

**WYROK**  
z dnia 17 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Protokolant:** Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2013 r. przez wykonawcę **"T-BUD" DMI Sp. z o.o., Sp. j., ul. Gnieźnieńska 2/2, 40-143 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Zespół Obsługi Placówek Oświatowych, ul. Ligocka 1, 43-502 Czechowice-Dziedzice**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
2. kosztami postępowania obciąża **Zespół Obsługi Placówek Oświatowych, ul. Ligocka 1, 43-502 Czechowice-Dziedzice** i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **"T-BUD" DMI Sp. z o.o., Sp. j., ul. Gnieźnieńska 2/2, 40-143 Katowice** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2 zasądza od **Zespołu Obsługi Placówek Oświatowych, ul. Ligocka 1, 43-502 Czechowice-Dziedzice** na rzecz **"T-BUD" DMI Sp. z o.o., Sp. j., ul. Gnieźnieńska 2/2, 40-143 Katowice** kwotę **10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 w Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

## U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Termomodernizację budynku Przedszkola Publicznego nr 6 w Czechowicach - Dziedzicach”, prowadzonym przez Zespół Obsługi Placówek Oświatowych (dalej „zamawiający”) wykonawca „T-BUD” DMI (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) oraz przepisów wykonawczych:

1. § 1 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne nieuwzględnienie przedstawionych na wezwanie Zamawiającego dodatkowych dokumentów, potwierdzających wykonanie robót budowlanych w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz fakt ich prawidłowego ukończenia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez odrzucenie uzupełnionej oferty odwołującego, pomimo braku sprzeczności jej treści ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego wraz z czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
2. przyznanie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania wywołanego wniesieniem odwołania.

W uzasadnieniu odwołujący podał, że w treści SIWZ zamawiający wskazał, iż celem potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp należy przedłożyć dowody potwierdzające, że objęte oświadczeniem roboty budowlane zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, przy czym za dokumenty takie uznano poświadczenia bądź inne dokumenty, jeśli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt. 3. Podał także, że zamawiający wskazał, że w przypadku, gdy to zamawiający jest podmiotem

na rzecz którego roboty budowlane wskazane w wykazie zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania takich dowodów.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył wykaz robót, a w nim m.in. wykonanie na rzecz Gminy Czechowice - Dziedzice zadania pn. „*Termomodernizacja Ośrodka Dziennego Pobytu OSP w Czechowicach - Dziedzicach wraz z montażem instalacji solarnej - ograniczenie emisji szkodliwych substancji wprowadzanych do powietrza* oraz jako dowód potwierdzający wykonanie zadania odwołujący załączył referencje wystawione przez Naczelnika Wydziału Inwestycji i Zarządu Drogami Urzędu Miejskiego w Czechowicach - Dziedzicach z dnia 22 stycznia 2013 r.

Odwołujący podał nadto, że w dniu 27 czerwca 2013 r. zamawiający, działając w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia oferty m.in. poprzez uzupełnienie ww. referencji, poprzez wskazanie, iż objęte nią roboty wykonane zostały w sposób należyty zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W odpowiedzi na to – wyjaśnił odwołujący - w dniu 27 czerwca 2013 r. przedłożył zamawiającemu umowę oraz protokół końcowego odbioru robót, z którego wynika, że zakres rzeczowy robót wykonany został zgodnie z umową (pkt. 5 lit. a), zaś w przedstawionym do odbioru przedmiocie robót nie stwierdzono wad uniemożliwiających dokonanie odbioru oraz wpływających na obniżenie wynagrodzenia wykonawcy. Odwołujący dodał, że do pisma dołączył dodatkowo zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji odwołującego potencjału technicznego niezbędnego przy wykonaniu zamówienia, wystawione przez Wiktora Jazy, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo - Handlowa WITEKO Wiktor Jazy wraz z wystawionym na tenże podmiot listem referencyjnym.

Odwołujący wskazał, że pomimo uzupełnienia w dniu 1 lipca 2013 r. zamawiający, kierując się art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, odrzucił ofertę odwołującego podając, że z przedstawionych referencji wystawionych przez Urząd Miasta w Czechowicach - Dziedzicach wynika, że realizowane przez wykonawcę roboty „wymagały nieustannej kontroli Inwestora oraz nadzoru Inspektora Nadzoru Inwestorskiego”, zaś odwołujący - pomimo wezwania do ich uzupełnienia nie przedstawił stosownych wyjaśnień; w rezultacie wątpliwości zamawiającego nie budzi fakt ukończenia robót oraz ostatecznego ich wykonania zgodnie ze sztuką budowlaną, jednakże wątpliwości powstają odnośnie do sposobu realizacji zadania, wobec czego wybrana została oferta złożona przez innego wykonawcę.

Odwołujący wskazał, że rodzaje dokumentów sprecyzowane zostały w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) i jak wynika z § 1 ust. 1 pkt. 2

oraz ust. 2 tego rozporządzenia dokumentami tymi są - w przypadku robót budowlanych - poświadczenia, a jeśli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia - inne dokumenty potwierdzające, iż roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące, że zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej prawidłowo ukończone. Podkreślił, że zgodnie z § 9 ust. 2 rozporządzenia, w postępowaniach wszczynanych w okresie 12 miesięcy od dnia wejścia w życie nowych przepisów, wykonawca, w miejsce określonych w nim poświadczeń, może przedkładać dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw lub usług oraz wykonanie robót budowlanych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i ich prawidłowe ukończenie, określone w § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w *sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz.U. Nr 226, poz. 1817).

Odwołujący podniósł, że rozporządzenie z 2009 roku, w odróżnieniu od rozporządzenia obecnie obowiązującego, w odniesieniu do dokumentów potwierdzających przesłankę wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji robót budowlanych, inaczej niż w przypadku dostaw lub usług, nie wymagało potwierdzenia ich należytego wykonania, lecz jedynie wykonania w sposób zgodny z zasadami sztuki budowlanej oraz prawidłowego ukończenia. Nie stwarzało też żadnych ograniczeń w kwestii doboru dokumentów, ani też nie formułowało jakichkolwiek przesłanek dopuszczalności posłużenia się dokumentem innym niż poświadczenie. Zdaniem odwołującego pod „jego rządami” za w pełni uprawnione uznawano posłużenie się np. protokołem odbioru, jeżeli tylko potwierdzał on spełnienie przez przedmiot robót budowlanych przesłanek określonych w treści rozporządzenia, będących wyznacznikiem spełniania przez wykonawcę wymogu posiadania wiedzy i doświadczenia.

Wobec powyższego, w ocenie odwołującego był on uprawniony do złożenia, w miejsce uzupełnionych referencji wystawionych przez Urząd Miasta w Czechowicach – Dziedzicach, innego dokumentu potwierdzającego jakość robót budowlanych, wykonanych w ramach przywołanego w wykazie zadania inwestycyjnego.

Zdaniem odwołującego treść protokołu odbioru nie pozostawia wątpliwości, że roboty zostały ukończone i odebrane bez uwag, wykonano je zgodnie z umową i są wolne zarówno od wad uniemożliwiających ich odbiór (a więc istotnych w rozumieniu art. 637 §2 k.c.), jak również takich, które wpływają jedynie na obniżenie wynagrodzenia wykonawcy (a więc nieistotnych w rozumieniu art. 637 §2 k.c.). Informacje te, uznał odwołujący, potwierdzają przesłanki uznawane za równoznaczne z wykazaniem warunku wiedzy i doświadczenia, tj. wykonanie robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz ich prawidłowe ukończenie.

Odwołujący przyznał, że okoliczności te nie zostały wprawdzie zwerbalizowane wprost w protokole, dają się jednak z niego wywnioskować w drodze prostej interpretacji językowej. Podkreślił, że zamawiający nie mógł zasadnie żądać od oferenta

udokumentowania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wyłącznie poprzez uzupełnienie referencji, ponieważ ograniczałoby jego uprawnienia wynikające z normy przejściowej, zawartej w § 9 ust. 2 rozporządzenia.

Zwrócił uwagę, że zasadniczą przesłanką decyzji zamawiającego nie były wątpliwości co do ukończenia robót oraz ostatecznego ich wykonania zgodnie ze sztuką budowlaną, lecz brak przedstawienia wyjaśnień co do „należytości” ich wykonania. Podkreślił, że w wezwaniu zamawiający nie żądał od odwołującego przedstawienia jakichkolwiek wyjaśnień, ale jedynie usunięcia braków załączonych do oferty dokumentów, stąd nie jest jasne, brak jakich wyjaśnień miał ostatecznie skutkować odrzuceniem oferty. Ponadto odwołujący podniósł, że zarówno brzmienie § 9 ust. 2 obecnie obowiązującego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów, jak i § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia uchylonego, do którego pierwszy z przywołanych przepisów odsyła, nie pozostawiają wątpliwości, że w 12 - miesięcznym okresie przejściowym substytutami wymaganych obecnie poświadczeń mogą być - jak dotychczas - dokumenty, potwierdzające wykonanie robót budowlanych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz ich prawidłowe ukończenie. W odróżnieniu od dokumentów odnoszących się do dostaw lub usług nie muszą one natomiast zawierać odrębnej wzmianki o ich należytych wykonaniu. Odwołujący wskazał także, że treść przedłożonego przez odwołującego dokumentu nie daje żadnych podstaw do poddawania w wątpliwość należytej jakości objętych nim robót budowlanych, skoro protokół potwierdza - i to bez uwag, ich zgodne z umową i wolne od wad wykonanie oraz odbiór przez zamawiającego. Do wątpliwości takich nie skłania również – zdaniem odwołującego, sama treść referencji, ponieważ zawarta tam wzmianka dotycząca wymogu nieustannej kontroli Inwestora oraz nadzoru Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nie znajduje żadnego odzwierciedlenia w protokole odbioru, podpisanym przez komisję, w skład której wchodził zarówno przedstawiciel Inwestora jak i Inspektor Nadzoru Inwestorskiego. Odwołujący podkreślił nadto, że nie wynika z referencji, by przyczyną takiego stanu rzeczy była nienależyta jakość świadczenia odwołującego, a nie na przykład specyfika samych robót np. stopień ich skomplikowania czy okoliczności towarzyszące inwestycji jako takiej, na co, w ocenie odwołującego, zdaje się wręcz wskazywać powiązanie wymogu kontroli i nadzoru w treści dokumentu z samymi robotami, a nie niską jakością świadczenia ich wykonawcy.

W podsumowaniu odwołujący stwierdził, że przedstawiony na wezwanie zamawiającego protokół jest zgodny pod względem formy z obowiązującymi przepisami prawa oraz zawiera określoną nimi treść, potwierdzającą spełnianie przez odwołującego wymogu wiedzy i doświadczenia wymaganego w myśl postanowień SIWZ, a zatem brak było podstaw do odrzucenia oferty jako niezgodnej ze specyfikacją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

**Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów, odwołania wykonawcy z dnia 2 lipca 2013 r., odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 15 lipca 2013 r., stanowiska odwołującego z dnia 17 lipca 2013 r. na odpowiedź zamawiającego na odwołanie, a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego.

Na podstawie „Protokołu z otwarcia ofert” z dnia 26 czerwca 2013 r. skład orzekający Izby ustalił bowiem, iż odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę z najniższą ceną, tj. 581 852,86 zł i terminem realizacji jak pozostali trzej wykonawcy, tj. 30 października 2013 r. (ceny pozostałych 3 wykonawców, którzy złożyli oferty wynosiły powyżej 600 tys. zł), co biorąc pod uwagę fakt, że cenie zamawiający przypisał 100% znaczenie (część XIII SIWZ), a zarzuty odwołania zmierzają do unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oznacza, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do poddania oferty odwołującego ponownemu badaniu, a zatem dałoby mu szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem:

1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),
2. „Protokołu z otwarcia ofert” z dnia 26 czerwca 2013 r.,
3. oferty odwołującego,
4. zapytania zamawiającego z dnia 26 czerwca 2013 r. skierowanego do Zastępcy Burmistrza Miasta Czechowice-Dziedzice,
5. odpowiedzi z dnia 28 czerwca 2013 r. na ww. zapytanie,
6. wezwania skierowanego przez zamawiającego do odwołującego z dnia 27 czerwca 2013 r.,
7. pisma odwołującego z dnia 27 czerwca 2013 r.– odpowiedzi na ww. wezwanie,
8. zawiadomienia z dnia 28 czerwca 2013 r. i 1 lipca 2013 r. o odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej,
9. aneksów nr 1 – 3 do umowy nr ZP.272.2.2012 z dnia 14 lutego 2012 r. na realizację przedmiotu zamówienia pod nazwą „Termomodernizacja Ośrodka Dziennego Pobytu OPS w Czechowicach-Dziedzicach wraz z montażem instalacji solarnej – ograniczenie emisji

szkodliwych substancji wprowadzonych do powietrza zawartej pomiędzy Gminą Czechowice-Dziedzice a „T-BUD” DMI Sp. z o.o. Sp. j.,

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego zasługuje na uwzględnienie.

Wskazując powody odrzucenia oferty odwołującego zamawiający podał: "Z przedstawionych referencji wystawionych przez Urząd Miasta w Czechowicach-Dziedzicach z dnia 22.01.2013 r. wynika, że realizowane przez Państwa roboty „wymagały nieustannej kontroli Inwestora oraz Inspektora Nadzoru Inwestorskiego". Pomimo wezwania do uzupełnienia referencji w kwestii należytyści wykonania robót, nie przedstawiono stosownych wyjaśnień. Nie budzi wątpliwości Zamawiającego fakt ukończenia robót oraz ostatecznego wykonania ich zgodnie ze sztuką budowlaną. Wątpliwości wynikają natomiast ze sposobu realizacji zadania".

Z przytoczonego uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego wynika, że podstawą decyzji zamawiającego były wątpliwości zamawiającego co do sposobu realizacji robót, których źródłem była zawarta w referencji informacja o konieczności nieustannej kontroli prowadzonych robót, które nie zostały rozwiane przez odwołującego na wezwanie zamawiającego.

Dostrzeżenia przede wszystkim wymaga, że podstawą eliminacji wykonawcy z udziału w postępowaniu, a zatem decyzji o kapitalnym dla wykonawcy znaczeniu, bowiem decyzji przekreślającej szansę wykonawcy na uzyskanie zamówienia nie mogą być jedynie wątpliwości zamawiającego.

Zamawiający musi przedstawić uzasadnienie faktyczne swojej decyzji tak, aby wykonawca miał pełną wiedzę co do przyczyn wykluczenia, czy odrzucenia. Z całą pewnością nie spełnia tego założenia poinformowanie wykonawcy o wątpliwościach zamawiającego i ich źródle - to zamawiający ma wykazać wobec wykonawcy zasadność swojej decyzji. Na przypomnienie zasługuje okoliczność, że uzasadnienie podane w informacji o wykluczeniu wykonawcy, czy odrzuceniu oferty wykonawcy warunkuje zakres odwołania.

Wskazać dalej należy, że odwołujący nie był w ogóle wzywany przez zamawiającego do składania wyjaśnień co do treści referencji, a wyłącznie do ich uzupełnienia, iż zostały wykonane w sposób należyty zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W piśmie z dnia 27 czerwca 2013 r. żądanie złożenia wyjaśnień przez odwołującego dotyczyło pozycji robót budowlanych polegających na wykopie drenażu z dowiezonego



żwiru.

Ustawa prawo zamówień publicznych przewiduje zarówno możliwość żądania przez zamawiającego uzupełnień złożonych oświadczeń i dokumentów (art. 26 ust. 3), jak i możliwość składania wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów (art. 26 ust. 4).

Zamawiający, korzystając z przysługujących mu uprawnień każdorazowo zobowiązany jest jednoznacznie i precyzyjnie formułować kierowane do wykonawców wezwania, tylko bowiem jasno wyartykułowane wątpliwości i braki, jakich doszukał się zamawiający w oświadczeniach i dokumentach złożonych wraz z ofertą dają wykonawcy szansę na sprostanie oczekiwaniom zamawiającego.

W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów (nie wskazując zresztą podstawy prawnej swoich działań), po czym odrzucając ofertę odwołującego, uznał, że ten winien złożyć wyjaśnienia co do „nieustannej kontroli Inwestora oraz Inspektora nadzoru Inwestorskiego”.

Abstrahując nawet od zgodności z przepisami Pzp narzucenia przez zamawiającego sposobu uzupełnienia dokumentów składanych przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia postawionych warunków udziału w postępowaniu (być może wykonawca w uzupełnieniu przedstawiłby inną wykonaną przez siebie robotę budowlaną), stwierdzić jednak należy, że w treści wezwania z dnia 27 czerwca 2013 r. nie ma nawet wzmianki o powodach uznania, że złożone referencje nie potwierdzają postawionego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia (nie wskazano choćby owych wątpliwości zamawiającego spowodowanych zawartą w referencji informacją o konieczności nieustannej kontroli prowadzonych robót).

Zamawiający nie wezwał także odwołującego do złożenia wyjaśnień co do samej treści referencji w kontekście odpowiedzi, jaką uzyskał od inwestora kwestionowanych robót budowlanych. Odwołujący nie miał w ogóle wiedzy co do korespondencji zamawiającego z odbiorcą kwestionowanej roboty budowlanej.

Wskazać należy, że rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) w § 1 ust. 5 przyznało zamawiającemu, w przypadku zaistnienia wskazanych tam okoliczności, zwrócenia się do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane były lub miały zostać wykonane o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu.

Zamawiający prowadził korespondencję z odbiorcą kwestionowanej roboty budowlanej - pismo z dnia 26 czerwca 2013 r. (w odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał omyłkowo jako podstawę § 2 ust. 5 zamiast § 1 ust. 5 ww. rozporządzenia), jednak wbrew wskazanemu przepisowi nie zwrócił się o udzielenie informacji, ale o „wystawienie opinii” o odwołującym, a nadto o „charakterystykę” odwołującego; zamawiający nie zwracał

się nadto o żadne dokumenty.

W odpowiedzi odbiorca kwestionowanej roboty budowlanej, podobnie jak w treści samej referencji, wskazał zakres rzeczowy robót, potwierdził, że „roboty remontowo-budowlane wykonywane były w sposób należyty”. Jednocześnie jednak, pomimo użycia sformułowania, że „roboty remontowo-budowlane wykonywane były w sposób należyty” wskazano, że „W trakcie realizacji przedmiotu zamówienia zauważono, iż firma nie posiada wystarczającej liczby pracowników co skutkowało wolnym postępowaniem robót. Prowadzonym pracom remontowym towarzyszył nieład polegający na braku uporządkowania terenu wokół budowy oraz wewnątrz budynku. Zaistniały fakt wpływał bezpośrednio na bezpieczeństwo wykonywanych robót. Należy nadmienić, że firma „T-BUD” DMI Sp. z o.o. Sp. J. nie zapewniła dostatecznej kontroli oraz nadzoru kierownika robót budowlanych nad realizowanymi pracami. Reasumując powyższe firma „T-BUD” DMI Spółka z o.o. Sp. J. wykonała zakres rzeczowy robót zgodnie z zawartą umową, bez wad uniemożliwiających dokonanie jego odbioru. Pomimo tego faktu należy wskazać, że firma „T-BUD” DMI Spółka z o.o. Sp. J. nie dołożyła należytej staranności w realizację zleconego przedmiotu zamówienia”.

W ocenie składu orzekającego Izby odpowiedź odbiorcy kwestionowanej roboty budowlanej jest, zgodnie z pismem zamawiającego, opinią inwestora, nie zawierającą jednak informacji w zakresie kluczowym, tj. podnoszonej, nie wystarczającej liczby pracowników (w szczególności czy liczba ta była niezgodna z warunkami zawartej umowy, jakiego okresu dotyczy, czy miała wpływ na termin realizacji określony w umowie ?), nieładu wpływającego na bezpieczeństwo robót remontowych (na czym polegał ów nieład, jaki był tego negatywny skutek ?), braku dostatecznej kontroli oraz nadzoru kierownika robót budowlanych (na czym polegała niedostateczność tej kontroli, jakie były tego negatywne skutki ?).

Podkreślenia wymaga, że ustawa Pzp nie wskazuje negatywnej opinii odbiorcy robót wskazywanych przez wykonawcę w Wykazie jako „automatycznej” podstawy do eliminowania wykonawcy z udziału w postępowaniu (wykluczenia wykonawcy i w konsekwencji odrzucenia złożonej przez niego oferty).

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp zamawiający, wykluczając wykonawcę z udziału w postępowaniu, czy odrzucając ofertę wykonawcy jest zobligowany podać uzasadnienie faktyczne i prawne swojej decyzji. Jest to każdorazowo decyzja samego zamawiającego, wymagająca uzasadnienia, podjęta z uwzględnieniem informacji pozyskanych bezpośrednio od odbiorcy uprzednio wykonanych robót.

Skład orzekający Izby zwraca także uwagę, że w piśmie do Zastępcy Burmistrza Miasta Czechowice-Dziedzice zamawiający wskazał jako powód jego skierowania wątpliwości, jakie powziął co do „należytości i sposobu wykonywania robót” przez

odwołującego wobec zamieszczenia w treści referencji zdania odnoszącego się do robót, tj. „wymagały nieustannej kontroli Inwestora oraz nadzoru Inspektora Nadzoru Inwestorskiego”, co oznacza, że zamawiający oczekiwał, że odpowiedź ta wątpliwości te rozwieje. Tymczasem zamawiający, informując odwołującego o odrzuceniu jego oferty wskazał jako powód „wątpliwości co do sposobu realizacji zadania”, co w istocie oznacza że sam zamawiający nie znalazł w odpowiedzi odbiorcy kwestionowanej roboty informacji pozwalających ponad wszelką wątpliwość stwierdzić, że roboty były wykonywane nierzetelnie.

Skład orzekający Izby stwierdził, że w postanowieniach SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia zamawiający postawił warunek wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, 2 robót polegających na wykonaniu instalacji c.o. i solarnej o kwocie nie mniejszej niż 100 000 zł (część V pkt 2) b. Odwołujący wskazał dwie takie roboty, co do których zamawiający nie miał zastrzeżeń.

Na rozprawie zamawiający stwierdził, że „oceniając rzetelność, zdolność wykonawcy do należytego zrealizowania zamówienia należy brać pod uwagę całokształt działań wykonawcy, a nie jedynie ich efekt”. Jednak, co szczególnie istotne, w postanowieniach SIWZ zamawiający nie wskazał, że weryfikacja zdolności wykonawców do wykonania przedmiotowego zamówienia będzie dokonywana z wykorzystaniem kryterium rzetelności odnoszącego się do sposobu realizacji zamówienia, nie wskazał też jak rzetelność tę będzie rozumiał i oceniał. Tym samym wykonawcy nie mieli możliwości (na etapie SIWZ) podnieść ewentualnych zastrzeżeń co do tego, czy kryterium rzetelności jest proporcjonalne i pozostaje w związku z przedmiotem niniejszego zamówienia.

Zamawiający w treści zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego potwierdził, że „nie budzi wątpliwości Zamawiającego fakt ukończenia robót oraz ostatecznego wykonania ich zgodnie ze sztuką budowlaną”, na rozprawie zamawiający oświadczył nadto, że „nie kwestionuje jakości prac”.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego (odrzucenia w następstwie wykluczenia - art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 24 ust. 4 ustawy Pzp). Odwołujący wskazał bowiem w złożonym wraz z ofertą „Wykazie robót budowlanych” roboty co do liczby, okresu, z którego pochodziły, zakresu i wartości, odpowiadające wymogom zamawiającego (nie kwestionował tego zamawiający) oraz złożył dokumenty (referencje) potwierdzające ich należyte wykonanie. Jedynie wątpliwości zamawiającego co do rzetelności wykonywania robót wskazanych w jednej z pozycji nie mogą być podstawą do wykluczenia wykonawcy. Nie jest to także dopuszczalne w sytuacji, gdy w SIWZ zamawiający w ogóle nie podał, że oceniać będzie rzetelność wykonawców.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku spraw na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....