

WYROK
z dnia 09 sierpnia 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 09.08.2018 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16.07.2018 r. przez wykonawcę **A. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ogólnobudowlany ARKON-BUD A. J. ul. Św. Michała 8/9, 62-200 Gniezno**, w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, ul. H. Wieniawskiego 1, 61712 Poznań**,

przy udziale wykonawcy **P. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MAXBUD P. P., os. Bolesława Chrobrego 23/17, 60-681 Poznań**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka

1. **Uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wezwanie wykonawcy MAXBUD P. P., os. Bolesława Chrobrego 23/17, 60-681 Poznań w trybie art. 26 ust.3 Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert

2. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 (dziesięć tysięcy) złotych uiszczona przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania

3. Zasadza od przystępującego MAXBUD P. P., os. Bolesława Chrobrego 23/17, 60-681 Poznań, wnoszącego sprzeciw od uwzględnienia zarzutów odwołania na rzecz odwołującego ARKON-BUD A. J. ul. Św. Michała 8/9, 62-200 Gniezno kwotę 13 600,00 (trzynaście tysięcy

sześćset) złotych tytułem zwrotu kwoty wpisu od odwołania oraz kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017r. poz. 1579 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu ul. Wieniawskiego 1, 61-712 Poznań dalej zwany „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *remont / przebudowa pomieszczeń parteru od strony ul. Grunwaldzkiej dla Dziekanatu Wydziału Anglistyki U AM w Poznaniu*, Znak sprawy: ZP/41/B/J8. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 562381-N-2018 z dnia 23 maja 2018 roku.

W dniu 09 lipca 2018 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę MAXBUD P. P. z siedzibą w Poznaniu Os. B. Chrobrego 23/17, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca Zakład Ogólnobudowlany ARKON-BUD A. J. ul. Św. Michała 8/9, 62-200 Gniezno, dalej zwany „Odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu dokonanie czynności polegającej na nieprawidłowym wyborze najkorzystniejszej oferty oraz zaniechaniu wykluczenia oferty złożonej przez MAXBUD P. P.

Podnosząc powyższe zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez MAXBUD P. P., z siedzibą w Poznaniu Os. B. Chrobrego 23/17, który to wybór narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji;

2) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania MAXBUD P. P., ponieważ wykonawca ten nie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

3) art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy najwyżej ocenionego do uzupełnienia dokumentów lub ich wyjaśnienia, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp;

4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

5) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty wykonawcy złożonej przez MAXBUD P. P. z siedzibą w Poznaniu, oraz

nakazanie wykluczenia wykonawcy MAXBUD P. P. i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym oferty złożonej przez Odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty wskazał, że zgodnie z Rozdziałem 5 ust. 5.1. pkt 2a, ppkt II Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej oraz wykaże że wykonał (*również jako generalny wykonawca przy współudziale podwykonawców*) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: co najmniej jedną robotę ogólnobudowlaną polegającą na wykonaniu remontu bądź przebudowy budynku o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto, która zakończyła się odbiorem konserwatorskim. Do wykazu należało dołączyć dowody określające, czy ta robota budowlana została wykonana należyście, w szczególności informacji o tym czy robota została wykonana zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończona, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego robota budowlana była wykonywana. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów to mógł złożyć - inne dokumenty.

W dniu 21 czerwca 2018 roku, Zamawiający wezwał wykonawcę MAXBUD P. P. w trybie art. 26 ust.2 Pzp do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca MAXBUD P. P. przedłożył między innymi wykaz robót wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, z którego to wynika, że wykonał 1 robotę budowlaną zatytułowaną: „remont części pomieszczeń na II piętrze wraz z rozbudową instalacji chłodzenia pomieszczeń biurowych na II i III piętrze w budynku Collegium Minus UAM, ul. Wieniawskiego 1 w Poznaniu 1, której wartość wynosiła 1.536.250,00 PLN. Jednakże zamówienie to było realizowane w ramach konsorcjum, co może oznaczać, że MAXBUD P. P. nie wykonał zamówienia na kwotę co najmniej 1.000.000 PLN brutto - zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu opisanym przez Zamawiającego w SIWZ. Warunek udziału w postępowaniu mógłby być uznany za spełniony, gdyby wykonawca MAXBUD P. P. w ramach konsorcjum wykonał roboty na kwotę co najmniej 1.000.000 zł brutto.

W tym zakresie wskazał na orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok TSUE z 4 maja 2017 r, C-131/14 Esaprojekt), gdzie TSUE stwierdził, iż art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o

udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli taktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.

Reasumując swoje stanowisko w tej sprawie Odwołujący podał, że udział w postępowaniu wykonawcy, który w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu powołuje się na doświadczenie nabyte przez konsorcjum oraz który „faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji”, sprzeciwia się zasadzie równego traktowania wykonawców. Podkreślił, że konsorcjant nabywa doświadczenie w takim zakresie w jakim je faktycznie je nabył realizując własną część zamówienia, a nie nabywa doświadczenia całego konsorcjum tylko z racji przynależności do konsorcjum czy solidarnej odpowiedzialności za realizację umowy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uznał podniesione zarzuty za zasadne i postanowił uwzględnić odwołanie.

W odpowiedzi na przekazana w tym zakresie informacje, Przystępujący do postępowania wykonawca MAXBUD P. P., oświadczył, że wnosi sprzeciw od uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania. W złożonym piśmie procesowym odnosząc się do zarzutów odwołania podał że odwołanie jako niezasadne powinno podlegać oddaleniu. Podkreślił, że Odwołujący nie podniósł żadnej argumentacji, jak i nie wykazał jakimikolwiek dowodami, że Przystępujący, realizując uprzednie zamówienie, nie uzyskał doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego w obecnym postępowaniu. Wątpliwości Odwołującego zdaniem Przystępującego są gołosłowne, nie zostały poparte żadnym dowodem, zatem nie mogą stanowić przedmiotu rozważań w niniejszej sprawie.

Nadto w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp podał, że skoro Zamawiający nie wezwał Przystępującego do uzupełnienia braków dokumentacji to należy dojść do wniosku, iż względem Zamawiającego nie wystąpiły okoliczności uzasadniające skorzystanie z tego trybu. Wskazał, że nadto sam Odwołujący w swym odwołaniu nie wskazuje dowodów ani argumentacji uzasadniającej konieczność skorzystania przez Zamawiającego z trybu art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Tym samym twierdzenia te jako gołosłowne nie zasługują na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przesłaną przez Zamawiającego, treść odwołania, pism Zamawiającego, Odwołującego i przystępującego, dowodów przedstawionych na rozprawie w tym stanowiska stron podanych do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie jest zasadne i zostało uwzględnione

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej w postaci odwołania.

Odnosząc się do ustaleń stanu faktycznego, który jest niesporny pomiędzy stronami Izba wskazuje, że Zamawiający prowadzący postępowanie o wartości poniżej progów na roboty budowlane wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy, który jako doświadczenie w zakresie dotychczas wykonywanych robót wskazał na roboty wykonywane wcześniej dla tego samego Zamawiającego, wykonywane w ramach konsorcjum. Odwołujący, którego oferta - biorąc pod uwagę zaoferowaną cenę zostałaby sklasyfikowana na drugim miejscu, podniósł zarzut, iż w związku z wyrokiem TSUE z 4 maja 2017 r, C~131/14, zwanym Esaprojekt, zmianie uległa możliwość wykazywania się doświadczeniem zdobytym w ramach konsorcjum. Zmiana ta, zdaniem Odwołującego polega na tym, że przed tym orzeczeniem wykonawca, biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mógł polegać na doświadczeniu całej grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym. Natomiast po przedmiotowym orzeczeniu taki wykonawca może powoływać się tylko na doświadczenie własne, które nabył w ramach konsorcjum i w zakresie w którym faktycznie i konkretnie uczestniczył.

Odwołujący na rozprawie złożył jako dowód umowę konsorcjum, na roboty w ramach którego powoływał się Przystępujący, a także formularz ofertowy złożony w tamtym postępowaniu z którego wynikało, że wartość robót, które w ramach przedmiotowego konsorcjum miał wykonać Przystępujący wynosiła tylko 531 tys. złotych.

W tej sytuacji Zamawiający oświadczył, że uznał, iż Przystępujący postawionego warunku udziału w postępowaniu nie spełnił i dlatego też uznał zarzuty odwołania za zasadne.

Przystępujący, prawidłowo zawiadomiony o terminie rozprawy nie stawiał się na posiedzenie/rozprawę przed KIO. W związku z powyższym jako stanowisko Przystępującego Izba przyjęła argumentację zawartą w piśmie procesowym Przystępującego z dnia 23 lipca 2018 roku. Z treści przedmiotowego pisma wynika tylko kwestionowanie prawidłowości (w dużej mierze pod względem formalnym) złożonego odwołania, opartą w większości na tezach z innych orzeczeń KIO, a nie z analizy stanu faktycznego tego postępowania. Przystępujący, mimo iż wniósł sprzeciw od uwzględnienia zarzutów odwołania nie przedstawił w przedmiotowym piśmie jakiegokolwiek dowodu mogącego potwierdzać, że zarzut odwołania w zakresie niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu jest niezasadny.

Izba dokonując oceny podniesionych zarzutów uznała, że odwołanie jest zasadne, gdyż wykonawca wybrany nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na wykonaniu w ciągu 5 lat przed terminem wszczęcia tego postępowania, roboty budowlanej o wartości min 1 ml złotych.

Izba ustaliła, że Zamawiający wzywał Przystępującego do złożenia dokumentów między innymi potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Jednakże wykonawca ten nie był wzywany w trybie art. 26 ust.3 Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odnosząc się do tej kwestii Odwołujący wskazywał, że jego zdaniem, takie wezwanie w trybie art. 26 ust.3 Pzp może dotyczyć tylko wyjaśnienia już złożonego wykazu robót.

Izba uznała takie stanowisko Odwołującego za niezasadne. Niewątpliwym jest, iż w doktrynie toczy się spór czy wyjaśnieniu może podlegać tylko dokument złożony przez wykonawcę, czy też dla wykazania spełnienia warunku udziału wykonawca może wskazać na inną wykonaną robotę wykazującą spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W świetle przywołanego wyroku TS w zasadzie powinno być wykluczone składanie brakujących dokumentów oraz uzupełnianie dokumentów niekompletnych, jeśli wpływa to na wynik weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Zwrócenia uwagi wymaga jednak kwestia, iż w nowej dyrektywie 2014/24 w jej art. 63 dotyczącym polegania na zdolności innych podmiotów, wpisano wprost zasadę, że „instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia”, transponowaną wprost do polskiej ustawy w ramach art. 22a ust. 6 Pzp.

Interpretując zarówno powyższy przepis jak i sytuacje której dotyczy, zdaniem Izby stwierdzić należy, że niewątpliwie nowa dyrektywa unijna dopuszcza możliwość zmiany wskazanego wcześniej w ofercie podmiotu trzeciego. Analizując powyższe sytuacje Izba uznaje, że jeśli możliwa jest zmiana podmiotu trzeciego na inny podmiot w trakcie postępowania, to tym samym winna być dopuszczalna zmiana polegająca na przedstawieniu nowego wykazu robót z powołaniem się na zdolności innego podmiotu. Taka konstatacja prowadzi do uznania, że niedopuszczenie do możliwości uzupełnienia wykazu robót przez wykonawcę o inne roboty przez niego wykonane i spełniające wymagania w zakresie zdolności technicznej i zawodowej powodowałoby, że wskazany art. 63 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE, byłby sprzeczny z zasadą równego traktowania wykonawców. Skoro możliwa jest zmiana takiego podmiotu w trakcie postępowania, to powinna być także dopuszczalna zmiana polegająca na przedstawieniu nowego wykazu dostaw lub usług z powołaniem się na zdolności innego podmiotu. W tej sytuacji przyjęcie stanowiska, że wykonawcy opierający się na własnym doświadczeniu nie mogliby wskazywać innych

zrealizowanych robót niż te, które wskazali pierwotnie w ofercie w odróżnieniu od podmiotów którzy opierają wykazanie warunku udziału na zasobach podmiotu trzeciego, byłoby z rażącym pokrzywdzeniem podmiotów samodzielnie wykazujących spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Za przyjęciem takiej interpretacji w tym postępowaniu przemawia dodatkowo brzmienie wymagania SIWZ w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, gdzie podano, iż o zamówienie może ubiegać się „*wykonawca (również jako generalny wykonawca lub przy udziale współwykonawców) wykonał roboty o wartości nie mniejszej niż 1 mln zł*”. Powyższe sformułowanie wymagań w tym zakresie budzi wątpliwości, gdyż może być interpretowane na różne sposoby. W tej sytuacji nie można wykluczyć, że Przystępujący posiada także doświadczenie w wykonywaniu innych robót budowlanych niż te wykazane w ustalonym okresie o wymaganej wartości, a wykazana robota została podana w Wykazie ze względu na niejasność treści SIWZ.

Niewątpliwym w sprawie jest fakt, że Zamawiający wzywał wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona w danym postępowaniu w trybie art. 26 ust.2 Pzp do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów w oparciu o które złożył w ofercie oświadczenie o spełnianiu warunków udziału. Jednakże brak było wezwania w trybie art. 26 ust.3 Pzp w związku z brakiem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Izba wskazuje, że od procedury wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów, o której mowa w art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, należy odróżniać procedurę wezwania do uzupełniania oświadczeń i dokumentów wymienioną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Procedura z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy wezwania do złożenia dokumentów, których wykonawca nie miał jeszcze obowiązku składać. Natomiast procedura z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jest procedurą uzupełniającą, która znajduje zastosowanie w sytuacji gdy wykonawca nie sprostął obowiązkowi złożenia prawidłowych dokumentów (w ofercie – w odniesieniu do dokumentów, które należało złożyć na tym etapie lub w odpowiedzi na wezwanie kierowane w trybie art. 26 ust. 2 Pzp – w odniesieniu do dokumentów, które należało złożyć dopiero w terminie zakreślonym w wezwaniu).

Podkreślić należy, że czynność wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, bez wykorzystania obligatoryjnej procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, należało ocenić jako nieprawidłowe” (por. wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2017 r. sygn.. akt KIO 2437/16). Tym samym przed ewentualnym wykluczeniem Przystępującego z postępowania niezbędne jest wezwanie go w trybie art. 26 ust.3 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz skierowanie do Przystępującego

wezwania w trybie art. 26 ust.3 Pzp do wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie wykonania robót budowlanych w wartości min.1 ml. złotych.

Oczywistym jest, że wykonawca w związku z tym, iż oświadczył w ofercie, że warunek udziału w postępowaniu spełnia samodzielnie, to tym samym może dla wykazania tego warunku powołać się tylko na doświadczenie własne i wykazać, że tym doświadczeniem dysponował już na dzień składania ofert.

Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

W zakresie kosztów postępowania Izba obciążyła kosztami Przystępującego w oparciu o przepis § 5 ust.2 w zw. z § 3 ust.2 Rozporządzenia 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* (tekst jedn. Dz. U z 2018 roku poz. 972), zgodnie z którym, *jeżeli Izba uwzględni odwołanie w sytuacji, kiedy uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części(...)* Izba zasądza od wnoszącego sprzeciw równowartość kwoty wpisu na rzecz odwołującego oraz koszty, o których mowa w § 3 pkt 2, na rzecz odwołującego lub zamawiającego.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wniósł o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika to tym samym Izba zasądziła od Przystępującego na rzecz Odwołującego zwrot kwoty wpisu od odwołania oraz koszt wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą.

Przewodniczący