

**WYROK**  
**z dnia 12 października 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę EXPERT Sp. z o.o. w Dolicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Szczecin przy udziale wykonawcy ADAMIETZ Sp. z o.o. w Strzelcach Opolskich przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę EXPERT Sp. z o.o. w Dolicach i zalicza na poczet kosztów kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (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 Szczecinie.

**Przewodniczący:**

.....

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

### **wyroku z dnia 12 października 2020 r. w sprawie o sygn. akt: 2045/20**

Zamawiający – Gmina Miasto Szczecin, Pl. Armii Krajowej 1 70-456 Szczecin, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa schroniska dla zwierząt bezdomnych w Szczecinie przy ul. Południowej”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 30 czerwca 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 556240-N-2020, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 21 sierpnia 2020 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca EXPERT Sp. z o.o., ul. Kolejowa 37, 73-115 Dolice (dalej zwany jako „odwołujący”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna): art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. – poprzez niezgodne z prawem odrzucenie oferty odwołującego w wyniku nieuzasadnionego i bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na przyjęcie, że: odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i przedstawiał zamawiającemu wszelkie wymagane i niezbędne informacje, które były prawdziwe, natomiast to zamawiający pozyskał samodzielnie od podmiotów trzecich informacje wprowadzające go w błąd.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz nakazanie ponownej oceny ofert złożonych w przetargu, z uwzględnieniem oferty odwołującego, jako niepodlegającego wykluczeniu i którego oferta nie podlega odrzuceniu, a także obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu wniesionego środka zaskarżenia odwołujący przywołał warunek udziału w przetargu z rozdziału V pkt 2 ppkt 2 lit. a2 SIWZ i wskazał, że pismem z dnia 28 lipca 2020 r. został wezwany przez zamawiającego, jako wykonawca, którego oferta została

oceniona najwyżej – w trybie art. 26 ust. 2 p.z.p. – do złożenia oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący przedstawił zamawiającemu sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ wykaz robót budowlanych z 30 lipca 2020 r. W pozycji 2 wykazu wskazano robotę budowlaną: Budowa Centrum Aktywności Lokalnej w Podjuchach w Szczecinie, powierzchnia zagospodarowania terenu 5284 m<sup>2</sup> obejmującym: niwelacje terenu, wykonanie dróg wewnętrznych, placów utwardzonych (np. parkingów) oraz elementów małej architektury. Podmiot zlecający prace TBS-Prawobrzeże, Szczecin, Winogronowa 11f. Miejsce wykonania Szczecin, Krzemienna 10. Termin wykonywania pracy 06.08.2018-19.06.2020. Wartość wykonanych prac brutto 9 643 860,01 zł.

Pismem z 4 sierpnia 2020 r. zamawiający – na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. – wezwał odwołującego do uzupełnienia w zakresie spełnienia spornego warunku. Zamawiający stwierdził, że według wykazu z dnia 30 lipca 2020 r. powierzchnia 5284 m<sup>2</sup> dotyczyła całej inwestycji, czyli również powierzchni zabudowy, kiedy w SIWZ określono, jakie elementy mają składać się na wymaganą powierzchnię 5000 m<sup>2</sup>, więc powierzchnia pod zabudowę nie stanowi elementu zagospodarowania terenu. W konsekwencji zamawiający wezwał do przedstawienia nowej roboty budowlanej, spełniającej stawiane wymagania.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący przedstawił nowy wykaz robót, zgodnie z którym „w ramach zadania i jednej umowy wykonywano roboty budowlane polegające na zagospodarowaniu terenu o powierzchni zagospodarowania terenu na działce o powierzchni: 5959,30 m<sup>2</sup> oraz 4133 m<sup>2</sup> obejmujące: niwelacje terenu (cały zakres powierzchni 4133 m<sup>2</sup> oraz część zakresu na działce o powierzchni 5959,30 m<sup>2</sup>), a także wykonanie dróg wewnętrznych, placów utwardzonych (parkingów) oraz elementów małej architektury - na powierzchni 5066,17 m<sup>2</sup> z terenu o powierzchni: 5959,30 m<sup>2</sup> (mapy geodezyjne z wyliczeniem powierzchni).” Do wykazu załączono mapy geodezyjne.

Odwołujący zauważył także, iż zamawiający wystąpił do inwestora w zakresie ww. inwestycji, który odpowiedział pismem z dnia 13 sierpnia 2020 r.

W dniu 18 sierpnia 2020 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, podając jako podstawę art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p. i wyjaśniając, że odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 p.z.p., a oferta wykonawcy wykluczonego, stosownie do art. 24 ust. 4 p.z.p., uważana jest za odrzuconą. Uzasadniając ww. czynność zamawiający stwierdził, że opisywana powyżej robota budowlana nie mogła świadczyć o spełnieniu warunku udziału przewidzianego w SIWZ (brak właściwej powierzchni), a nadto stan faktyczny różni się od informacji przekazanych przez inwestora, przy czym informacje przedstawione przez odwołującego mogły wprowadzać w błąd

zamawiającego, który na ich podstawie mógł stwierdzić spełnienie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie odwołującego czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu jego oferty jest niezgodna z prawem, ponieważ przesłanką odrzucenia oferty na tej podstawie jest okoliczność, że oferta „została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert”. Taka sytuacja nie ma jednak w niniejszej sprawie miejsca. Zdaniem odwołującego przywołane przez zamawiającego podstawy prawne (art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 p.z.p.) w okolicznościach sprawy nie znajdują podstaw faktycznych do zastosowania. Jedynym kwestionowanym i przywołanym w uzasadnieniu odrzucenia oferty warunkiem udziału w postępowaniu, jakiego rzekomo odwołujący nie spełnia i nie spełniał, jest warunek określony w rozdziale V pkt 2 ppkt 2 lit. a2 SIWZ, a konkretnie jedna z przedstawionych przez odwołującego robót - robota budowlana dotycząca wykonania inwestycji „Budowa Centrum Aktywności Lokalnej w Podjuchach w Szczecinie” (dalej: „CAL”), wskazana pod poz. 2 wykazu robót.

Według odwołującego zamawiający z powierzchni zagospodarowania terenu inwestycji CAL bezzasadnie wyłącza powierzchnię zabudowy, ponieważ zgodnie z SIWZ do „zagospodarowania terenu” wliczać należy m.in. „niwelowanie terenu”. Tymczasem grunt, na którym powstał w późniejszym okresie budynek, wymagał przeprowadzenia prac przygotowawczych, w tym niwelowania terenu. Dlatego w tym zakresie czynność zamawiającego jest niezgodna z prawem. Ponadto zamawiający bezzasadnie, opierając się na piśmie inwestora z 13 sierpnia 2020 r., nie uwzględnił powierzchni 4133 m<sup>2</sup>, tj. powierzchni, na której odwołujący w ramach realizacji inwestycji CAL przeprowadził roboty zagospodarowania terenu na działce nr 7/13, obręb 4112.

Odwołujący dodał, że w ramach realizacji inwestycji CAL wykonał roboty budowlane polegające na zagospodarowaniu terenu na działce o powierzchni: 5959,30 m<sup>2</sup> oraz 4133 m<sup>2</sup> obejmujące: niwelacje terenu, cały zakres powierzchni 4133 m<sup>2</sup> oraz część zakresu na działce o powierzchni 5959,30 m<sup>2</sup>, a także wykonał drogi wewnętrzne, place utwardzone (parkingi) oraz elementy małej architektury - na powierzchni 5066,17 m<sup>2</sup> z terenu o powierzchni: 5959,30 m<sup>2</sup> (mapy geodezyjne z wyliczeniem powierzchni - dokument: „opracowanie Geonova geodeta uprawniony mgr inż. B. W. potwierdzające zakres faktycznego zagospodarowania terenu na działkach 81/12, 81/34 i 82 /4 obr. 4121 oraz działce 7/13 obrębu 4112”). Zgodnie z dokumentacją przetargową SIWZ dla inwestycji CAL przewidziano zakres robót w ten sposób, że zasadnicza inwestycja miała się odbywać na działkach numer: 81/12, 81/34 i 82/4 obr. 4121, których powierzchnia wynosiła 5284 m<sup>2</sup>. Zgodnie jednak z projektem wykonawczym Centrum Aktywności Lokalnej w Podjuchach - projekt zagospodarowania terenu i małej architektury oraz zieleni - TOM 1.1.1. pkt 3.4. zieleni: „Na pozostałym terenie zielonym należy zachować istniejącą zieleni i dowiązać się z

projektowaną zielenią do istniejących trawników, uporządkować teren, a w przypadku uszkodzeń oraz zniszczeń spowodowanych pracami budowlanymi, dokonać odtworzenia trawników przez wykonanie mikroniwelacji, humusowania oraz obsiania trawą.” Dlatego też powierzchnia zagospodarowanej ostatecznie działki wyniosła aż 5959,30 m<sup>2</sup> i jest inna, niż planowana projektowana powierzchnia 5284 m<sup>2</sup>, a wynika to z obowiązku dowiązania się rzędnymi wysokościowymi do istniejącego terenu. Nie można było przecież pozostawić terenu działek, na których wykonano obiekt Centrum Aktywności Lokalnej w Podjuchach, na innej rzędnej wysokościowej, niż działki w bezpośrednim sąsiedztwie, co potwierdza geodeta w dokumencie opracowanie Geonova.

Dodatkowo w zakresie robót przewidziano także do wykonania roboty związane z zagospodarowaniem terenu na działce 7/13 obrębu 4112, która to działka pozostawała w bezpośrednim sąsiedztwie inwestycji. W SIWZ dla tego postępowania wskazano: „zestawienie robót koniecznych do wykonania w ramach wywozu mas ziemnych na działkę nr 7/13 obręb 4112 przy ul. Karpiej (materiał pomocniczy)”: zabezpieczenie drzew, mechaniczne karczowanie drzew z cięciem piłą mechaniczną, mechaniczne karczowanie pni, wywożenie karpiny, wywożenie dłuźyc, wywożenie gałęzi, roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi z transportem urobku samochodami, roboty ziemne - formowanie nasypów i wykonanie koparkami z rozplantowaniem dostarczonego urobku przeznaczonego formowania. W konsekwencji w kosztorysie ofertowym wyszczególniono w poz. 11 - 22 roboty dotyczące właśnie zagospodarowania terenu, w tym: mechaniczne karczowanie drzew z cięciem piłą mechaniczną, mechaniczne karczowanie pni, wywożenie karpiny, wywożenie dłuźyc, wywożenie gałęzi, zabezpieczenie drzew, usunięcie warstwy ziemi urodzajnej (humusu) za pomocą spycharek (chodnik z płyt betonowych, betonu czesanego, ścieżki w parku), roboty ziemne wykonywane ładowarkami kołowymi z transportem urobku.

W piśmie z dnia 8 lutego 2018 r. zwrócono uwagę, że w ramach przedmiotowej inwestycji odwołujący miał wykonać czynności zagospodarowania terenu - „miejscowe podniesienie rzędnej terenu na wybranych fragmentach”, a masy ziemne, które mogły być składowane na terenie działki 7/13, obręb 4112, miały spełniać wytyczne obejmujące m.in.: „należy przygotować wskazany teren, tj. oczyścić go oraz usunąć istniejące na terenie krzewy”, „masy gruntowe humusu oraz humusu przemieszanego z piaskiem należy rozplantować”, „zwałowiska należy uformować”. Pismem z dnia 26 listopada 2018 r. odwołujący zwrócił się o odbiór mas ziemnych na działce 7/13, obręb 4112. Odwołujący wykonał należycie roboty objęte inwestycją CAL, w tym prace na działce 7/13, obręb 4112. Dnia 1 lutego 2019 r. przeprowadzono wizję lokalną przy udziale przedstawicieli inwestora, zarządcy nieruchomości oraz odwołującego. Z wizji sporządzono notatkę służbową, w której stwierdzono, że „po dokonaniu wizji lokalnej przedmiotowej działki oraz sposobu jej zagospodarowania z wykorzystaniem ziemi przewiezionej przez wykonawcę z budowy CAL

stwierdzono” m.in.: prace przeprowadzono zgodnie z obowiązującymi przepisami i normami w tym zakresie oraz przy zachowaniu zasad bezpieczeństwa, wykonawca przygotował teren działki 7/13 tj. oczyścił go oraz usunął zbędne na terenie krzewy, grunt pochodzący z wykopu pod budynek CAL rozplantowano na terenie działki nr 7/13 do poziomu zgodnie z załączoną inwentaryzacją geodezyjną. W notatce odnotowano również, że „przedstawiciel zarządcy terenu nie wnosi uwag”. Notatkę - bez uwag i zastrzeżeń - podpisali przedstawiciele odwołującego, inwestora i zarządcy.

Dowody: dokument „zestawienie robót koniecznych do wykonania w ramach wywozu mas ziemnych na działkę nr 7/13 obręb 4112 przy ul. Karpiej (materiał pomocniczy)”, dokument „opracowanie Geonova geodeta uprawniony mgr inż. B. W. potwierdzające zakres faktycznego zagospodarowania terenu na działkach 81/12, 81/34 i 82 /4 obr. 4121 oraz działce 7/13 obrębu 4112”, dokument „kosztorys ofertowy zagospodarowanie terenu”, kosztorys ofertowy zagospodarowanie terenu, pismo z 8 lutego 2018 r. z załącznikiem, pismo z 26 listopada 2018 r. z załącznikiem, notatka służbowa z 1 lutego 2019 r. z załącznikiem. Wszystkie złożone na potwierdzenie okoliczność faktycznych spełnienia przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu, tj. należytego wykonania robót spełniających wymogi określone w SIWZ, przedstawiania zamawiającemu przez odwołującego prawdziwych informacji, a tym samym braku podstaw do wykluczenia odwołującego oraz odrzucenia jego oferty. Zdaniem odwołującego dokumenty te jednoznacznie potwierdzają zarówno fakt wykonania spornych robót, ich charakter odpowiadający zakresowi zagospodarowania terenu wedle SIWZ, jak również fakt należytego ich wykonania. Zasadnicze znaczenie w tym zakresie posiada notatka służbowa z 1 lutego 2019 r., która potwierdza stanowisko odwołującego w niniejszej sprawie i czyni odrzucenie jego oferty bezpodstawnym.

W opinii odwołującego nieuprawnione jest także zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., ponieważ przedstawił on zamawiającemu informacje zgodne ze stanem rzeczy i nie można wnioskować jakoby mogły one wprowadzić w błąd. Przeciwnie, z załączonych do odwołania dowodów, w szczególności z notatki służbowej z 1 lutego 2019 r., wynika, że to inwestor - TBZ Prawobrzeże Sp. z o.o., w piśmie z dnia 13 sierpnia 2020 r., przekazał zamawiającemu nieprawdziwe informacje, wprowadzające w błąd. Niezrozumiałe pozostaje, z jakich względów inwestor w piśmie z 13 sierpnia 2020 r. *de facto* zaprzecza notatce z 1 lutego 2019 r., która została - bez uwag - podpisana przez jego przedstawicieli, jak również przedstawicieli zarządcy terenu. Ponadto inwestor nie komunikował odwołującemu żadnych zastrzeżeń co do wykonanych prac dotyczących działki nr 7/13, obręb 4112.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający uwzględni odwołanie w całości.

Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę ADAMIETZ Sp. z o.o., ul. Braci Prankel 1, 47-100 Strzelce Opolskie (dalej zwanego jako „przystępujący”), zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania i przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

**Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem procesowym przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku przetargu oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła dalej, że nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy. Jak również, w ocenie składu orzekającego, odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia, zgodnie z przesłankami art. 179 ust. 1 p.z.p.

W oparciu o akta sprawy odwoławczej Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia – okoliczności te nie były sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego.

1. Zgodnie z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:
  - a) w pkt 2 rozdziału V SIWZ zamawiający określił warunki udziału w przetargu, w tym w ppkt 2 lit. a2 dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w postaci wymogu wykazania, że wykonawca wykonał „dwie roboty budowlane, z których każda polegała na zagospodarowaniu terenu o powierzchni min. 5.000 m<sup>2</sup> obejmującym: niwelacje terenu, wykonanie dróg wewnętrznych, placów utwardzonych (np. parkingów) oraz elementów małej architektury”;
  - b) na potwierdzenie spełnienia ww. warunku zamawiający żądał wykazu robót budowlanych z załączeniem dowodów, określających czy roboty zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone; przy czym dowodami są referencje, bądź inne dokumenty, wystawione przez

podmiot na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty (lit. c ppkt 2 pkt 5 rozdziału V SIWZ);

2. Oświadczenia i dokumenty złożone przez odwołującego dotyczące spornej roboty budowy Centrum Aktywności Lokalnej w Podjuchach (dalej zwanej jako „inwestycja CAL”):

a) w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 28.07.2020 r., wystosowane na podstawie art. 26 ust. 2 p.z.p., odwołujący złożył wykaz robót budowlanych, gdzie w pozycji nr 2, dotyczącej inwestycji CAL, wskazano: „powierzchnia zagospodarowania terenu 5284 m<sup>2</sup> obejmującym: niwelacje terenu, wykonanie dróg wewnętrznych, placów utwardzonych (np. parkingów) oraz elementów małej architektury. Podmiot zlecający prace TBS-Prawobrzeże, Szczecin, Winogronowa 11f. Miejsce wykonania Szczecin, Krzemienna 10. Termin wykonywania pracy 06.08.2018-19.06.2020. Wartość wykonanych prac brutto 9 643 860,01 zł”;

Odwołujący złożył także protokół odbioru końcowego przedmiotu umowy nr 26/18 z dnia 31.07.2018 r., sporządzony w dniu 19.06.2020 r.;

b) wezwaniem w trybie naprawczym, z 04.08.2020 r., na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p., zamawiający wskazał, że w celu wykazania warunku w przetargu wskazano inwestycję CAL obejmującą także powierzchnię zabudowy, zaś „zamawiający w warunku jednoznacznie wskazał jakie elementy mają składać się na powierzchnię co najmniej 5000 m<sup>2</sup> i były to: niwelacje terenu, wykonanie dróg wewnętrznych, placów utwardzonych (np. parkingów) oraz elementów małej infrastruktury”, więc powierzchnia zabudowy nie stanowi elementu zagospodarowanie terenu, a ze złożonego przez odwołującego dokumentu wynika, że zagospodarowanie terenu nie wyniosło 5000 m<sup>2</sup>;

W odpowiedzi na powyższe odwołujący złożył nowy wykaz, gdzie w zakresie inwestycji CAL podano: „w ramach zadania i jednej umowy wykonano roboty budowlane polegające na zagospodarowaniu terenu o powierzchni zagospodarowania terenu na działce o powierzchni: 5959,30 m<sup>2</sup> oraz 4133 m<sup>2</sup> obejmujące: niwelacje terenu (cały zakres powierzchni 4133 m<sup>2</sup> oraz część zakresu na działce o powierzchni 5959,30 m<sup>2</sup>), a także wykonanie dróg wewnętrznych, placów utwardzonych (parkingów) oraz elementów małej architektury - na powierzchni 5066,17 m<sup>2</sup> z terenu o powierzchni: 5959,30 m<sup>2</sup> (mapy geodezyjne z wyliczeniem powierzchni)”;



Odwołujący ponownie złożył protokół odbioru końcowego z 19.06.2020 r. dotyczący umowy nr 26/18. Dołączono także dwie mapy geodezyjne;

3. Informacją z dnia 18.08.2020 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego i wykluczył tego wykonawcę z postępowania.

Stan faktyczny sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena prawna oferty przystępującego. Postawione przez odwołującego zarzuty sprowadzały sprawę do rozstrzygnięcia, czy zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny i badania oferty odwołującego, w wyniku której wykluczył wykonawcę z przetargu (art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 p.z.p.), w następstwie czego także odrzucił jego ofertę (art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p.).

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku przetargu pomiędzy zamawiającym a odwołującym, a także inwestorem zastępczym inwestycji CAL, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. Zatem odwołanie nie posiada uzasadnionych podstaw i jako takie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone. Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił ofertę odwołującego i wykluczył go z przetargu oraz odrzucił jego ofertę, zaś odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnej.

Z materiału procesowego wynika, że w postępowaniu odwołujący nie wykazał wymaganych zdolności zawodowych, więc nie udowodnił spełnienia warunku z lit. a2 ppkt 2 pkt 2 rozdziału V SIWZ, przywołanego w lit. a pkt 1 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia, a także przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, dotyczące inwestycji CAL.

Na pierwsze wezwanie zamawiającego odwołujący wraz z wykazem robót przedłożył protokół odbioru, z którego wynika znacząco mniejsza powierzchnia zagospodarowania terenu (3930,13 m<sup>2</sup>), niż ta wskazana przez wykonawcę w wykazie (5284 m<sup>2</sup>). Zsumowanie wartości ze str. 3 protokołu wskazuje o ponad 1000 m<sup>2</sup> mniejszą powierzchnię zagospodarowania terenu budowy CAL.

Zamawiający, wezwaniem z 4 sierpnia 2020 r., wystosowanym w trybie naprawczym, wskazał, że przedstawiona przez wykonawcę robota z poz. 2 o powierzchni 5284 m<sup>2</sup> jest powierzchnią całej inwestycji, obejmującą powierzchnię zabudowy. Następnie przytoczono

warunek udziału w przetargu i skonstatowano, że powierzchnia zabudowy nie stanowi elementu zagospodarowania terenu, zatem wzywa się wykonawcę do przedstawienia nowej pracy, polegającej na zagospodarowaniu terenu obejmującym: niwelację terenu, wykonanie dróg wewnętrznych, placów utwardzonych (np. parkingów) oraz elementów małej architektury.

Warto nadmienić, że odwołujący nie zaskarżył wezwania zamawiającego we właściwym zawitym terminie – pięciu dni od dnia powzięcia informacji o czynności zamawiającego. W żaden sposób nie polemizowano ze stanowiskiem, że teren pod zabudowę budynku CAL nie mieści się w wymaganiach zamawiającego, a wezwanie do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. jest bezpodstawne. Takiego zarzutu także nie postawiono w rozpoznawanym odwołaniu, w którym skupiono się na pracach na działce 7/13 obr. 4112 (działka przy ul. Karpiej w Szczecinie), a o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia orzeczenia. Ponadto, taka argumentacja, dotycząca sporu co do rozumienia przedmiotowego warunku, byłaby na obecnym etapie spóźniona i jedynie ukierunkowana na poprawę sytuacji procesowej odwołującego. Nie zaskarżono wezwania w trybie uzupełniającym, nie wskazywano na niejasne sformułowanie warunku, czy jakiegokolwiek wątpliwości co do możliwości zaliczenia terenu powierzchni zabudowy, odwołujący nie zakwestionował wezwania i zdecydował się na podanie w wykazie nowych informacji, których charakter jest istotą rozpoznawanego sporu.

W odpowiedzi na wezwanie w trybie naprawczym odwołujący przedłożył zmieniony wykaz, ale nie przedłożono nowego dokumentu pochodzącego od podmiotu, na rzecz którego roboty zostały wykonane, a dodatkowo odwołujący złożył dwie mapki geodezyjne (które nie są dokumentami wskazanymi w § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2020 r., poz. 1282), dalej zwanego jako „rozporządzenie ws. dokumentów”, jak również odwołujący w toku przetargu nie zgłaszał, że z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze nie jest w stanie uzyskać dokumentów od podmiotu dla którego wykonał prace).

W drugim wykazie odwołujący odszedł od wskazania „powierzchni zagospodarowania 5284 m<sup>2</sup>” w zakresie inwestycji CAL, a wskazał teren działki tej inwestycji (5959,30 m<sup>2</sup>) łącząc go z terenem działki 4133 m<sup>2</sup> (roboty na działce przy ul. Karpiej w Szczecinie) – zabieg ten sprawiał wrażenie połączenia prac na działce 7/13 obr. 4112 z pracami zagospodarowania terenu w ramach umowy dotyczącej budowy CAL. Odwołujący także nie przedstawił żadnego dokumentu dotyczącego zakresu prac na działce 4133 m<sup>2</sup>, w przetargu złożono ponownie protokół odbioru inwestycji CAL, sprawiając wrażenie jakoby to była jedność.

Nadal więc zamawiający dysponował rozbieżnym wykazem i protokołem odbioru, wobec czego zwrócono się do inwestora zastępczego inwestycji CAL, Towarzystwa Budownictwa Społecznego „Prawobrzeże” Sp. z o.o. w Szczecinie (dalej zwanego jako „TBS”) o wyjaśnienie tej kwestii (*vide* str. 2 informacji z 18.08.2020 r.). Pismem z dnia 13 sierpnia 2020 r. TBS poinformował, że sam teren inwestycji to 5284 m<sup>2</sup>, wskazano powierzchnię zabudowy, powierzchnię wyłączoną z zamówienia oraz dodano, że łączna powierzchnia terenu inwestycji objętego umową na roboty budowlane z odwołującym (bez powierzchni zabudowy), po aneksie, wyniosła 3950,14 m<sup>2</sup>. Dodatkowo inwestor zastępczy zaznaczył, że działka 7/13 z obr. 4112, teren przy ul. Karpiej w Szczecinie, to – zgodnie z załącznikiem nr 4 umowy dotyczącej inwestycji CAL – teren, gdzie przewidziano możliwość wywozu nadmiaru gruntu uzyskanego w wyniku robót ziemnych na terenie budowy CAL. Odwołujący skorzystał z możliwości składowania i przewiózł nadmiar ziemi na rzeczoną działkę, wykonał rozplanowanie bez uprzednich uzgodnień z zarządcą terenu i niezgodnie z zapisami i wytycznymi SIWZ.

W wyniku odpowiedzi TBS, zawiadomieniem z dnia 18 sierpnia 2020 r., zamawiający odrzucił ofertę odwołującego i wykluczył go z przetargu.

Należy zauważyć, że w toku badania i oceny ofert odwołujący nie przedstawił żadnego dokumentu spełniającego wymagania § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia ws. dokumentów, czyli pochodzącego od inwestora budowy CAL w zakresie działki 7/13 obr. 4112 (przy ul. Karpiej w Szczecinie). Jedyne złożony dokument, czyli protokół odbioru z 19 czerwca 2020 r., nie dotyczy tej działki, zatem nie potwierdza doświadczenia wskazanego w wykazie robót. Ponadto inwestor w piśmie z dnia 13 sierpnia 2020 r. jednoznacznie wskazał, że wykonane przez wykonawcę roboty na tej działce to składowanie nadmiaru ziemi. Nie jest to więc czynność zagospodarowania terenu, o której mowa w warunku udziału w przetargu, bowiem zgodnie z brzmieniem SIWZ (*vide* lit. a pkt 1 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) przez wymagane zagospodarowanie terenu na kanwie SIWZ rozumie się zamknięty katalog czynności, tj. wykonanie: niwelacji terenu, dróg wewnętrznych, placów utwardzonych (np. parkingów) oraz elementów małej architektury. Nie jest to dowolne, wykładane potocznie zagospodarowanie działki, a konkretne czynności, jednoznacznie wyliczone przez jednostkę zamawiającą w dokumentacji postępowania.

Okoliczność, że składowanie gruntu na działce 7/13 obr. 4112 nie stanowi zagospodarowania terenu w ramach inwestycji CAL, rozumianego tak jak czynności wskazane w warunku udziału w postępowaniu, potwierdza brzmienie umowy z dnia 31 lipca 2018 r. nr 26/18, zawartej pomiędzy odwołującym a zamawiającym, w imieniu którego działał TBS. Umowa ta dotyczy budowy CAL. Zgodnie z pkt 12 str. 3 i pkt 33 str. 16 załącznika nr 4 rzeczony umowy wykonawca miał obowiązek wywozu nadmiaru gruntu uzyskanego w wyniku robót ziemnych. Zamawiający wskazał na możliwość wywozu mas ziemnych na

teren działki 7/13 obr. 4112, gdzie wykonawca winien opracować plan wykonania i zabezpieczenia robót ziemnych, a następnie przywrócić teren do stanu pierwotnego i przekazać zarządcy za protokołem zdawczo-odbiorczym. I takie prace zostały wykonane na działce 7/13 obr. 4112, co wynika z notatki służbowej z 1 lutego 2019 r., z wizji lokalnej stanu terenu ww. działki po przewiezieniu przez wykonawcę nadmiaru ziemi z budowy CAL i zagospodarowaniu jej na terenie działki. Wykonawca przygotował teren działki, oczyścił go i usunął zbędne krzewy oraz rozplantował grunt, co wykonano zgodnie z przepisami i normami, przy zachowaniu zasad bezpieczeństwa, bez uwag przedstawiciela zarządcy. Fakt składowania gruntu na przedmiotowej działce został także potwierdzony przez TBS w piśmie z 21 sierpnia 2020 r., jednakże żaden dokument, który zamawiający uzyskał od inwestora zastępczego, ani te przedstawione przez odwołującego, nie potwierdzają, że wykonano tam prace zawierające się w brzmieniu warunku udziału w przetargu.

Wykonane na działce przy ul. Karpiej w Szczecinie składowanie mas ziemnych nie są to prace wchodzące w przedmiot zamówienia inwestycji CAL określony w § 1 umowy, gdzie w szczególności w ust. 2 pkt 9 tego paragrafu, opisano czynności dotyczące zagospodarowanie terenu tej inwestycji, tj. m.in. wykonanie dojazdów, miejsc parkingowych, itd., czyli te czynności, które mieszczą się w brzmieniu omawianego warunku postępowania. Jednakże to nie takie prace zostały wykonane na działce 7/13 obr. 4112, co potwierdza notatka z 1 lutego 2020 r., a co spójnie wynika z braku takich prac w dokumentach dotyczących budowy CAL, czyli z protokołu odbioru z 19 czerwca 2020 r., decyzji przedstawionej przez inwestora zastępczego nr 33/CP/2017 o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego polegającej na budowie CAL z 3 listopada 2017 r. i decyzji z 16 czerwca 2020 r. w przedmiocie pozwolenia na użytkowanie CAL, złożonej przez odwołującego. Protokół odbioru i obie decyzje w przedmiocie inwestycji CAL nie dotyczą działki 7/13 obr. 4112. Odwołujący nie wykazał także, aby doszło do zmiany umowy, zmian powyższych decyzji, czy że uzyskano zamienne pozwolenie na budowę, nowy plan zagospodarowania czy jakichkolwiek okoliczności, które pozwoliłyby uznać jego stanowisko o włączeniu robót na działce przy ul. Kruczej w Szczecinie w zagospodarowanie terenu inwestycji CAL za uzasadnione. Wprost przeciwnie, złożony protokół odbioru i umowa jednoznacznie wskazują, że nie ma żadnych podstaw do stwierdzenia, iż w ramach robót ziemnych na działce 7/13 obr. 4112 wykonano zagospodarowanie terenu, o którym mowa w warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący zapytany na rozprawie o rozbieżność w klasyfikacji prac wskazał, że być może wynika to z obawy przed zapłatą za prace dodatkowe, co w ocenie Izby nie jest wiarygodne, skoro nie udowodniono, że do takich prac doszło. Odwołujący stwierdza w wykazie robót, że wykonał niwelację terenu 4133 m<sup>2</sup> (działka 7/13 obr. 4112) nie udowadniając tej okoliczności, a czemu przeczą dokumenty od inwestora zastępczego, czyli

pochodzące od podmiotu, na rzecz którego wykonano prace (§ 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia ws. dokumentów), które opisano powyżej.

Odwołujący na rozprawie przedłożył protokoły konieczności, dotyczące prac dodatkowych w ramach umowy nr 26/18, tym niemniej żaden z nich nie obejmuje spornych robót na przedmiotowej działce, są więc one nieprzydatne dla rozstrzygnięcia, pomijając już że dwa z pięciu protokołów są niepodpisane, są to niezatwierdzone projekty dokumentów, nie posiadające żadnej mocy dowodowej. Natomiast złożony wraz z odwołaniem kosztorys ofertowy zagospodarowania terenu jest dokumentem wtórnym wobec treści umowy nr 26/18. Mapy, zdjęcia oraz zestawienie robót i pismo z 8 lutego 2020 r. dotyczące wytycznych przy składowaniu mas ziemnych, także nie wykazują, że doszło do wykonania prac wyliczonych w warunku udziału w przetargu. Zdaje się, że umknęło uwadze odwołującego, iż istotnym jest wykazanie faktycznych prac, które zrealizowano, istotnych dla sporu, zawierających się w warunku postępowania, w tym wykonaniu niwelacji działki, a nie jakichkolwiek robót, czy planowanych prac (pismo z 8 lutego 2020 r.).

Konkludując, Izba stwierdziła, że nie wykazano, aby odwołujący wykonał zagospodarowanie terenu obejmujące prace wskazane w warunku zdolności technicznej i zawodowej, z lit. a2 ppkt 2 pkt 2 rozdziału V SIWZ, na terenie 4133 m<sup>2</sup> (działka przy ul. Karpięj w Szczecinie), tak jak oświadczył w wykazie robót, zaś oświadczenie inwestora zastępczego o składowaniu przez odwołującego ziemi na przedmiotowym terenie koresponduje ze spójnym materiałem dowodowym. Jak również TBS nie potwierdził jakoby w ramach tej inwestycji dokonano zagospodarowania terenu powierzchni 5066,17 m<sup>2</sup>, zaś odwołujący nie zdecydował się na podjęcie próby udowodnienia tej okoliczności. Zatem zamawiający, działając na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., prawidłowo wykluczył odwołującego z przetargu z powodu niewykazania posiadania odpowiedniej zdolności podmiotowej, co powoduje także odrzucenie oferty zgodnie z art. 24 ust. 4 p.z.p. Można nadmienić, że jednostka zamawiająca niepotrzebnie powołała się także na art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p., dotyczący trybów etapowych, a takim nie jest przetarg nieograniczony, co jednak w żaden sposób nie wpływa na prawidłowość decyzji zamawiającego.

Ustalony stan rzeczy poddaje się również kwalifikacji przez pryzmat art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Więc dla zastosowania omawianej normy muszą zaistnieć łącznie następujące przesłanki: 1) przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, wprowadzającej zamawiającego w błąd, 2) przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa, 3) informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Wprowadzenie zamawiającego w błąd polegało na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w zakresie spełnienia warunku udziału w przetargu, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią wykazu robót budowlanych, a rzeczywistością. Przedstawione przez odwołującego informacje nie zostały potwierdzone przez podmiot, na rzecz którego prace zostały wykonane, a także materiał dowodowy wprost wykazał, że nie były to prace, których wykonanie oświadczone w wykazie. Zamawiający prawidłowo przyjął, że do przedstawienia nieprawdziwych informacji doszło w warunkach winy nieumyślnej, z powodu daleko niedbałego działania odwołującego, którego czynności należy oceniać przez pryzmat podwyższonego miernika staranności, ponieważ jak wynika ze złożonej oferty wykonawca od co najmniej kilku lat zawodowo działa na rynku budowlanym, w tym w ramach zamówień publicznych. Odwołujący nie zabezpieczył spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu i lekkomyślnie potwierdził okoliczność nierzeczywistą w złożonym wykazie robót. Informacja ta mogła mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego w przetargu, bowiem dotyczy zdolności wykonania zamówienia, a więc wprost stanowi o sklasyfikowaniu odwołującego jako wykonawcy posiadającego wymaganą w przetargu zdolność podmiotową, a przy tym odwołujący zaoferował najkorzystniejszą ofertę w kryteriach oceny ofert. Gdyby odwołujący nie wprowadził zamawiającego w błąd miał realne szanse na wygranie postępowania. W konsekwencji powyższego skład orzekający stwierdził, iż zamawiający prawidłowo wykluczył odwołującego z postępowania, z powodu ziszczenia się przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p.

Jedynie na marginesie należy zauważyć, że odwołujący na rozprawie formułował dodatkowe, nieujęte w odwołaniu zarzuty naruszenia przez zamawiającego § 2 ust. 6 i § 10 ust. 2 rozporządzenia ws. dokumentów, że to zamawiający – jako inwestor inwestycji CAL, gdzie TBS działał jako inwestor zastępczy – powinien być w posiadaniu dokumentów z § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia dotyczących budowy CAL. Po pierwsze, zarzuty formułowane ponad odwołanie są zarzutami spóźnionymi. Po drugie, zamawiający zwrócił się do TBS w tym zakresie, w wyniku czego otrzymał informację z 13 sierpnia 2020 r. (a później z 21 sierpnia 2020 r.), z której wynika, że TBS nie potwierdza posiadania przez odwołującego wymaganego w przetargu doświadczenia. Skoro zatem pozyskane przez zamawiającego dokumenty i oświadczenia spowodowały eliminację odwołującego z postępowania – co wynika wprost ze str. 2 informacji o wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty z przetargu, trudno byłoby uznać stanowisko o zaniechaniu w tym zakresie za uzasadnione.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych

w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, obciążając odwołującego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez wykonawcę wpis.

**Przewodniczący:**

.....