

Sygn. akt: KIO 2149/18

**WYROK**  
**z dnia 31 października 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2018 r. przez wykonawcę **REKORD Hale Namiotowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,**

w postępowaniu prowadzonym przez **2 Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy **LUBAWA S.A. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Kosztami postępowania obciąża 2 Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – 2 Regionalna Baza Logistyczna w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa namiotów technicznych*.

W dniu 18 października 2018 r. wykonawca REKORD Hale Namiotowe Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę LUBAWA S.A. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, a z ostrożności procesowej – naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że na wezwanie Zamawiającego skierowane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, przedłożył Zamawiającemu wykaz dostaw wraz z poświadczeniem wystawionym przez spółkę BEST- EKO Sp. z o.o. Treść przywołanego poświadczenia stanowiła, że wartość kontraktu zawartego Odwołującym opiewała na kwotę 1.745.600,00 zł netto i obejmowała:

- dostawę hali namiotowej typu RPS w cenie nie mniej niż 1.480.000,00 zł netto,
- pozostałe oświadczenia, w tym: dokumentację projektową, hali namiotowej, wyposażenie w drzwi ewakuacyjne, wentylatory, bramy wjazdowe, montaż hali na przygotowanych przez Wykonawcę żelbetowych stopach fundamentowych.

Odwołujący podkreślił, że oświadczenie spółki BEST-EKO *expressis verbis* wskazuje, że zadanie zostało wykonane terminowo, należycie i zgodnie z postanowieniami zawartej umowy oraz przepisami prawa budowlanego, a wykonawca wykazał się profesjonalizmem i starannością.

Odwołujący podniósł, że pomimo jednoznacznych i oczywistych sformułowań użytych w przywołanych wyżej dokumentach, a także samej treści poświadczenia, która już choćby wskazując na konkretne wartości wykonanych świadczeń, wprost stanowi o przedmiocie tegoż świadczenia, jako dostawie w rozumieniu definicji z art. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający powziął wątpliwość co do faktycznego rodzaju realizowanego przez Odwołującego zamówienia, wskazując przy tym, że w jego ocenie zamówienie jakie wykazał Odwołujący dotyczy robót budowlanych. Traktując zatem złożone przez Odwołującego dokumenty jako niespełniające określonych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający pismem z 3 października 2018 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3

ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów. Odpowiadając na wezwanie Odwołujący nie zmienił wykazu dostaw przesłanego uprzednio Zamawiającemu, natomiast odnosząc się do wątpliwości Zamawiającego, w celu ich ostatecznego rozwiania, załączył dodatkowo poświadczoną z zgodność z oryginałem umowę zawartą z BEST-EKO Sp. z o.o. i dodatkowo poświadczenie wystawione przez ww. spółkę 4 października 2018 r. oraz protokół zdawczo-odbiorczy dostawy. Odwołujący wyjaśnił przy tym, że poświadczenie złożone w przedmiotowym postępowaniu, dotyczy całości realizowanego przedmiotu umowy, który niezależnie od świadczenia głównego, tj. wykonania i dostawy hali namiotowej typu RFS zawierał też świadczenia dodatkowe, w postaci jej montażu i przygotowania do użytkowania, czego żądała spółka BEST-EKO Sp. z o. o. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach wskazał również ponownie na wartości wykonanych świadczeń (ogólna wartość kontraktu – 1.745.600,00 zł netto, w tym dostawa hali namiotowej typu RFS 1.480.000,00 zł netto, pozostałe świadczenia – 265.600,00 zł netto, co stanowiło około 1/7 wartości całości zamówienia). A zatem wartość oferty dostawy, znajdująca odzwierciedlenie w całkowitej wartości zamówienia, podawanej w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia nie zawsze odpowiada wartości, za którą zamówienie zostało zrealizowane. Oceniając badane zamówienie przez pryzmat art. 5c ustawy Pzp, należy stwierdzić, że głównym przedmiotem zrealizowanego przez Odwołującego zamówienia ze względu na kryterium wartości świadczeń, jest z całą pewnością dostawa.

Odwołujący, powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, podniósł, że celem poświadczeń jest wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania usługi, dostawy czy roboty budowlanej, zatem nie ma konieczności wskazywania w ich treści referencji elementów opisujących świadczenie (wartość, termin realizacji itp.). Informacje dotyczące wartości świadczenia, jego terminu czy też zakresu wynikać powinny z samego oświadczenia wykonawcy złożonego w treści wykazu, a wnioskowanie na podstawie treści referencji o zakresie i wartości dostawy jest niewłaściwe. Z uwagi na fakt, że referencje – w przeciwieństwie do wykazu – nie są dokumentem pochodzącym od wykonawcy, który się na nie powołuje, a ich szczegółowa treść zasadniczo (poza potwierdzeniem należytego wykonania umowy) nie wynika z przepisów prawa, nie sposób twierdzić, że winny mieć określony kształt, czy potwierdzać okoliczności inne niż należyte wykonanie (wykonywanie) zamówienia.

Odwołujący zaznaczył, że z treści wezwania skierowanego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wynika, że wątpliwości Zamawiającego dotyczą należytego wykonania zamówienia. Powodem wezwania jest natomiast wyartykułowana wprost wątpliwość dotycząca rodzaju zrealizowanego przez Odwołującego zamówienia (*Zamawiający stwierdził, iż przedstawione poświadczenie podmiotu, na rzecz którego*

*dostawa została wykonana, jest referencją w zakresie robót budowlanych, a nie w zakresie dostawy o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia*). W żadnym natomiast miejscu Zamawiający nie formułuje wątpliwości co do należytego wykonania umowy. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający nigdzie nie precyzuje co w jego rozumieniu należy traktować jako należyte wykonanie, Odwołujący stawia tezę, że owo powielane we wszystkich wezwaniach „należyte wykonanie”, na którym Zamawiający opiera podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania, jest wyłącznie przeniesieniem do wezwania treści § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, bez jakiegokolwiek skonkretyzowanego powiązania z przedmiotem udzielanego zamówienia, co oczywiście pozwala Zamawiającemu na dowolność oceny w zakresie należytego lub nienależytego wykonania zamówienia, niezależnie od treści dokumentów przedstawianych przez wykonawców.

Odwołujący podkreślił, że każdy z przedłożonych Zamawiającemu dokumentów zawiera informację o rzetelności, terminowości, profesjonalizmie i staranności wykonawcy, a także o braku jakichkolwiek zastrzeżeń do zrealizowanego przedmiotu zamówienia. Oczywistym jest, że niespełnienie przez Odwołującego powyższych kryteriów dotyczących przecież jakości wykonania, skutkowałoby w pierwszej kolejności brakiem wydania poświadczenia, a już z całą pewnością wydane poświadczenie negatywne nie zostałoby przez Odwołującego przedłożone w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że wprowadzie w praktyce dokumenty potwierdzające prawidłowa wykonanie robót, dostaw lub usług często nazywa się poświadczeniami lub referencjami, niekoniecznie wymaganym dokumentem będzie dokument o takiej właśnie nazwie. Istotne jest, aby z przedstawionego dokumentu wynikało, że świadczenie zostało wykonane należycie. O należyтым wykonaniu świadczenia można mówić jeżeli interes wierzyciela określony umownie zostanie zaspokojony w sposób określony treścią zaciągniętego zobowiązania. Odwołujący wskazał, że jako poświadczenie należytego wykonania umowy należy traktować również przedłożony Zamawiającemu protokół zdawczo odbiorczy z 28 lutego 2018 r., wskazujący po pierwsze odbiór świadczenia, po drugie – brak zastrzeżeń Zamawiającego, co do jego wykonania.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że jeśli Zamawiający miał wątpliwości co do jakości wykonanej przez Odwołującego dostawy, winien on owe wątpliwości zwerbalizować, wskazując je w wezwaniu z 3 października 2018 r., a także precyzując w jaki sposób (w oparciu o jakie dokumenty wskazane w przywołanym rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów) Odwołujący ma wykazać owo „należyte wykonanie”. Odwołujący podkreślił, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie jest

prawem zamawiającego, tylko jego obowiązkiem, którego nie może pominąć. Obowiązek ten nie jest uzależniony od przewidywań co do tego, w jaki sposób wykonawca zareaguje na wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz czy i jakie dokumenty uzupełni. Wykluczenie z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu musi być poprzedzone prawidłowym wezwaniem wykonawcy do uzupełnienia braków. Aby takie wezwanie do uzupełnienia mogło być uznane za prawidłowe i tym samym skuteczne, musi ono być jasne, precyzyjne i rzeczowe, tj. takie, które w sposób niebudzący wątpliwości, przedstawia zastrzeżenia zamawiającego w zakresie przekazanych mu dokumentów służących potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jeśli zamawiający stwierdza, że dany dokument złożony przez wykonawcę obciążony jest błędami, to jego obowiązkiem jest wskazanie w wezwaniu do uzupełnienia wszystkich takich nieprawidłowości. Zatem dopiero jeżeli wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń lub dokumentów, nie złoży w wyznaczonym terminie tych oświadczeń lub dokumentów bądź złoży te oświadczenia lub dokumenty, które nie będą potwierdzać spełniania warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw wykluczenia z postępowania, zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, przy czym interpretacja warunków udziału w postępowaniu powinna być dokonywana z uwzględnieniem celu, jakiemu te warunki służą, a jest nim zapewnienie wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia.

Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w podobnej sprawie (sygn. akt KIO 661/18), w której Odwołujący jako uczestnik postępowania przystąpił do odwołania po stronie zamawiającego. W uzasadnieniu tego orzeczenia Izba, oddalając odwołanie, skonstatowała, że *za niepotwierdzony, w ocenie Izby, należy uznać także argument Odwołującego, według którego dostawa zrealizowana przez Przystępującego na rzecz BEST-EKO Sp. z o.o., nie może potwierdzać spełniania warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu, bowiem nie jest dostawą hal namiotowych, lecz dostawy innego produktu, tj. osłony z tworzyw sztucznych. Jak wynika z pisma BEST- EKO Sp. z o.o. z dnia 17 kwietnia 2018 i załączonego przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie, dostarczona przez Przystępującego hala namiotowa, została przez tego Zamawiającego nazwana Osłoną Technologiczną typu RFS z uwagi na nazewnictwo wpisane w technologię pracy jego zakładu, jest to jednak typowa hala namiotowa typu RFS, na dowód, czego do pisma zostało załączone zdjęcie tej hali. BEST-EKO Sp. z o.o. wyjaśniła, iż jest spółką prywatną, nie sporządzała SIWZ, a zmianę nazewnictwa wymogła na dostawcach z uwagi na stosowane w jej przedsiębiorstwie nazewnictwo.*

Reasumując Odwołujący stwierdził, że Zamawiający na podstawie złożonych w postępowaniu oświadczeń i dokumentów wysnuł dwa fałszywe wnioski, tj. że Odwołujący nie uzupełnił wykazu dostaw oraz że z poświadczenia realizacji zamówienia, nie wynika, że dostawa została należycie wykonana. Oba te wnioski Zamawiający sformułował wprost w treści zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, przy czym od razu sam zaprzeczył swojej konkluzji, stwierdzając, że w ostatecznym protokole zdawczo-odbiorczym znajduje się informacja, że przedmiot zamówienia „odebrano bez zastrzeżeń”, co stanowi o oczywistym błędzie we wnioskowaniu Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania ofert, ze szczególnym uwzględnieniem prawidłowego zbadania złożonych przez Odwołującego oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co skutkować będzie wyborem oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca LUBAWA S.A. wnosząc o oddalenie odwołania.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

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

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SIWZ Zamawiający wymagał na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, *aby wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, minimum 1 (jedną) główną dostawę, odpowiadającą swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są*

*referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert; Wartość każdej (pojedynczej) dostawy winna być nie mniejsza niż: 250 000,00 zł.*

Odwołujący złożył wykaz dostaw, w którym wpisał przedmiot dostawy: *Hala namiotowa Osłona Technologiczna wraz z dostawą i montażem. Zakres umowy obejmuje również dokumentację projektową.* W rubryce *Wartość brutto* dostawy Odwołujący podał: *2 147 088 PLN brutto* w tym *wynagrodzenie za część dotyczącą dostawy hali namiotowej wynosi nie mniej niż: 1 820 400,00 PLN brutto*, w rubryce *Data wykonania* – *30.06.2017 r.*, a w rubryce *Podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane* – *BEST-EKO sp. z o.o., ul. Gwarków 1, 44-240 Żory.* Odwołujący załączył do wykazu poświadczenie wystawione przez BEST-EKO Sp. z o.o., w którym ww. spółka oświadcza, że *firma Rekord Hale Namiotowe Sp. z o.o. (...) była Wykonawcą zamówienia na Zakup specjalistycznego środka trwałego będącego elementem linii technologicznej hala namiotowa typu RFS stanowiąca Osłonę Technologiczną, Zadanie to zostało zrealizowane w czerwcu 2017 r. Umowa została zawarta na kwotę 1 745 600,00 zł netto Realizacja obejmowała: - dostawa hali w cenie nie mniej niż: 1 480 000,00 zł netto, - pozostały zakres umowy tj.: dokumentację projektową hali namiotowej, wyposażenie w drzwi ewakuacyjne, wentylatory, bramy wjazdowe, montaż hali na przygotowanych przez Wykonawcę żelbetonowych stopach fundamentowych. Wszystkie roboty wykonane zostały terminowo, należyście i zgodnie z postanowieniami zawartej umowy oraz przepisami prawa budowlanego a Wykonawca wykazał się profesjonalizmem i starannością.*

Pismem z 3 października 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – do uzupełnienia wykazu dostaw. Zamawiający wskazał, że przedstawione poświadczenie podmiotu, na rzecz którego dostawa została wykonana, jest referencją w zakresie robót budowlanych, a nie w zakresie dostawy o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia, co budzi wątpliwości. Zamawiający stwierdził, że złożone poświadczenie nie spełniło wymagań określonych w przedmiotowym postępowaniu, nie potwierdza ono należytego wykonania dostawy odpowiadającej swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący wyjaśnił, że *poświadczenie załączone do złożonej w przedmiotowym postępowaniu oferty, dotyczy całości*



*realizowanego przedmiotu umowy, który niezależnie od świadczenia głównego, tj. wykonania i dostawy hali namiotowej typu RFS zawierał też świadczenia dodatkowe, w postaci jej montażu i przygotowania do użytkowania, czego żądała spółka BEST-EKO sp. z o.o., a co mogło wywołać wątpliwość Komisji Przetargowej oceniającej przedmiotowy dokument. Wykonawca pragnie wskazać jednak na wykazane w powyższym dokumencie wartości wykonanych świadczeń, które w sposób nie budzący wątpliwości wykazują, iż na ogólną wartość kontraktu – 1 745 600,00 zł netto, zamówienie wiodące, bo o wartości 1 480 000,00 zł netto stanowiła dostawa rzeczony hali namiotowej typu RFS. Pozostałe świadczenia opiewają wyłącznie na kwotę 265 600,00 zł netto, co stanowi około 1/7 wartości całości zamówienia. Oceniając zatem rzeczony zamówienie przez pryzmat art. 5c ustawy Pzp, należy stwierdzić, iż głównym przedmiotem zamówienia ze względu na kryterium wartości jest z całą pewnością dostawa. Przywołanie w poświadczeniu przepisów prawa budowlanego wynika natomiast z faktu dostarczona hala namiotowa po jej zamontowaniu, wypełnia definicję obiektu budowlanego w rozumieniu przepisów tej ustawy (...). Odwołujący załączył do wyjaśnień:*

- umowę z 1 lutego 2017 r. zawartą z BEST-EKO Sp. z o.o., na okoliczność wykazania przedmiotu umowy, tj. dostawy hali namiotowej z poszyciem PCV,
- protokół odbioru końcowego z 28 lutego 2018 r. zawierający informację o odebraniu przedmiotu dostawy bez zastrzeżeń,
- poświadczenie z 4 października 2018 r. na okoliczność dodatkowego potwierdzenia charakteru wykonywanego świadczenia, tj. dostawy hali namiotowej.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Uzasadniając tę czynność Zamawiający przytoczył brzmienie warunku udziału w postępowaniu i wezwania do uzupełniania wykazu dostaw oraz opisał uzupełnione poświadczenie wystawione przez spółkę BEST-EKO. Zamawiający stwierdził, że po pierwsze wykonawca nie uzupełnił wykazu dostaw, po drugie – z poświadczenia realizacji zamówienia nie wynika, że dostawa została należycie wykonana, jest natomiast informacja ostatecznym protokole zdawczo-odbiorczym, że „odebrano bez zastrzeżeń”.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów w pierwszej kolejności podkreślić należy, że zasadność czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez

zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego Zamawiający uznał, że dany wykonawca podlega wykluczeniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn wykluczenia. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność wykluczenia może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające to wykluczenie. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy w szerszym aspekcie.

Następnie podkreślenia wymaga, że prawidłowość wykluczenia wykonawcy z postępowania ocenia się z uwzględnieniem czynności poprzedzających tę decyzję, takich jak skierowanie wezwania do uzupełnienia dokumentów. Naczelne zasady postępowania o udzielenie zamówienia wymagają, aby wezwanie było jasne i precyzyjne, sformułowane w sposób dający wykonawcy wiedzę, co w złożonych przez wykonawcę dokumentach Zamawiający kwestionuje i dlaczego. Nie są wystarczające ogólnikowe stwierdzenia, że określony dokument (w przedmiotowej sprawie – wykaz dostaw) jest nieprawidłowy, wykonawca nie może bowiem domyślać się, czego od niego oczekuje Zamawiający. Aby wykonawca mógł się prawidłowo do wezwania zastosować, musi wiedzieć, które elementy w złożonych wcześniej dokumentach Zamawiający uznał za nieprawidłowe i dlaczego.

W rozpoznawanej sprawie w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów Zamawiający wskazał, że przedstawione poświadczenie jest referencją w zakresie robót budowlanych, a nie w zakresie dostawy o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia. Takie sformułowanie wezwania świadczy o tym, że źródłem wątpliwości Zamawiającego jest zaklasyfikowanie umowy referencyjnej do robót budowlanych. Z treści wezwania nie wynika, aby Zamawiający zakwestionował złożone dokumenty w innym zakresie, jedyną

skonkretyzowaną okolicznością stanowiącą podstawę wezwania było określenie dostawy wskazanej w wykazie jako robót budowlanych. Z kolei ogólnikowe sformułowanie „o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia” stanowi tylko przytoczenie fragmentu warunku z SIWZ, w żadnej mierze nie wynikają z niego żadne inne przyczyny uznania wykazu za nieprawidłowy, Zamawiający bowiem nie stwierdził, że umowa wskazana w wykazie dotyczy dostawy o przeznaczeniu i funkcji niebędącej tożsamą z przedmiotem zamówienia ani nie określił, w czym tej odmienności przeznaczenia i funkcji upatruje.

W informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, obok przytoczenia treści SIWZ, opisanego faktów związanych ze skierowanymi do Odwołującego wezwaniami, Zamawiający stwierdził jedynie, że wykonawca nie uzupełnił wykazu oraz że z poświadczenia realizacji zamówienia nie wynika, że dostawa została należycie wykonana, a w protokole zdawczo-odbiorczym jest informacja „odebrano bez zastrzeżeń”. Zamawiający w najmniejszym nawet stopniu nie odniósł się do przedstawionych przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących uprzednio złożonych dokumentów, nie wiadomo w jakim zakresie i dlaczego uznał je za nieprzekonujące czy niewiarygodne. W odniesieniu do kwestii należytego wykonania dostawy, z informacji o wykluczeniu nie sposób powziąć jakiegokolwiek wiedzy, dlaczego informacja w protokole zdawczo-odbiorczym nie potwierdzała należytego wykonania dostawy. Nie wiadomo nawet, czy Zamawiający zakwestionował sam rodzaj dokumentu, w którym tę informację podano, czy jego treść. Zamawiający nie przedstawił żadnego wywodu merytorycznego, a jedynie hasłowe i ogólnikowe stwierdzenia, bez doprecyzowania podstaw faktycznych wykluczenia i poparcia ich argumentacją.

Odwołujący, bazując na bardzo skąpych informacjach przedstawionych przez Zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów oraz w informacji o wykluczeniu z postępowania, miał prawo dokonane przez Zamawiającego oceny odczytać w taki sposób, jak to zrobił, tj. że przyczyną wezwania była wątpliwość związana z tym, że w wykazie podano umowę odnoszącą się do robót budowlanych, natomiast przyczyną wykluczenia było niewykazanie należytego wykonania tej umowy – i z tymi właśnie tezami Odwołujący podjął polemikę wnosząc odwołanie. Tymczasem dopiero postępowanie odwoławcze wykazało, że podstawy faktyczne wykluczenia Odwołującego z postępowania były inne, tj. że Zamawiający uznał, iż dostawa przedstawiona w wykazie dotyczyła hali namiotowej a nie namiotów technicznych, co zdaniem Zamawiającego nie odpowiada treści warunku, zgodnie z którym doświadczenie miało dotyczyć dostawy odpowiadającej swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia. Taka teza w żaden sposób nie została wyrażona ani w wezwaniu do uzupełniania dokumentów, ani w informacji o wykluczeniu, a dopiero w odpowiedzi na odwołanie i w stanowisku wyrażonym na rozprawie. Takie postępowanie Zamawiającego pozbawiło Odwołującego możliwości zakwestionowania takiej oceny

w odwołaniu, nie został on bowiem poinformowany, że takie jest stanowisko Zamawiającego. W żadnej mierze nie jest wystarczające przytoczenie w pismach Zamawiającego treści warunku, wykonawca nie może się bowiem domyślać, który element tego warunku i dlaczego Zamawiający uznał za niespełniony. Takie działanie Zamawiającego jest na gruncie przepisów Pzp i określonych w tej ustawie zasad niedopuszczalne.

Podobnie, nie zostało w informacji o wykluczeniu wskazane, jakoby zamówienie podane przez Odwołującego w wykazie dostaw nie zostało wykonane należycie z uwagi na fakt, że zostało wykonane nieterminowo. Okoliczność ta pojawiła się jedynie w stanowisku procesowym Przystępującego i – jako niebędąca wyrażoną przez Zamawiającego podstawą wykluczenia, a w konsekwencji podstawą zarzutów odwołania – nie mogła podlegać ocenie Izby. Niezależnie od powyższego zauważenia wymaga, że Odwołujący nie został wykluczony z postępowania z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd (art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp), zatem tym bardziej niezrozumiałe są twierdzenia przedstawione w piśmie procesowym Przystępującego, jakoby doszło do jakiegokolwiek wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Za chybiony należy uznać wywód przedstawiony w odpowiedzi na odwołanie, a odnoszący się do tego, że Odwołujący nie zajmuje się dostawą namiotów technicznych o konstrukcji stelażowej, o czym Zamawiający wnioskuje z informacji zamieszczonych na stronie internetowej Odwołującego w zakładce „Nasze produkty”. Nie wiadomo, czy Zamawiający próbuje w ten sposób zakwestionować spełnienie warunku udziału w postępowaniu, czy też możliwość wywiązania się ze zobowiązania ofertowego, przy czym o obu tych aspektach nie sposób wnioskować z informacji handlowych zamieszczonych na stronie internetowej wykonawcy. Przede wszystkim jednak okoliczności te zostały podniesione przez Zamawiającego dopiero w postępowaniu odwoławczym, co jest spóźnione.

Odnosząc się natomiast do kwestii, które zdają się wynikać z pism Zamawiającego i które stały się podstawą zarzutów odwołania (choć sposób sporządzenia uzasadnienia i stanowisko Zamawiającego sprawiają, że nie ma pewności co do tego, że były one faktycznie przyczynami wykluczenia Odwołującego), to po pierwsze stwierdzić należy, że okoliczność, że określona umowa obejmowała nie tylko dostawy, ale i roboty budowlane, nie stoi na przeszkodzie uznaniu warunku za spełniony. Jeśli wartość i rodzaj dostawy odpowiadały wymaganiom (w rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie wykazał, że było inaczej), to nie ma znaczenia, że w ramach umowy wykonano zarówno dostawy, jak i roboty budowlane. Jeśli chodzi natomiast o kwestię należytego wykonania umowy przedstawionej w wykazie, to nie ma żadnych podstaw, aby negować możliwość takiego wykazania protokołem zdawczo-odbiorczym, a sformułowanie „odebrano bez zastrzeżeń” należy

interpretować jako potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Nawet bowiem jeśli w protokołach odbioru czy referencjach nie zamieszczono sformułowania „należyte wykonanie”, to należy ocenić, czy przedstawione tam informacje zawierają taką ocenę wyrażoną przy użyciu innych sformułowań. Jeśli odbiorca dostawy oświadcza, że odebrał ją bez zastrzeżeń, to znaczy to tyle, że nie było zastrzeżeń co do jakości jej wykonania, czyli że wykonano ją należyście.

Podsumowując należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie, co doprowadziło do nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, a konsekwencją tego naruszenia był wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Wobec powyższego odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu. Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Jeśli w wyniku ponownego badania ofert Zamawiający stwierdziłby konieczność wezwania do uzupełnienia dokumentów czy też podstawy wykluczenia z postępowania (inne niż będące przedmiotem zarzutów rozpoznanego odwołania i orzeczenia Izby), każdej z tych czynności powinien dokonać przedstawiając precyzyjne i wyczerpujące uzasadnienie swoich czynności.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

**Przewodniczący:** .....