

Sygn. akt: KIO 1824/20

WYROK

z dnia 15 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 14 września 2020r. w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2020r. **przez odwołującego:** Z. F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „A-Z BUD” Z. F. ul. Stalowa 3, 26-600 Radom w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego:** Województwo Mazowieckie Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie ul. Mazowiecka 14, 00-048 Warszawa

przy udziale D. F. prowadzący działalność gospodarczą pn. D. F. Pro-form ul. Puławska 111A lok. 29, 02-707 Warszawa **przystępującego po stronie zamawiającego**

orzeka

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty w części 2 postępowania przystępującego po stronie zamawiającego oraz nakazuje wykluczenie z postępowania przystępującego po stronie zamawiającego a jego ofertę uznania jako odrzuconą i nakazuje zamawiającemu ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty.
- 1.1. Kosztami postępowania obciąża Województwo Mazowieckie Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie ul. Mazowiecka 14, 00-048 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie:

dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Z. F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „A-Z BUD” Z. F. ul. Stalowa 3, 26-600 Radom tytułem wpisu od odwołania

- 1.2. zasądza od Województwo Mazowieckie Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie ul. Mazowiecka 14, 00-048 Warszawa kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Z. F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „A-Z BUD” Z. F. ul. Stalowa 3, 26-600 Radom stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

ODWOŁANIE

Zgodnie z art 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm. dalej „p.z.p” lub „ustawa”) wniesiono odwołanie od niezgodnej z przepisami p.z.p czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Kompleksową budowę bazy Obwodu Drogowego MZDW przy ul. Bankowej 40, w Maciejowicach - budowa budynku administracyjnego, magazynowo - garażowego, oświetlenia oraz magazynu soli wraz z zagospodarowaniem terenu - etap II z podziałem na 2 części - nr postępowania 085/20”, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, dla kwoty mniejszej niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 4 ustawy - przez wybór, w zakresie części 2 postępowania, oferty złożonej przez Pro-Form D. F. z siedzibą w Warszawie (ul. Puławska 111A lok 29, 02-707 Warszawa) dalej: Pro-Form, jako Wykonawcy podlegającego wykluczeniu, którego oferta podlega uznaniu za odrzuconą w rozumieniu przepisów ustawy,
- 2) art. 7 ust. 1 i ust 3 ustawy, przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 2 postępowania,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny dokumentów złożonych przez Wykonawcę Pro-Form,
- 4) dokonanie powtórnej oceny ofert w zakresie części 2 postępowania, w efekcie czego
- 5) uznanie że, w zakresie części 2 najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 maja 2020 r. pod numerem 543182-N-2020. Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania (informację o wyniku postępowania) Odwołujący powziął w dniu 27

lipca 2020 r. w drodze korespondencji mailowej. Tym samym termin do wniesienia odwołania określony w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy został dotrzymany.

Ponadto odwołujący wnosi o przeprowadzenie w toku rozprawy dowodu z dokumentacji postępowania na „Kompleksową budowę bazy Obwodu Drogowego MZDW przy ul Bankowej 40, w Maciejowicach - budowa budynku administracyjnego, magazynowo - garażowego, oświetlenia oraz magazynu soli wraz z zagospodarowaniem terenu - etap II z podziałem na 2 części - nr postępowania 085/20kopia oferty Pro-Form oraz przedkładanych na wezwanie Zamawiającego dokumentów na okoliczności wskazane w odwołaniu, tj. niezgodność oferty Pro-form z zapisami SIWZ.

UZASADNIENIE

I. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż na skutek wadliwej czynności Zamawiającego doznał uszczerbku, polegającego na tym, że utracił możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą.

Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę spełniającą wszystkie wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ. Jednakże w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji. Bezzasadnie uznał, że dokumenty które złożył Wykonawca Pro-Form na wezwanie Zamawiającego (mimo, iż nie były one wyczerpujące) są wystarczające i wybrał ofertę Wykonawcy Pro-Form. Tym samym Zamawiający przez naruszenie przepisów ustawy (bezpodstawne wybranie innej oferty) naraża Odwołującego na możliwość poniesienia szkody. W orzecznictwie KIO za szkodę uważa się natomiast niemożność uzyskania zamówienia na skutek niezgodnych z prawem działań zamawiającego:

W przypadku zamówień publicznych za szkodę uznaje się zasadniczo pozbawienie korzyści wynikających z uzyskania zamówienia, (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, z dnia 5 sierpnia 2011 Sygn. akt KIO 1557/11, LexPolonica nr 2617093, www.uzp.gov.pl. Z kolei w wyroku z 11 lipca 2018 r. (KIO 1275/18) Izba wskazała że: „Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialno - prawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę, która według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, w przypadku potwierdzenia zasadności zarzutów odwołania, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, co mogłoby skutkować uzyskaniem przez niego zamówienia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że jego interes wyraża się w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa. Zamawiający ma obowiązek działać w toku oceny i badania ofert z

najwyższą starannością, tak, aby zapewnić spełnienie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy, a wykonawcy mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych. Jakiegokolwiek odstępstwo od tej zasady stanowi o naruszeniu fundamentalnych zasad zamówień publicznych.

II. Zamawiający przeprowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Kompleksowa budowa bazy Obwodu Drogowego MZDW przy ul Bankowej 40, w Maciejowicach - budowa budynku administracyjnego, magazynowo - garażowego, oświetlenia oraz magazynu soli wraz z zagospodarowaniem terenu - etap II z podziałem na 2 części - nr postępowania 085/20". Zamawiający, w zakresie części 2 postępowania, oczekiwał posiadania przez wykonawców doświadczenia o poniższych parametrach opisanych w pkt III.1.3 ogłoszenia (Zdolność techniczna lub zawodowa) oraz odpowiednio, w treści SIWZ - w części I (Instrukcja dla wykonawców), pkt 6 (Opis warunków) ppkt 6.1 ust.1(str. 5):

„Określenie warunków: Zamawiający uzna za spełnione warunki jeżeli Wykonawcy wykażą, że: 1) przy robotach budowlanych: wykonali w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej:

Część 1: - dwie roboty polegające na przebudowie, rozbudowie lub budowie budynku magazynowego lub magazynu soli o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł brutto każda,

Część 2: - jedna robota polegająca na przebudowie, rozbudowie lub budowie budynku użyteczności publicznej o wartości nie mniejszej niż 600 000,00 zł brutto każda,

- dwie roboty polegające na przebudowie, rozbudowie lub budowie budynku magazynowego lub garażowego o wartości nie mniejszej niż 600 000,00 zł brutto każda,

W dniu 23 czerwca 2020 r. Zamawiający (Mazowiecki Zarząd Dróg) wezwał Wykonawcę Pro-Form do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Pismem z dnia 26 czerwca 2020 roku Wykonawca złożył wykaz robót budowlanych oraz wykaz osób. Zamawiający w toku oceny oferty przeprowadził postępowania wyjaśniające kierując szereg pism do podmiotów wskazanych w wykazie. Między innymi w dniu 1 lipca 2020 r. zwrócił się z pytaniami do Wykonawcy oraz pismami z dnia 7 lipca 2020 r. do podmiotów wskazanych w wykazie (Jednostka Wojskowa nr 3964 oraz Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich) o

wyjaśnienia dotyczące zakresu robót zrealizowanych przez Wykonawcę. Podmioty te udzieliły odpowiedzi.

Ostatecznie pismem z dnia 22 lipca 2020 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia złożonych dokumentów w zakresie posiadanego doświadczenia o wykazanie doświadczenia polegającego na wykonaniu jednej roboty polegające na przebudowie, rozbudowie lub budowie budynku magazynowego lub garażowego o wartości nie mniejszej niż 600 000.00 zł brutto każda.

Wykonawca pismem z dnia 22 lipca 2020 r. (doręczenie 24 lipca 2020 r.) złożył uzupełniony wykaz doświadczenia wraz z dokumentami (umowa, aneks, protokół odbioru) ze wskazaniem, iż wykonał przebudowę części pomieszczeń na poziomie - 3.90 w budynku Biblioteki Uniwersyteckiej w Warszawie przy ulicy Dobrej 56/66 w celu ich dostosowania dla potrzeb Magazynu Zwartego. Należy jednak stwierdzić, że wskazane doświadczenie nie spełnia wymogów Zamawiającego opisanych w SIWZ.

III. Zamawiający oczekiwał posiadania doświadczenia polegającego na przebudowie, rozbudowie lub budowie budynku magazynowego lub garażowego o wartości nie mniejszej niż 600 000,00 zł brutto każda. Tymczasem wykazane w piśmie z dnia 22 lipca 2020 roku doświadczenie dotyczy przebudowy części pomieszczeń w budynku a nie całego budynku. Wykazane doświadczenie nie spełnia więc wymogów SIWZ.

Ponadto należy wskazać, iż kwestia klasyfikacji obiektów budowlanych określona jest poprzez Polską Klasyfikację Obiektów Budowlanych wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. (DZ.U. Nr 112, poz. 1316) wraz ze zmianami z 2002 r. (Dz. U* Nr 18, poz. 170). Polska Klasyfikacja Obiektów Budowlanych (PKOB) stanowi usystematyzowany wykaz obiektów budowlanych, rozumianych jako produkty finalne działalności budowlanej. Polska Klasyfikacja Obiektów Budowlanych (PKOB) służy potrzebom statystyki działalności budowlanej, sporządzania sprawozdań budowlanych, spisów budowli i mieszkań, statystyki cen obiektów budowlanych oraz rachunków narodowych. Ponadto klasyfikacja służy do klasyfikowania obiektów budowlanych. Może być ona stosowana w trakcie zmiany zastosowania, renowacji, wyburzania, modernizacji obiektu budowlanego.

PKOB klasyfikuje biblioteki w Sekcji 1 - Budynki, Dział 12 - Budynki niemieszkalne, Grupie 126 - Ogólnodostępne obiekty kulturalne, budynki o charakterze edukacyjnym, budynki szpitali i zakładów opieki medycznej oraz budynki kultury fizycznej, Klasie 1262 - Budynki muzeów i bibliotek. Tymczasem magazyny PKOB klasyfikuje w Sekcji 1 - Budynki, Dział 12 - Budynki niemieszkalne, Grupie 125 - Budynki przemysłowe i magazynowe, Klasie 1252 - Zbiorniki, silosy i budynki magazynowe. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że Wykonawca

Pro-Form usiłuje wykazać posiadanie doświadczenia wykonaniem robót budowlanych o całkowicie innym zakresie i charakterze.

IV. Wybranie oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w myśl przepisów ustawy, jest krzywdzące i niesprawiedliwe. Zamawiający w trakcie badania, oceny i wyboru złożonych ofert winien stosować się do zasady rzetelności, obiektywizmu i równego traktowania wykonawców (obowiązek taki nakłada na zamawiającego wprost zarówno sama ustawa jak i obowiązujące Dyrektywy). Postępowanie zamawiającego stanowi rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji w postaci zasady równego traktowania wykonawców, bowiem oferty wszystkich wykonawców winny być oceniane według jednolitych kryteriów wskazanych w treści SIWZ. „Ogólnie wskazać tu należy, dzieląc w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., Sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 4 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie zgodnie, z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu k.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w s.i.w. z. Literalne i ścisłe egzekwowanie postanowień s.i.w.z. jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.” (Wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2018 r, KIO 1713/15).

Przepis art. 7 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zaś w myśl ust. 3 zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zgodnie z art. 91 ust 1 ustawy zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przejawem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest dążenie do utrzymania konkurencyjności postępowania, przez podejmowanie działań zmierzających do usunięcia z ofert niektórych niedokładności czy błędów, które w ocenie ustawodawcy nie mają istotnego znaczenia dla wyboru oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca określił takie dopuszczalne zmiany w

ofertach wykonawców tak przez wprowadzenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy jak i art. 87 ust. 1 i 2 ustawy. Wykonawcy zatem składając oferty w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że zamawiający będzie realizował swoje obowiązki ustawowe. Realizacja tych obowiązków jest bowiem wyrazem przejrzystości postępowania, a więc przekłada się na konkurencyjność postępowania. Tym samym jeśli, zamawiający uchyla się od ciążącego na nim obowiązku poprawy oferty z art. 87 ust.2 pkt. 2 ustawy to w ocenie Izby narusza art. 7 ust 1 ustawy. Konsekwencją tego naruszenia był także nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej, co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy w związku z art. 91 ust. 1 ustawy (KIO 773/16).

Mając powyższe na uwadze warto przypomnieć, że Zamawiający, jako gospodarz postępowania ma obowiązek działać w toku oceny i badania ofert z najwyższą starannością, tak, aby zapewnić spełnienie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji opisanych w art. 7 ustawy: „Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami siwz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.” (KIO 693/14, KIO 694/14). Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący stwierdza, że odwołanie jest uzasadnione i wnosi o jego uwzględnienie

Z kolei Dyrektywa 2014/24/UE w preambule, w motywie 90 wskazuje, że zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości i niedyskryminacji i równego traktowania, z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić - w warunkach efektywnej konkurencji - która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie. Dalej podkreślono aby zagwarantować przestrzeganie zasad równego traktowania przy udzielaniu zamówień, instytucje zamawiające powinny być zobowiązane do zapewnienia niezbędnej przejrzystości, by umożliwić wszystkim oferentom otrzymywanie wystarczających informacji na temat kryteriów i warunków, które zostaną zastosowane przy podejmowaniu decyzji o udzieleniu zamówienia.

V. W związku z powyższym oferta złożona przez wykonawcę wybranego nie odpowiada treści SIWZ w zakresie części 2, zatem winna podlegać odrzuceniu na podstawie zapisów art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Pismo przystępującego z dnia 6 sierpnia 2020r.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż wykonane przez Przystępującego prace dotyczyły budynku magazynu. Bez znaczenia dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu pozostaje nazwa referencyjnej roboty, która odnosi się do przebudowy pomieszczeń. Należy podkreślić, iż nazwa zamówienia w żaden sposób nie determinuje jego zakresu, stąd też zarzut Odwołującego pozostaje chybiony. Odwołujący nie wykazał, iż przebudowa pomieszczeń budynku magazynowego nie odpowiada przebudowie budynku magazynowego.

Powyższa okoliczność niezbitnie dowodzi, iż zakres wykonanych prac potwierdza spełnienie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie przebudowy budynku magazynowego, a zatem brak jest podstaw do uznania, iż Przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp winien być wykluczony z postępowania.

Odwołujący ponadto przywołując Polską Klasyfikację Obiektów Budowlanych, sformułował twierdzenie, iż „Wykonawca Proform usiłuje wykazać posiadanie doświadczenia wykonaniem robót budowlanych całkowicie innym zakresie i charakterze”. Powyższe twierdzenie w żaden sposób nie zostaje jednak rozwinięte, co prowadzi z kolei do wniosku, iż nie ma ono żadnego znaczenia dla przedmiotowej sprawy.

Jak wskazano powyżej zarówno zakres, jaki i charakter prac należy uznać za wystarczające do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Przystępującego nie może zasługiwać na aprobatę zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym „ofertę wykonawcy wkluczonego uznaje się za odrzuconą”. Jak zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1076/19, KIO 1164/19 „norma art 24 ust. 4 ustawy jest ściśle powiązana z normami stanowiącymi podstawy wkluczenia - art. 24 ust. 1 i art. 24 ust. 5 ustawy. Tym samym nie można na podstawie art 24 ust. 4 ustawy uznać oferty za odrzuconą, jeśli czynność wykluczenia Wykonawcy nie była prawidłowa”. Innymi słowy skoro brak jest podstaw wykluczenia z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, to tym bardziej brak jest podstaw natury faktycznej i prawnej do zastosowania dyspozycji przepisu art. 24 ust. 4 Pzp.

Reasumując należy stwierdzić, iż Odwołujący nie wykazał, iż Przystępujący legitymując się m. in. doświadczeniem w związku z realizacją zamówienia na rzecz BUW, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Przedmiotem zamówienia jest „Kompleksowa budowa bazy Obwodu Drogowego MZDW przy ul. Bankowej 40, w Maciejowicach - budowa budynku administracyjnego, magazynowo - garażowego, oświetlenia oraz magazynu soli wraz z zagospodarowaniem terenu - etap II z podziałem na 2 części. Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane.

Zamówienie jest zamówieniem podprogowym.

Izba na posiedzeniu postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystępującego, wykonawcę wybranego, zgodnie z art.185 ust.2 ustawy. Zamawiający i odwołujący nie zgłosili opozycji na podstawie art.185 ust.4 ustawy.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania w trybie art.189 ust.2 ustawy.

Izba stwierdza posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie odwołującego co kwalifikuje odwołanie do rozpoznania, na podstawie art.179 ust.1 ustawy.

Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 4 ustawy - przez wybór, w zakresie części 2 postępowania, oferty złożonej przez Pro-Form D. F. z siedzibą w Warszawie (ul. Puławska 111A lok 29, 02-707 Warszawa) dalej: Pro-Form, jako Wykonawcy podlegającego wykluczeniu, którego oferta podlega uznaniu za odrzuconą w rozumieniu przepisów ustawy,

2) art. 7 ust. 1 i ust 3 ustawy, przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosi o:

1) uwzględnienie odwołania w całości,

2) nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 2 postępowania,

3) nakazanie zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny dokumentów złożonych przez Wykonawcę Pro-Form,

4) dokonanie powtórnej oceny ofert w zakresie części 2 postępowania, w efekcie czego

5) uznanie, że w zakresie części 2 najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący.

Izba ustaliła następujący przebieg postępowania w zakresie ustalania doświadczenia zawodowego wymaganego przez zamawiającego w stosunku do wykonawcy wybranego.

Zgodnie z pkt III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu, sekcja zdolność techniczna lub zawodowa oraz siwz w części I Instrukcji dla wykonawców, pkt 6 Opis warunków udziału w postępowaniu ppkt 6.1 ust.1:

„Zamawiający uzna za spełnione warunki jeżeli Wykonawcy wykażą, że: 1) przy robotach budowlanych: wykonali w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej:

Część 1: - dwie roboty polegające na przebudowie, rozbudowie lub budowie budynku magazynowego lub magazynu soli o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł brutto każda,

Część 2: - jedna robota polegająca na przebudowie, rozbudowie lub budowie budynku użyteczności publicznej o wartości nie mniejszej niż 600 000,00 zł brutto każda,

- dwie roboty polegające na przebudowie, rozbudowie lub budowie budynku magazynowego lub garażowego o wartości nie mniejszej niż 600 000,00 zł brutto każda,

W dniu 23 czerwca 2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę wybranego do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Pismem z dnia 26 czerwca 2020 roku Wykonawca ten złożył wykaz robót budowlanych oraz wykaz osób. Zamawiający w toku oceny oferty przeprowadził postępowania wyjaśniające kierując szereg pism do podmiotów wskazanych w wykazie. Między innymi w dniu 1 lipca 2020 r. zwrócił się z pytaniami do wykonawcy oraz pismami z dnia 7 lipca 2020 r. do podmiotów wskazanych w wykazie (Jednostka Wojskowa nr 3964 oraz Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich) o wyjaśnienia dotyczące zakresu robót zrealizowanych przez wykonawcę wybranego. Podmioty te udzieliły odpowiedzi.

Ostatecznie pismem z dnia 22 lipca 2020 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia złożonych dokumentów w zakresie posiadanego doświadczenia o wykazanie doświadczenia polegającego na wykonaniu jednej roboty polegające na przebudowie, rozbudowie lub budowie budynku magazynowego lub garażowego o wartości nie mniejszej niż 600 000.00 zł brutto każda.

Wykonawca wybrany pismem z dnia 22 lipca 2020 r. (doręczenie 24 lipca 2020 r.) złożył uzupełniony wykaz doświadczenia wraz z dokumentami (umowa, aneks, protokół odbioru) ze wskazaniem, iż wykonał przebudowę części pomieszczeń na poziomie - 3.90 w budynku Biblioteki Uniwersyteckiej w Warszawie przy ulicy Dobrej 56/66 w celu ich dostosowania dla

potrzeb Magazynu Zwartego. III. Zamawiający wymagał doświadczenia polegającego na przebudowie, rozbudowie lub budowie budynku magazynowego lub garażowego o wartości nie mniejszej niż 600 000,00 zł brutto każda. Wykazane w piśmie z dnia 22 lipca 2020 roku doświadczenie dotyczy przebudowy części pomieszczeń w budynku a nie całego budynku. Wykazane doświadczenie nie spełnia wymogów SIWZ. Tak twierdzi odwołujący.

Na rozprawie stawający popierali swoje stanowiska.

Przystępujący w uzupełnieniu złożył w 3 egzemplarzach dokument, OPZ z 11.08.2015r., projekt wykonawczy przebudowa części pomieszczeń na poziomie -3.90 w budynku Biblioteki Uniwersyteckiej w Warszawie, w celu dostosowania dla potrzeb magazynu zwartego. Projekt wykonał projektant M. B. architekt Warszawa. Zawarty jest opis projektu wykonawczego łącznie wyciąg liczący 21 stron, za projektem wykonawczym znajduje się odpowiednio kosztorys sanitarny 2 strony, niskoprądowy 1 karta i elektryczny. Jest to zakres prac który wpisuje się w wymagania SIWZ pkt 6.1 ust 1 cz. 2 i odpowiada zakresowi faktycznie wykonanych robót.

Po przeprowadzonym postępowaniu dowodowym, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania, twierdząc „Przystępujący nie złożył wymaganego dokumentu w trybie wezwania art. 26 ust.3, który by potwierdzał wymagane do doświadczenia zawodowego wykonane prace polegające na budowie, przebudowie, rozbudowie budynku magazynowego lub garażowego. Jednocześnie powołuje się na postanowienia SIWZ, które w zakresie spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia zawodowego przewidywały roboty odnoszące się do budynku użyteczności publicznej o określonej wartości, a w kolejnej kategorii wymagały dwóch robót w zakresie budowy, przebudowy, rozbudowy budynku magazynowego lub garażowego, czego Przystępujący, wykonawca wybrany, nie wykazał będąc wezwanym w trybie art. 26 ust. 3, dlatego też, jeżeli chodzi o budynek użyteczności publicznej, to nie kwestionuje doświadczenia. Podkreśla, że biblioteka jest obiektem użyteczności publicznej, natomiast nie jest budynkiem magazynowym lub garażowym, nawet jeżeli zawiera w swoim obiekcie pomieszczenia magazynowe czy też garażowe. Tak więc w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust 3 nie spełnił Przystępujący postanowień SIWZ. Jednocześnie zwraca uwagę, że Zamawiający ustalił określone warunki i aktualnie rozmowy, dyskusje na ich temat, zmiany nie mogą mieć miejsca. Zamawiający musi przestrzegać, to co postanowił. Wykonawcy nie zwracali się o zmianę tych postanowień, w związku z tym wnosi o uwzględnienie odwołania. Magazyn, nawet zwarty, ale mieszczący się w siedzibie biblioteki jest nadal tylko częścią budynku użyteczności publicznej, tak więc, skoro Zamawiający wymagał jednoznacznie budynku użyteczność publicznej, a odrębnie o określonej wartości budynku garażowego lub magazynowego, to jednoznacznie określił

swoje wymagania. Dlatego też wnosi o nieprzyjęcie w poczet materiału dowodowego składanych na aktualnym etapie opisów przedmiotu zamówienia, projektu wykonawczego wraz z kosztorysami branżowymi, bo wykonawca wybrany, czyli przystępujący już był w trybie art. 26 ust 3 wzywany. Gdyby Izba przyjęła w poczet materiału dowodowego, to uważa, że przedstawione dokumenty jednoznacznie stwierdzają, że dot. one części pomieszczeń na poziomie -3.90 (poziom -1) w budynku jednak biblioteki uniwersyteckiej, czyli jest to pomieszczenie tzw. Magazyn zwarty, a nie obiekt, jak wymagał tego Zamawiający. Wynika to z pkt.2.2. na str. 5 projektu wykonawczego, podstawa opracowania, gdzie stwierdza się, że tematem jest Przebudowa części pomieszczeń biblioteki UW.(...) Zwraca uwagę, że dla rozstrzygnięcia znaczenie ma opis warunku, w którym użyto jednoznacznego pojęcia budynek magazynowy lub garażowy.(....).Odnosząc się do uzupełnionego doświadczenia budynku biblioteki UW, gdzie kręgielnię przebudowano na magazyn, to należy zwrócić uwagę, że nawet biorąc pod uwagę pierwotne przeznaczenie, jak się powołują stawający tego pomieszczenia na magazyn nie ma znaczenia wobec tego, że przebudowa nastąpiła z faktycznego użytkowania kręgielni na pomieszczenie magazynowe. Zwraca uwagę, że odnosząc się do pojęcia budynku, zarówno w znaczeniu potocznym jak i normatywnym, obiekt taki musi posiadać fundament, ściany i dach. W przeciwnym wypadku nastąpiłaby zmiana konkurencyjnych reguł postępowania. Jeżeli Zamawiający miałby prawo uwzględnić przedstawione doświadczenie przez wykonawcę wybranego, to w warunku nie powinno znajdować się słowo budynek.”

W ocenie Izby. Tak przedstawiona argumentacja odwołującego na rozprawie jest logiczna, przekonywująca, nawet bez posługiwania się jakimkolwiek definicjami zawartymi w prawie budowlanym. Potocznie każdy dorosły, nie posiadający nawet średniego wykształcenia człowiek rozróżnia pojęcie budynku od pomieszczenia. I tak można w budynku garażowym urządzić w jednym z pomieszczeń bibliotekę, co nie zmieni charakteru budynku, który zawierać będzie tylko pomieszczenie biblioteki i przez to pomieszczenie biblioteczne nie stanie się budynkiem biblioteki, tylko nadal pozostanie budynkiem garażowym. I odwrotnie jak miało to miejsce w przypadku wykonawcy wybranego. W budynku Biblioteki UW na ul. Dobrej w Warszawie w jego podziemiach znajduje się pomieszczenie magazynowe. Przez ten fakt Biblioteka Uniwersytecka nie staje się budynkiem magazynowym, a magazyn pozostaje nadal pomieszczeniem magazynowym w budynku Biblioteki Uniwersyteckiej.

Izba nie podziela argumentacji przystępującego, który między innymi na rozprawie podkreślał „Chciałby zwrócić uwagę, popierając stanowisko Zamawiającego, że

argumentacja używana przez pełnomocnika Odwołującego o tym, że przedmiotem zamówienia jest magazyn soli, a to wiadomo, że w drogownictwie jest to obiekt usytuowany odrębnie od innych budynków i chciałby stwierdzić, że magazyn soli jest wyłączony, co wynika ze szczegółowego OPZ pkt 3 SIWZ zdanie drugie str. 1, gdzie wręcz stwierdza się, że z inwestycji jest wyłączony magazyn soli, więc uważa argumentację odwołującego za bezprzedmiotową. Jednocześnie zwraca uwagę, że tam, gdzie przebudowana kręgielnia w budynku UW według projektu wykonawczego był przewidziany magazyn. W jego ocenie zakres prac przebudowy pomieszczeń magazynowych w obiekcie UW odpowiada wymogom warunku doświadczenia zawodowego.”

Podsumowując słusznie odwołujący stwierdza, że zamawiający powinien przestrzegać ustalonych przez siebie postanowień siwz. Nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia zawisłego przed Izłą sporu, że np. z przedmiotu zamówienia wyłączony będzie budynek soli. Skoro przystępujący uważał, że warunki doświadczenia zawodowego nie odpowiadają rodzajowo przedmiotowi zamówienia, czy też są nadmiernie wygórowane to powinien odwołać się w tym zakresie na etapie przed składaniem oferty. Zasada równego traktowania i przejrzystości z art.7 ust.1 PZP nie pozwala zmieniać warunków doświadczenia zawodowego po złożeniu ofert. Słusznie w tym miejscu odwołujący przywołał art.70¹§ 4 K.c.

Jak wskazuje art. 70¹ § 4 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie zgodnie, z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu k.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w s.i.w. z.

W tym stanie rzeczy, w myśl art.192 ust.2 PZP odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zamawiający naruszył przepisy wskazane w odwołaniu, co ma wpływ na wynik postępowania. Izba nie znajduje podstawy ani formalnej, ani prawnej do ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego wymagane doświadczenie zawodowe, skoro wykonawca wybrany był już wzywany do uzupełnienia w trybie art.26 ust.3 PZP.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 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 (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 10.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 10.000 zł 00 gr jako koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania. Pełnomocnik odwołującego nie złożył wniosku o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.

Przewodniczący: