegającą na budowie/przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej lub deszczowej o średnicy min. 200 mm i długości nie mniejszej niż 1200 mb, w tym budowę o wartości co najmniej 1.400 000,00 PLN brutto [...].**

Zgodnie z rozdziałem VIII pkt 3 SIWZ: *W postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami odbywa się przy użyciu:*

a) **miniPortalu** <https://miniportal.uzp.gov.pl/>,

b) ePUAPu <https://epuap.gov.pl/wps/portal>,

c) poczty elektronicznej k.r*****@skzukowo.pl.

Ocena spełnienia przez wykonawcę powyższego warunku udziału w postępowaniu miała zostać dokonana na podstawie złożonego przez wykonawcę wykazu robót budowlanych (załącznik nr 4 do SIWZ).

W zakresie 4 części zamówienia zostały złożone trzy oferty w tym oferty odwołującego i przystępującego.

W dniu 25 marca 2019 r. zamawiający w trybie art. 26 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu i potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania. W odpowiedzi na wezwanie, w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, odwołujący przedłożył uzupełniony wykaz robót budowlanych, stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ, opatrzony datą 2 kwietnia 2019 r. W wykazie tym odwołujący wpisał w rubryce „Rodzaj roboty budowlanej”: „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej etap I i II”, w rubryce „wartość wykonanej roboty brutto”: „2.175.005,57 zł”, w rubryce „Daty wykonania roboty”: „etap I: 15.11.2016, etap II: 30.10.2017”, w rubryce „Miejsce wykonania roboty” : „Śliwiny”, w rubryce „Podmiot na rzecz którego robota została wykonana”: „Gmina Tczew, ul. Lecha 12; 83-110 Tczew”. Odwołujący, załączył również poświadczenie Referatu Inwestycyjno-Technicznego Gminy Tczew, które miało potwierdzić spełnienie ww. warunku.

W odpowiedzi na przedłożone referencje, zamawiający pismem z dnia 5 kwietnia 2019 r. wezwał odwołującego do przedstawienia oryginału referencji, z uwagi na fakt, że elektroniczna kopia dokumentu budziła wątpliwości zamawiającego co do jej prawdziwości, gdyż nie powstała z oryginału dokumentu sporządzonego w formie pisemnej, a z kopii tegoż dokumentu. W odpowiedzi na wezwanie właściciel przedsiębiorstwa odwołującego osobiście udał się do siedziby zamawiającego i przedłożył pracownikowi zamawiającego oryginał umów, aneksów oraz protokołów dotyczących ww. roboty. Pracownik zamawiającego wykonał kopie przedstawionych umów, aneksów i protokołów.

W dniu 8 kwietnia 2019 roku zamawiający wystosował do odwołującego pismo z informacją, o unieważnieniu czynności w postaci wezwania odwołującego do przedstawienia oryginału dokumentu i w tym samym piśmie wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia wykazu robót (załącznik nr 4 do SIWZ) wraz z dowodami określającymi ich należyte wykonanie. W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący przedłożył nowy

wykaz robót z dnia 11 kwietnia 2019 r. W wykazie tym odwołujący podał w rubryce „Rodzaj roboty budowlanej”: „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej oraz kanalizacji deszczowej w miejscowości Gdańsk”, w rubryce „wartość wykonanej roboty brutto”: „1.545.470,40 zł”, w rubryce „Daty wykonania roboty”: „18.11.2015”, w rubryce „Miejsce wykonania roboty”: „Gdańsk”, w rubryce „Podmiot na rzecz którego robota została wykonana”: „FMB Projekt Sp. z o.o.”. Odwołujący, załączył również referencje, potwierdzające wykonanie przedmiotowej roboty budowlanej. W referencjach wskazano, że odwołujący był podwykonawcą robót dla wykonawcy, który wystawił referencje tj. dla FMB Projekt Sp. z o.o. z Gdańska w ramach zadania „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej oraz sieci kanalizacji deszczowej w miejscowości Gdańsk”. W odpowiedzi na przedłożony nowy wykaz i nowe referencje, zamawiający wystąpił dnia 15 kwietnia 2019 r. za pomocą poczty elektronicznej do spółki FMB Projekt sp. z o.o. z prośbą o przedłożenie umowy o podwykonawstwo zawartej z odwołującym lub wskazanie inwestycji lub inwestora. Spółka FMB Projekt sp. z o.o. odmówiła udzielenia odpowiedzi, wskazując na brak zgody zarządu na udostępnienie wymaganych danych i brak szybkiego dostępu do archiwów. W dalszej kolejności zamawiający pismem z dnia 24 kwietnia 2019 r. wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, do wyjaśnień dotyczących referencji wystawionych przez spółkę FMB Projekt sp. z o.o. poprzez wskazanie inwestycji lub inwestora, na rzecz którego wskazane w referencjach roboty zostały wykonane.

W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 26 kwietnia 2019 roku odwołujący wyjaśnił, że nie może udostępnić informacji zawartych w umowie będącej podstawą do wystawienia referencji, ponieważ nie uzyskał na udzielenie takiej informacji zgody wystawcy referencji. Jednocześnie, wyjaśnił zamawiającemu, że spełniał warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej już wówczas, gdy przedłożył pierwszy wykaz robót z dnia 2 kwietnia 2019 r. i załączone do niego referencje, jak również powołał się na przedłożone zamawiającemu umowy i aneksy do umów.

Zamawiający pismem z dnia 9 maja 2019 r. wezwał do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenie okresu ważności wadium przystępującego. Tymczasem odwołujący pismem z dnia 13 maja 2019 r., z uwagi na zbliżający się upływ terminu związania ofertą, przedłużył okres obowiązywania swojej oferty o kolejne 60 dni i wniósł nowe wadium w postaci pieniężnej.

Pismem z dnia 14 maja 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty dla części 4 zamówienia i wykluczeniu odwołującego w zakresie tej części postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, a w konsekwencji odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby decydujący dla całej przedmiotowej sprawy i był zarzut wskazany w pkt 1 *petitum* odwołania, który dotyczył naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego części 4 zamówienia, określonego w rozdziale V pkt 1 ppkt 3 lit. a) tiret drugi SIWZ i wykluczenie odwołującego a następnie odrzucenie na tej podstawie oferty odwołującego, podczas gdy odwołujący zarówno na dzień składania ofert w postępowaniu, jak i obecnie wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku wskazanego powyżej. Przedmiotowy zarzut determinował pozostałe podlegające rozpoznaniu zarzuty i stanowił kluczowy aspekt całego odwołania i w ocenie Izby nie znalazł on potwierdzenia.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 25 marca 2019 r. kierowane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp odwołujący złożył wykaz robót opatrzony datą 2 kwietnia 2019 r., w którym została wskazana robota zrealizowana na rzecz Gminy Tczew wraz z poświadczeniem należytego jej wykonania. Zamawiający powziął wątpliwości co do prawdziwości złożonego poświadczenia, zatem pismem z dnia 5 kwietnia 2019 r. zwrócił się do odwołującego o przedstawienie oryginału referencji. W przedmiotowym piśmie zamawiający wskazał, że dokument należy przekazać zamawiającemu w nieprzekraczalnym terminie 9 kwietnia 2019 r. W odpowiedzi na to właściciel przedsiębiorstwa odwołującego udał się osobiście do siedziby zamawiającego i przedstawił umowy, aneksy i protokoły pracownikowi zamawiającemu, który zrobił ich kopie. W międzyczasie zamawiający pismem z dnia 8 kwietnia 2019 r. poinformował odwołującego o unieważnieniu czynności wyrażonej pismem z dnia 5 kwietnia 2019 r., gdyż uznał ją za wadliwą oraz wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia wykazu robót wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. W odpowiedzi na to odwołujący złożył „nowy” wykaz robót opatrzony datą 11 kwietnia 2019 r., w którym wskazana została inna robota niż w wykazie z dnia 2 kwietnia 2019 r. dotycząca *Budowy sieci kanalizacji sanitarnej oraz kanalizacji deszczowej w miejscowości Gdańsk* wykonanej na rzecz spółki FMB Projekt Sp. z o.o. Do wykazu zostały załączone referencje od ww. spółki z dnia 22 grudnia 2015 r. Jak wynikało z przedmiotowych dokumentów wystawca referencji tj. spółka FMB Projekt Sp. z o.o. była wykonawcą na wskazanej robocie budowlanej, a odwołujący miał być jego podwykonawcą. Zamawiający w dniu 15 kwietnia 2019 r. za pomocą poczty elektronicznej wystąpił do spółki FMB Projekt Sp. z o.o. z prośbą o udostępnienie umowy z odwołującym lub dokładne wskazanie inwestycji lub inwestora dotyczącej podanej roboty. W dniu 17 kwietnia 2019 r. zamawiający otrzymał również na pomocą poczty elektronicznej odpowiedź od spółki FMB Projekt Sp. z o.o., iż nie uzyskała

ona zgody od zarządu na udostępnienie ww. danych, a dodatkowo zmienił się adres siedziby tej spółki w związku z tym nie ma możliwości szybkiego dostępu do zarchiwizowanych dokumentów. W związku z tym zamawiający pismem z dnia 24 kwietnia 2019 r. zwrócił się do odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z wnioskiem o wyjaśnienie dotyczące dokumentów i oświadczeń poprzez wskazanie inwestycji lub inwestora, na rzecz którego wskazane w referencjach roboty zostały wykonane. Odwołujący odpowiedział na ten wniosek pismem bez daty (w odwołaniu została wskazana data tej odpowiedzi jako 26 kwietnia 2019 r.) i wyjaśnił, że w związku z brakiem zgody spółki FMB Projekt Sp. z o.o. nie może udostępnić informacji zawartych w umowie będącej podstawą do wystawienia referencji z dnia 22 grudnia 2015 r., a ponadto poinformował, że pierwotnie przedstawiony załącznik nr 4 również spełnia wymagania postawione w SIWZ i przedstawił wyjaśnienia na tę okoliczność. W takim stanie sprawy zamawiający w dniu 14 maja 2019 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach 4 części zamówienia oraz jednocześnie wykluczył odwołującego z tego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp, a w konsekwencji odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego podanym w piśmie z dnia 14 maja 2019 r. wskazał m. in., że w związku z brakiem wyjaśnień, przedstawione przez wykonawcę referencje w dalszym ciągu budzą jego wątpliwości czy wskazana w nich robota budowlana, została faktycznie wykonana i podkreślił, że gdyby chociażby wskazano rzeczywistego inwestora lub nazwę inwestycji, byłby w stanie zweryfikować autentyczność referencji.

Jak wynika z powyższego robota podana przez odwołującego w „pierwotnym” wykazie robót budziła wątpliwości zamawiającego. Zamawiający zwrócił się z pismem o przedstawienie oryginału poświadczenia należytego wykonania tej roboty, w odpowiedzi na co odwołujący osobiście dostarczył umowy, aneksy i protokoły dotyczące tej roboty. Niemniej w ocenie Izby zamawiający nie mógł wziąć pod uwagę tych dokumentów ponieważ, po pierwsze zostały one przekazane niezgodnie ze sposobem komunikowania się pomiędzy zamawiającym a wykonawcami wynikającym z Pzp jak i SIWZ. Zgodnie z art. 10a ust. 1 Pzp: *W postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz oświadczeń, w tym oświadczenia składanego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE, zwanego dalej „jednolitym dokumentem” odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.* W ocenie Izby wskazany przepis dotyczy komunikacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami w zakresie przekazywania sobie wszelkich pism i

dokumentów w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Wskazuje na to otwarty katalog wymienionych dokumentów, do którego należą zarówno oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i oświadczenia, w tym oświadczenia składane na formularzu JEDZ, ale także wszystkie inne dokumenty, w tym dokumenty nie stanowiące oferty, takie jak: wnioski o wyjaśnienie treści SWIZ, wezwania do uzupełnienia dokumentów czy złożenia wyjaśnień. Analiza przepisu potwierdza, że ustawodawca przewiduje wyłącznie formę elektroniczną do komunikacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wskazuje na to posłużenie się dobitnym i kategorycznym stwierdzeniem: *komunikacja (...) odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej*. Stwierdzenie to jest równoznaczne z tym, że inne formy komunikacji są niedopuszczalne. Ponadto w cytowanym powyżej rozdziale VIII pkt 3 SIWZ zamawiający wskazał, narzędzia za pomocą, których ma odbywać się komunikacja pomiędzy nim a wykonawcami i wszystkie te narzędzia dotyczyły elektronicznych sposobów komunikacji. Po drugie zamawiający pismem z dnia 8 kwietnia 2019 r. unieważnił czynność wyrażoną pismem z dnia 5 kwietnia 2019 r. dotyczącą wezwania do przedstawienia oryginału poświadczenia. Czynność wyrażona pismem z dnia 8 kwietnia 2019 r. nie była kwestionowana przez odwołującego. W związku z tym w ocenie Izby zamawiający nie mógł wziąć pod uwagę dokumentów, które dotyczyły czynności przez niego unieważnionej. Po trzecie natomiast, w tym samym piśmie z dnia 8 kwietnia 2019 r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia kolejnego wykazu robót. Odwołujący – jak wskazano powyżej – nie zakwestionował tej czynności i taki „nowy” wykaz robót złożył. W związku z tym zamawiający nie mógł brać pod uwagę „pierwszego” wykazu ponieważ odwołujący bez zastrzeżeń na tamten moment złożył kolejny wykaz zawierający inną robotę budowlaną przedstawioną na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej. Odwołujący dopiero, gdy pojawiło się ryzyko z jego strony, że robota wskazana w wykazie z dnia 11 kwietnia 2019 r. budzi wątpliwości zamawiającego i wątpliwości te nie mogą zostać wyjaśnione wskazał, że robota podana w wykazie robót z dnia 2 kwietnia 2019 r. spełnia warunki postawione w SIWZ. Zamawiający w ocenie Izby nie miał możliwości powrotu do badania „pierwszego” wykazu, ponieważ odwołujący bez kwestionowania czynności zamawiającego złożył drugi wykaz i tylko nim związany był zamawiający. W przeciwnym razie w postępowaniu funkcjonowałyby dwa wykazy, które zawierałyby różne roboty budowlane i które w zależności od okoliczności odwołujący mógłby podawać na spełnienie postawionych w SIWZ warunków, co byłoby zdaniem Izby sprzeczne z podstawowymi zasadami systemu zamówień publicznych wskazanymi w art. 7 ust. 1 Pzp tj. zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do badania roboty wskazanej w drugim złożonym przez odwołującego wykazie tj. wykazie z dnia 11 kwietnia 2019 r., Izba nie doszukała się naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów. Warto tu na wstępie wskazać, że w treści wykazu kolumna dotycząca rodzaju roboty budowlanej została dookreślona komentarzem podanym w nawiasie o treści – *opis powinien potwierdzać spełnienie warunku dot. zdolności zawodowej*. Natomiast odwołujący wskazał w przedmiotowej kolumnie – *Budowa sieci kanalizacji sanitarnej oraz kanalizacji deszczowej w miejscowości Gdańsk*. Tak wypełniony wykaz w połączeniu z referencjami wywołał wątpliwości zamawiającego. Zamawiający zwracał się zarówno do wystawcy tych referencji jak i do odwołującego o wyjaśnienia i takich wyjaśnień nie uzyskał. Odwołujący wskazał na rozprawie, że ma tak zawartą umowę z wystawcą referencji, że uniemożliwia mu ona podanie właściwie jakichkolwiek informacji co do roboty wskazanej w wykazie z dnia 11 kwietnia 2019 r. W związku z tym nie mógł on podać zamawiającemu czy też Izbie podczas postępowania odwoławczego, inwestora czy też nazwy inwestycji przedmiotowej roboty budowlanej.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała za własne stanowisko przystępującego podane na rozprawie, iż to wykonawca, a w tym przypadku odwołujący musi ponieść konsekwencje podania roboty, co do której nie ma możliwości złożenia wyjaśnień. Wykonawca wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu i decydując się na podanie konkretnej roboty, musi liczyć się z tym, że może zostać wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie tej roboty. Tym samym wykonawca podając robotę co do, której nie może złożyć chociażby wyjaśnień, ponieważ jest to obwarowane innymi zobowiązaniami bierze na siebie i musi ponieść ryzyko związane z takim wezwaniem, które może skutkować tym, że zamawiający zakwestionuje taką robotę.

Izba stanęła na stanowisku, że dla procedury wyjaśnień nie został zastrzeżony jakikolwiek zamknięty katalog dokumentów, co oznacza, że wykonawca jest zobowiązany dokładnie wyjaśnić wszelkie wątpliwości zamawiającego za pomocą dostępnych, dowolnych dokumentów. Nie można uznać za prawidłowe twierdzeń, że na etapie wyjaśnień treści oferty, zamawiający może żądać tylko takich dokumentów, jakich żądał na etapie składania ofert. Przyjmując takie rozumienie, procedura wyjaśnień byłaby zbędna, gdyż faktycznie prowadziłyby do złożenia przez wykonawcę tych samych dokumentów, które zostały już uprzednio przez niego złożone. Tym samym procedura wyjaśnień prowadziłyby donikąd.

W przedmiotowym stanie sprawy zamawiający korzystał już dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp w stosunku do wykazu robót złożonego przez odwołującego (pismo z dnia 8 kwietnia 2019 r.), zatem mając na uwadze utrwaloną w orzecznictwie Izby zasadę o braku możliwości zastosowania ww. przepisu do tego samego dokumentu, Izba uznała, że zamawiający słusznie wykluczył odwołującego z postępowania i uznał jego ofertę za odrzuconą.

W wyniku oddalenia zarzutu wskazanego w pkt 1 *petitum* odwołania Izba uznała, że pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu należy oddalić mając na uwadze treść art. 192 ust. 2 Pzp, który stanowi, że *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Tym samym nawet uznanie zasadności pozostałych zarzutów w ocenie Izby nie może mieć wpływu na wynik postępowania, ponieważ Izba uznała, że zamawiający prawidłowo wykluczył odwołującego z postępowania, zatem nie zmienia on sytuacji odwołującego w przedmiotowym postępowaniu.

Na marginesie należy wskazać, że zarzuty wskazane w pkt. 2 *petitum* odwołania nie mogły zostać uwzględnione. Przepis art. 92 ust. 1 Pzp nie wskazuje stopnia szczegółowości informacji o wykluczeniu z postępowania, zatem wypełnienie obowiązku informacyjnego przez zamawiającego powinno być oceniane celowościowo. Celem obowiązku podania przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego informacji o wykluczeniu jest uzyskanie przez wykonawcę wiedzy o przyczynach, dla których zamawiający wykluczył go z postępowania, tak aby mógł ocenić tę czynności i zdecydować, czy dla ochrony praw w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinien wnieść odwołanie.

Uzasadnienie wykluczenia odwołującego z postępowania zawarte w piśmie z 14 kwietnia 2019 r. należy uznać za wystarczające, gdyż wskazywało kwalifikację prawną dokonaną przez zamawiającego oraz okoliczności faktyczne, na których oparł się zamawiający. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia, które odnosiło się do uzasadnienia sformułowanego przez zamawiającego i zostało rozpoznane w granicach podniesionych w nim zarzutów. Podnoszone przez odwołującego wątpliwości zamawiającego wynikały zdaniem Izby z tego, że odwołujący nie mógł ich wyjaśnić w związku z okolicznościami opisanymi powyżej, a zamawiający nie mógł zastosować w tym wypadku art. 26 ust. 3 Pzp, ponieważ już raz go zastosował wobec wykazu robót (pismo z dnia 8 kwietnia 2019 r.) oraz art. 26 ust. 4 Pzp, ponieważ odwołujący i tak nie mógł złożyć wyjaśnień związanych z wykonaniem roboty na rzecz spółki FMB Projekt Sp. z o.o., a tylko tą robotę mógł wziąć pod uwagę zamawiający przy badaniu oferty odwołującego.

Z tych samych względów – dotyczących zastosowania art. 26 ust. 4 Pzp – bezcelowe byłoby zastosowanie art. 26 ust. 2f Pzp, ponieważ także na jego podstawie zamawiający z przyczyn od niego niezależnych, nie mógłby uzyskać wyjaśnień od odwołującego, odnośnie roboty wykonanej przez spółkę FMB Projekt Sp. z o.o.

Jeśli chodzi o zarzut z pkt 4 tj. naruszenia §2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, Izba podtrzymała swoje stanowisko, że dla procedury wyjaśnień nie został zastrzeżony

jakikolwiek zamknięty katalog dokumentów, co oznacza, że wykonawca jest zobowiązany dokładnie wyjaśnić wszelkie wątpliwości zamawiającego za pomocą dostępnych, dowolnych dokumentów. Nie można uznać za prawidłowe twierdzenie, że na etapie wyjaśnień treści oferty, zamawiający może żądać tylko takich dokumentów, jakich żądał na etapie składania ofert. Przyjmując takie rozumienie, procedura wyjaśnień byłaby zbędna, gdyż faktycznie prowadziłyby do złożenia przez wykonawcę tych samych dokumentów, które zostały już uprzednio przez niego złożone. Tym samym procedura wyjaśnień prowadziłyby donikąd.

Co do zarzutu naruszenia art. 85 ust. 2 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp należy wskazać, że zamawiający powinien zwrócić się z wezwaniem do wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenie okresu ważności wadium także do odwołującego, albowiem nie została jeszcze podjęta decyzja o wykluczeniu jakiegokolwiek wykonawcy, a także nie było jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej, zatem zamawiający powinien zwrócić się z takim wnioskiem do wszystkich wykonawców. Niemniej działanie zamawiającego w tym zakresie w uznaniu Izby nie miało wpływu na wynik postępowania, ponieważ z jednej strony nie doprowadziło do odrzucenia oferty odwołującego z postępowania na podstawie art. 89 ust. pkt 7a lub 7b Pzp, a z drugiej strony odwołujący został i tak prawidłowo w ocenie Izby wykluczony z postępowania.

Nie doszło także zdaniem Izby do naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż mając na uwadze to, iż zamawiający prawidłowo wykluczył odwołującego z postępowania, czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach czwartej części zamówienia została dokonana przez zamawiającego w sposób zgodny z przepisami Pzp.

Izba pominęła dowód złożony przez odwołującego na rozprawie w postaci wybranych dokumentów dotyczących przystępującego tj. złożonego przez przystępującego w postępowaniu wypełnionego załącznika nr 4 do SIWZ z dnia 10 maja 2019 r. stanowiącego wykaz robót, poświadczenia z dnia 29 stycznia 2018 r. dotyczącego wykonania roboty wskazanej w wykazie stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ oraz pisma z dnia 14 czerwca 2017 r. informującego o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu zawartym w wykazie robót stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ. Powodem ww. stanowiska Izby było to, iż przedmiotowe dokumenty dotyczyły oferty przystępującego, a odwołujący nie formułował zarzutów w niniejszym zakresie.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 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. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty związane z dojazdem na posiedzenie i rozprawę, a także koszty uiszczenia opłaty z tytułu pełnomocnictwa.

Izba nie zasądziła kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu tegoż pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę na rzecz przystępującego na podstawie przedłożonej faktury VAT oraz złożonego biletu z uwagi na fakt, że w świetle obowiązujących przepisów Pzp i ww. rozporządzenia, koszty te nie przysługują wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego, z wyjątkiem przypadku, gdy zgłasza on sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów zawartych w odwołaniu.

Przewodniczący: