

Sygn. akt: KIO 82/18

WYROK
z dnia 24 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 stycznia 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **15 stycznia 2018 r.** przez firmę: **LK INWEST Sp. z o.o., ul. Tadeusza Boya-Żeleńskiego 40/42, 51-160 Wrocław**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Milicz, ul. Trzebnicka 2, 56-300 Milicz**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **LK INWEST Sp. z o.o., ul. Tadeusza Boya-Żeleńskiego 40/42, 51-160 Wrocław**,
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000,00 zł** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **LK INWEST Sp. z o.o., ul. Tadeusza Boya-Żeleńskiego 40/42, 51-160 Wrocław**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego: **LK INWEST Sp. z o.o., ul. Tadeusza Boya-Żeleńskiego 40/42, 51-160 Wrocław** na rzecz zamawiającego: **Gminy Milicz, ul. Trzebnicka 2, 56-300 Milicz** kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., 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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Rozbudowa budynku szkoły podstawowej nr 2 o salę gimnastyczną wraz z zapleczem socjalno-sanitarnym i niezbędną infrastrukturą techniczną” (ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych: Nr pozycji: 502658-N-2018 z dnia 09.01.2018 r.), w dniu 15 stycznia 2018 r. zostało wniesione w postaci elektronicznej odwołanie przez firmę LK INWEST Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, (dalej zwaną także „odwołującym”) - wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej także SIWZ), opublikowanej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 9 stycznia 2018 r. W kopii odwołanie przekazano zamawiającemu z zachowaniem terminu ustawowego.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 15 stycznia 2018 r. przystąpienia do postępowania odwoławczego nie złożył w trybie art. 185 ustawy Prawo zamówień publicznych żaden wykonawca.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołanie wniesiono w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz zarzuty dotyczą określenia warunków udziału w postępowaniu, zatem odwołanie jest dopuszczalne na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 2 tej ustawy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Gminie Milicz naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej „ustawą Pzp,” tj.:

Zarzut I naruszenia przez zamawiającego art. 36a ust. 1 i ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie w SIWZ oraz ogłoszeniu wymogów udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób uniemożliwiający złożenie oferty na wykonanie zamówienia publicznego na skutek ograniczenia możliwości skorzystania z doświadczenia zdobytego przy wykonaniu innych zamówień publicznych, które wykonawca realizował również przy pomocy podwykonawców.

Zarzut II naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1a Pzp poprzez jego niezastosowanie i sformułowanie w SIWZ oraz ogłoszeniu wymogów udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób sprzeczny z zasadą proporcjonalności.

Mając powyższe zarzuty na uwadze odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. Dokonania modyfikacji SIWZ oraz ogłoszenia poprzez uchylenie wymogu zdolności technicznej „osobistego (bez udziału podwykonawców)” wykonania dwóch odrębnych robót budowlanych (zadań) sprecyzowanych bliżej w SIWZ oraz ogłoszeniu,
2. i w konsekwencji wnosił by Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zastąpienie wymogu w zakresie zdolności technicznej sformułowanego w pkt 7.1 lit. A ppkt 1 SIWZ (s. 9) i sekcja III.1.3 ogłoszenia o następującej treści:
 - „osobistego (bez udziału Podwykonawców) wykonania, co najmniej dwóch odrębnych robót budowlanych (zadań), polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie budynków użyteczności publicznej, w tym co najmniej jednego budynku przeznaczonego na cele sportu i rekreacji, o powierzchni zabudowy co najmniej 500 m² i wartości nie niższej niż 6.000.000,00 zł brutto (słownie: sześć milionów złotych brutto) każda z robót,” wymogiem o następującej treści:
 - „wykonania, co najmniej dwóch odrębnych robót budowlanych (zadań), polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie budynków użyteczności publicznej, w tym co najmniej jednego budynku przeznaczonego na cele sportu i rekreacji, o powierzchni zabudowy co najmniej 500 m² i wartości nie niższej niż 6.000.000,00 zł brutto (słownie: sześć milionów złotych brutto) każda z robót.”

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania - odwołujący żądał dokonania czynności zgodnie z jego wskazaniem powyżej (art. 186 ust. 2 Pzp). Wnosił ponadto o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powołał się na legitymację do złożenia odwołania, gdyż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (art. 179 ust. 1 Pzp). Podnosił, że kwestionowane przez niego w treści odwołania postanowienia SIWZ oraz ogłoszenia są niezgodne z prawem oraz uniemożliwiają złożenie oferty, co w konsekwencji prowadzi do utraty przez odwołującego szansy uzyskania zamówienia. Z tego wywodził, że jako potencjalny wykonawca może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy. Gdyby nie sprzeczność z prawem objętych odwołaniem postanowień SIWZ oraz ogłoszenia, odwołujący mógłby złożyć ofertę, uzyskać zamówienie a następnie należycie je zrealizować i uzyskać od zamawiającego wynagrodzenie. Ustalenie przez zamawiającego przedmiotowej treści SIWZ oraz ogłoszenia uniemożliwia jednak udział w charakterze wykonawcy w postępowaniu.

W treści SIWZ oraz ogłoszenia w części określającej warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej sformułowany został następujący warunek:

- „Wykonawcy wykażą, że w zakresie, w jakim Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonywania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie) wykonali: - osobiście (bez udziału Podwykonawców), co najmniej dwie odrębne roboty budowlane (zadania), polegające na budowie, rozbudowie lub przebudowie budynków użyteczności publicznej, w tym co najmniej jednego budynku przeznaczonego na cele sportu i rekreacji, o powierzchni zabudowy co najmniej 500 m² i wartości nie niższej niż 6.000.000,00 zł brutto (słownie: sześć milionów złotych brutto) każda z robót”.

Powyższy warunek odwołujący uznał za sprzeczny z prawem, i jako taki nie mogący się ostać się w treści SIWZ oraz ogłoszenia.

Odwołujący wyjaśniał, że przedmiotem zamówienia publicznego *in casu* jest wykonanie rozbudowy budynku szkoły podstawowej o salę gimnastyczną wraz z zapleczem socjalno-sanitarnym i niezbędną infrastrukturą techniczną. Zamawiający w celu zabezpieczenia prawidłowej realizacji zamówienia publicznego wymaga by wykonawca legitymował się doświadczeniem w wykonaniu, co najmniej dwóch zadań polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie budynków użyteczności publicznej, w tym co najmniej jednego budynku przeznaczonego na cele sportu i rekreacji.

Odwołujący zaznaczył, że zamawiający zasadnie oczekuje, że wykonawca będzie posiadał określone doświadczenie zdobyte podczas realizacji takich inwestycji. Pociąga to za sobą konsekwencję, że spełnienie warunków udziału w postępowaniu wiąże się z koniecznością wcześniejszego zdobycia doświadczenia przy realizacji innego zamówienia publicznego. Z zasad doświadczenia życiowego i zawodowego odwołującego wynika bowiem, że zrealizowanie podobnych obiektów (wielkopowierzchniowych budynków przeznaczonych na cele sportu i rekreacji) możliwe jest praktycznie wyłącznie w przypadku zawarcia przez wykonawcę umowy z podmiotem publicznym (w szczególności jednostką samorządu terytorialnego) realizującym swoje zadania własne z zakresu wspierania rozwoju sportu (art. 27 ust. 1 ustawy o sporcie). Wychodząc z powyższego założenia, odwołujący przekonywał, że zgodnie z zasadami wiedzy i doświadczenia realizacja przez wykonawców podobnych inwestycji z uwagi na ich kompleksowy charakter zawsze odbywa się z udziałem podwykonawców. Uznał powyższe za specyfikę działania przedsiębiorstw z branży budowlano- montażowej, wynikającą również z uprawnienia przyznanego wykonawcom w art. 36a ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający może w przypadku zamówienia na roboty budowlane zastrzec bowiem konieczność osobistego wykonania przez wykonawcę jedynie kluczowych części zamówienia publicznego (art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp.). Odwołujący powoływał się na poglądy doktryny, gdzie wskazuje się, że szerokie dopuszczanie

podwykonawstwa jest „złotą regułą zamówień publicznych” (A. Gawrońska-Baran (red.), *Vademecum zamawiającego*, Legalis, rozdział X. 1.).

Odwołujący zaznaczał, że ograniczenie zakresu podwykonawstwa, a w konsekwencji zobowiązanie wykonawcy do osobistej realizacji zamówienia powinno być traktowane jako wyjątek, uzasadniony szczególnymi okolicznościami, gdyż nie można zapominać, że celem implementowanych do polskiego porządku prawnego dyrektyw unijnych jest zwiększenie udziału małych i średnich przedsiębiorstw w realizacji zamówień publicznych i to właśnie tacy przedsiębiorcy w praktyce realizują obecnie zamówienia publiczne. Jako potwierdzenie powyższego przytoczył pogląd, że możliwość zlecenia podwykonawstwa jest uznawana za odrębną i samodzielną zasadę prawa zamówień publicznych (M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jamicka, A. Matusiak (red.), *Prawo zamówień publicznych*, Legalis, art. 36a, nb. 3). Przepisy ustawy Pzp ustanawiają bowiem prawo dla wykonawcy do powierzenia części zamówienia podwykonawcy, a zatem wykonawca może korzystać z tego uprawnienia w sposób dowolny - chyba że zamawiający ograniczy taką możliwość na podstawie art. 36a ust. 2 Pzp. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie musi więc w tym zakresie zawierać żadnych szczególnych zapisów. W SIWZ muszą zostać zawarte odpowiednie postanowienia dopiero, gdy zamawiający chce ograniczyć prawo do powierzania wykonania zamówienia podwykonawcom. Tym samym, za niewątpliwą zasadę obowiązującą na gruncie Pzp, uznał możliwość realizacji zamówienia publicznego przy pomocy podwykonawców (poza wyraźnie zastrzeżonymi w SIWZ wyjątkami odnoszącymi się - w przypadku robót budowlanych - do istotnych części zamówienia). W ocenie odwołującego praktyka dowodzi, że wykonawcy zawsze korzystają z podwykonawców przy realizacji zamówienia publicznego zwłaszcza w zakresie prac specjalistycznych, do których należą w odniesieniu do wykonywania hal widowiskowo-sportowych, czy sal gimnastycznych np. prace związane z wykonaniem podłogi sportowej, montażem stolarki okiennej i drzwiowej, montażem wyposażenia sportowego, czy wykonaniem specjalnego oświetlenia.

W przekonaniu odwołującego - *in casu* zapis SIWZ oraz ogłoszenia wymaga od wykonawcy (*de facto*) samodzielnego wykonania całości innego zamówienia publicznego, co uznał za sprzeczne z omówioną zasadą. Odwołujący doszedł do przekonania, że wedle wszelkiego prawdopodobieństwa nie istnieje w Polsce taki podmiot gospodarczy, który mógłby się legitymować wymaganym (podobnym) doświadczeniem z uwagi na złożoność i wysoką specjalizację obecnie realizowanych hal sportowych. Podnosił, że rozwiązania techniczne stosowane w budownictwie przeznaczonym dla sportu są współcześnie wyjątkowo zaawansowane, stąd też konieczne jest praktycznie zawsze podjęcie współpracy przez stronę umowy o wykonanie zamówienia publicznego z podmiotami trzecimi w ramach umowy o podwykonawstwo. Inną sprawą jest, że wykonawcy korzystają z podwykonawców

również z uwagi na specyfikę branży i uwarunkowania rynkowe. W zależności od posiadanego potencjału sprzętowego i kadrowego przedsiębiorstwa budowlane realizują siłami własnymi różny zakres prac. Przekonywał, że jest oczywiste, że w ramach każdej inwestycji o wartości 6 000 000,00 zł, przynajmniej część prac zawsze wykonują podwykonawcy, którzy nierzadko są jednocześnie dostawcami określonych materiałów budowlanych (np. stolarki, oświetlenia, konstrukcji stalowych, balustrad, dźwigów osobowych, wyposażenia przeciwpożarowego itd.).

Na powyższej argumentacji odwołujący opierał twierdzenie o zasadności zarzutu wobec kwestionowanego sformułowania wymogu udziału w postępowaniu, jako naruszającego przepisy prawa. Skoro, bowiem wykonując dotychczas podobne obiekty budowlane wykonawca był uprawniony do korzystania z pomocy podwykonawców - żądanie w SIWZ oraz ogłoszeniu by legitymował się on samodzielnym wykonaniem (rozumianym jako realizacja przedmiotu umowy bez udziału podwykonawców) określonych budynków - godzi w art. 36a ust. 1 i ust. 2 pkt 1 Pzp. Odwołujący nawiązywał do opisu przedmiotu zamówienia w aspekcie rodzaju doświadczenia, jakie musi posiadać wykonawca, aby należycie zrealizować dane zamówienie. W powyższym kontekście uczynił także uwagę na tle orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. (C-387/14, Legalis nr 1587629) dotyczącego zagadnienia doświadczenia nabytego przez członka konsorcjum w związku z realizowanym przez konsorcjum zamówieniem publicznym. Uznawał, że inaczej niż ma to miejsce w świetle powołanego wyroku w odniesieniu do członków konsorcjum, którzy nabywają doświadczenie jedynie w zakresie faktycznie wykonanej części zamówienia, nabycie doświadczenia przez wykonawcę w zakresie całego przedmiotu zamówienia publicznego, mimo że w danym wypadku osobiście nie wykonywał określonych prac, zlecając je podwykonawcom - nie budzi wątpliwości. Zauważył bowiem, że realizacja zamówienia publicznego z wykorzystaniem podwykonawców zawsze będzie powodowała po stronie wykonawcy konieczność wykonania pracy w ramach realizacji zamówienia. Wynika to w pierwszej kolejności z regulacji zawartej w art. 36a Pzp, a także z faktu, że to pomiędzy wykonawcą a zamawiającym istnieje stosunek obligacyjny, w ramach którego wyłącznie wykonawca będzie oferował zamawiającemu świadczenie w celu zwolnienia się z obowiązku i będzie co najmniej weryfikował wykonaną przez podwykonawców pracę, dokonywał odbiorów, łączył poszczególne elementy zleconych prac w całość i oferował jako swoje świadczenie w ramach osiągnięcia celu wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z powyższego wywodził, że realizacja przedmiotu zamówienia publicznego również przy wykorzystaniu pracy podwykonawcy prowadzi do nabycia przez wykonawcę doświadczenia w zakresie całego zamówienia publicznego, na wykonanie którego zawarł on umowę z zamawiającym. Tym samym,

odwołujący podtrzymał, że ograniczenie sformułowane w SIWZ oraz ogłoszeniu jest sprzeczne z prawem, bowiem stanowisko zamawiającego w tym zakresie sprowadza się do stwierdzenia, że wykonawca nabywa doświadczenie jedynie w zakresie w jakim samodzielnie wykonał przedmiot określonej umowy. Cześć prac wykonanych przez podwykonawców natomiast i to pomimo pełnej odpowiedzialności wykonawcy za ich działania albo zaniechania (vide art. 474 k.c.) oraz występowania wykonawcy jako strony stosunku umownego - zdaniem zamawiającego - nie prowadzi do nabycia przez danego wykonawcę doświadczenia.

Założenie takie jak powyżej, odwołujący uznał za nieuprawnione oraz sprzeczne z prawem. Stosownie do art. 22 ust. 1a Pzp *„Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.”* Odwołujący argumentował, że ustawodawca ogranicza swobodę zamawiającego i dowolność w kształtowaniu warunków udziału, z uwagi na fakt, że każdy taki warunek prowadzi do ograniczenia dostępu do udziału w postępowaniu oraz do ograniczenia konkurencji. W wielu jednak przypadkach, zamawiający muszą mieć możliwość ustalenia, czy wykonawcy zgłaszający zainteresowanie realizacją zamówienia, będą w stanie faktycznie je wykonać zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego. Dlatego też godząc naczelną zasadę zamówień publicznych oraz interesy zamawiających, ustawa dopuszcza badanie zdolności wykonawcy, ale wyłącznie w zakresie w jakim jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia. Zamawiający mogą określić wyłącznie takie warunki udziału w postępowaniu, które są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a zatem dotyczą zdolności niezbędnych do należytego wykonania zamówienia. Zasada proporcjonalności warunków udziału dotyczy przede wszystkim sposobu określenia tych warunków. Może się bowiem okazać, że zamawiający słusznie wymagał posiadania doświadczenia w realizacji zamówień o określonej specyfice, jednakże określił ten warunek w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność warunku przejawia się nie tylko we właściwym doborze rodzaju zdolności, która będzie podlegała badaniu, ale też we właściwym określeniu minimalnego poziomu tej zdolności, tj. w określeniu minimalnego sposobu spełnienia warunku (np. minimalny zakres przedmiotowy oraz liczba dotychczas zrealizowanych zamówień) (tak: M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jamicka, A. Matusiak (red.), Prawo zamówień publicznych, Legalis, art. 22, nb. 3 i 5).

Odwołujący powtarzał, że w tym kontekście uznać należy, że kwestionowany w odwołaniu warunek udziału w postępowaniu jest oczywiście nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia publicznego wobec istnienia zgodnego z art. 36a ust. 1 Pzp oraz podkreślonego

we wzorze umowy (załącznik nr 8 do SIWZ) uprawnienia wykonawcy do powierzenia wykonania części przedmiotu umowy przez podwykonawców. Wobec tego podtrzymał, że żądanie wykazania, iż wykonawca wcześniej zdobył doświadczenie w zakresie „samodzielnego (bez udziału Podwykonawców)” wykonania określonych w ogłoszeniu oraz SIWZ budynków użyteczności publicznej narusza wyrażoną w art. 22 ust. 1a Pzp zasadę. W przekonaniu odwołującego, nie może bowiem zamawiający stawiać przed wykonawcą warunku udziału, aby ten uprzednio wykonał bez udziału podwykonawców określoną robotę budowlaną, jeżeli wykonawca realizujący przedmiotowe zamówienie będzie zgodnie z art. 36a ust. 1 Pzp uprawniony do wykonania tego zamówienia przy udziale podwykonawców. Kwestionowany warunek w ocenie odwołującego przekracza więc ów minimalny poziom wymagań dotyczących kompetencji i zdolności do realizacji przedmiotu zamówienia. Dlatego potrzywał twierdzenie, iż wymogi dopuszczenia do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są nieproporcjonalne do tych stawianych wykonawcy na etapie wykonania przedmiotu umowy oraz naruszają zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i do protokołu rozprawy wnosił o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Zamawiający podnosił, że meritum odwołania sprowadza się do podważania zgodności z prawem wymogu z punktu 7.1. lit. A ppkt 1 SIWZ oraz sekcji III.1.3 ogłoszenia, jako naruszającego przepisy art. 36a ust. 1 i ust. 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, a także art. 22 ust. 1a Pzp, gdyż w ocenie odwołującego kwestionowane zapisy uniemożliwiają mu złożenie oferty, ograniczając możliwość skorzystania z doświadczenia zdobytego przy wykonywaniu innych zamówień, które jako wykonawca realizował przy pomocy podwykonawców, równocześnie podnosząc sprzeczność danego warunku, z obowiązującą w zamówienia publicznych zasadą proporcjonalności.

Zdaniem zamawiającego, odwołujący albo nie zapoznał się z treścią skarżonej SIWZ, lub nie zrozumiał jej treści, albo też świadomie i celowo skarży wyrwane z kontekstu fragmenty SIWZ. Zamawiający przytoczył brzmienie postanowienia pkt 7.1. lit. A ppkt SIWZ i analogiczną treść sekcji III. pkt 1.3 ogłoszenia. Powołał się na okoliczność, iż brzmienie definicji budynku użyteczności publicznej zaczerpnął z rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12.04.2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t.j. z 2015 r. poz. 1422 ze zm.). Zaznaczał, że odwołujący przytoczył jedynie częściowy zapis skarżonego warunku, zatem wykreował odmiennie od zamiaru zamawiającego i faktycznego brzmienia inny warunek. W tym kontekście całość argumentacji odwołującego, przytoczonych stanowisk doktryny i orzecznictwa, przemawiają zdaniem zamawiającego za słusznością jego stanowiska. Zamawiający podnosił, iż w pkt 4.1 SIWZ podał, że w ramach realizacji przedmiotu zamówienia określonego w punkcie 3 SIWZ,

wymaga osobistego wykonywania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, które wykonawca zobowiązany jest wykonać samodzielnie, tj. robót budowlanych obejmujących stan surowy zamknięty sali sportowej - a zatem wymaga osobistego wykonania wyłącznie samego obiektu, jako spójnej całości, na którą składają się fundamenty, podłóże, ściany i dach wraz z zamykającą je stolarką budowlaną, dopuszczając jednocześnie udział podwykonawców w pozostałym zakresie prac, tj. w branży instalatorskiej (sieci wod-kan.; co; cw; elektrycznej, itp.), a także prac wykończeniowych, np. elewacyjnych, tynkarskich, malarskich; wykonania nawierzchni sali sportowej i zagospodarowania terenu.

Zamawiający uzasadniał wymaganie osobistego wykonywania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, które wykonawca zobowiązany jest wykonać samodzielnie, bez udziału podwykonawców, tj. robót budowlanych obejmujących stan surowy zamknięty sali sportowej, faktem że budowa tego obiektu musi gwarantować użytkownikom maksymalne bezpieczeństwo zwłaszcza pod względem konstrukcyjnym i budowlanym. Dlatego w ocenie zamawiającego kwestią fundamentalną jest wiedza i doświadczenie wykonawcy realizującego dany obiekt, zatem sam budynek - jego ściany konstrukcyjne, nośne i dach wraz ze stolarką budowlaną. Zamawiający argumentował, że żaden przepis ustawy Pzp nie nakazuje podania uzasadnienia dla wykazania kluczowych części zamówienia do wykonania bezpośrednio przez wykonawcę, gdyż należy to do uprawnień zamawiającego i przyjętych przez niego priorytetów.

Zamawiający podkreślał, że w tym samym tonie wypowiada się sam odwołujący, nie negując w treści odwołania prawa zamawiającego do ograniczenia zakresu prac, które będą mogły być przedmiotem zlecenia podwykonawcom.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w tym zasady proporcjonalności, zamawiający przedstawił następującą argumentację. *„Zasada proporcjonalności jest jedną z ogólnych zasad prawa UE przestrzeganych przez organy unijne oraz przez państwa członkowskie podczas procesu implementacji i stosowania prawa unijnego. Zasada proporcjonalności wymaga - najogólniej rzecz ujmując - by podejmowane działania były proporcjonalne do zakładanych celów. Przyjmując zatem ogólną definicję zasady proporcjonalności, jako zobowiązania do podejmowania środków proporcjonalnych do zakładanego celu i unikanie środków zbędnych (nadmiernych), należy w pierwszej kolejności ustalić cel tego etapu postępowania przetargowego, jakim jest kwalifikacja wykonawców. Niewątpliwie proces przygotowania i przeprowadzenia kwalifikacji wykonawców ma na celu sprawdzenie ich zdolności do realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający poprzez ustalanie warunków podmiotowych buduje bowiem wzorzec podmiotu dysponującego odpowiednimi zdolnościami i zasobami, co do którego istnieje założenie, że będzie w stanie należycie wywiązać się z zobowiązań wynikających z udzielonego mu*

zamówienia publicznego. Przyjęty wzorzec bazuje na wymaganiach odpowiednich w przyjętym minimalnym zakresie, dla którego punktem odniesienia pozostaje zawsze przedmiot zamówienia opisany w SIWZ. Warunki podmiotowe są zatem kształtowane na poziomie, który nie uwzględnia ewentualnych zmian wynikających z propozycji ofertowych stanowiących odpowiedź na kryteria udzielenia zamówienia publicznego np. dłuższe okresy usług serwisowych, krótszy termin realizacji, większy procentowo udział sprzedawanej energii ze źródeł odnawialnych itp. Zbudowanie wzorca odpowiednio zdolnego wykonawcy, można zatem określić jako przyjęcie środków służących do oceny kwalifikacji podmiotów ubiegających się o udzielenie im zamówienia publicznego i w konsekwencji do wyboru kontrahenta, który należycie zrealizuje przedmiot zamówienia. Dla stwierdzenia istnienia powiązania z przedmiotem zamówienia można posiłkowo stosować wskazówki z art. 67 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE odnoszące się do kryteriów udzielenia zamówienia - jednak z pewnymi zastrzeżeniami uwzględniającymi specyfikę etapu kwalifikacji podmiotowej. Należy, zatem przyjąć, że warunki podmiotowe będą powiązane z przedmiotem zamówienia publicznego, jeżeli dotyczą np. robót budowlanych, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, w tych wszystkich aspektach oraz na tych etapach cyklu życia, które zostały opisane przez zamawiającego w SIWZ, jeżeli są one zależne od zdolności wykonawcy ubiegającego się o udzielenie mu zamówienia publicznego. Ocena proporcjonalności warunków podmiotowych powinna być prowadzona z perspektywy etapu realizacji przedmiotu zamówienia. Ocena, zdolności wykonawców nie może być oderwana od przyszłego wykorzystania wymaganych zasobów na etapie faktycznej realizacji kontraktu. Jako nieproporcjonalne z całą pewnością będzie uznane działanie zamawiającego, który nakłada na wykonawców warunki podmiotowe żądając posiadania zasobów lub zdolności, które nie będą wykorzystane w trakcie świadczenia. Celem etapu kwalifikacji nie jest bowiem abstrakcyjna ocena kwalifikacji przedsiębiorców działających na rynku, lecz ustalenie, czy dysponują oni faktycznie zasobami odpowiednimi do realizacji zamówienia. Brak możliwości wykorzystania żądanych zasobów przesądza o braku powiązania warunku z przedmiotem zamówienia. Dysponowanie zasobami musi nastąpić najpóźniej w czasie realizacji tej części zamówienia, do której wykonania kwalifikacje lub urządzenia są niezbędne, przy czym podstawa prawna dysponowania tymi zasobami jest z punktu widzenia zamawiającego irrelevantna, byle gwarantowała faktyczne ich użycie w procesie budowy.”

W odniesieniu do powyższych ustaleń, na gruncie niniejszego postępowania, zamawiający wskazywał na istnienie nie tylko formalnego, lecz przede wszystkim faktycznego związku pomiędzy przedmiotem zamówienia, a wymaganiami stawianymi przez zamawiającego dla kluczowych elementów jego realizacji, gdyż budynek o tak znacznej kubaturze, przeznaczony do jednoczesnego pobytu znacznej ilości osób (w tym głównie

dzieci i młodzieży), a zatem mający spełniać rygorystyczne normy bezpieczeństwa - w tym przede wszystkim konstrukcyjnego, winien wykonywać wykonawca dający swoim doświadczeniem w realizacji tożsamy obiektów budowlanych, nie tylko rękojmię dokładnego i rzetelnego wykonania zadania w zakresie opisanym dokumentacją projektową, ale również potrafiący w oparciu o nabytą wiedzę i doświadczenie, dokonywać bieżącej oceny tej dokumentacji, w sposób pozwalający na minimalizację ryzyka zdarzeń niepożądanych, zarówno na etapie procesu budowlanego (poprzez właściwą organizację pracy, dobór materiałów, pracowników i kadry kierowniczej), jak również w trakcie późniejszego korzystania z obiektu przez jego użytkowników. Skoro, zatem zamawiający odnosi warunek doświadczenia (zdolności technicznej i zawodowej) wyłącznie do robót budowlanych w zakresie budynku, to adekwatnie oczekuje, iż wykonawca będzie się legitymował realizacją własnymi siłami zadania lub zadań (bez rozróżnienia, czy działał jako wykonawca, generalny wykonawca, lub podwykonawca), które potwierdzą to doświadczenie. Zamawiający mając przy tym na uwadze art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, nie zabraniał również korzystania przez wykonawców z doświadczenia innego podmiotu, z tym zastrzeżeniem, że ten ostatni zrealizuje roboty, w odniesieniu do których takie zdolności są niezbędne. Na poparcie swoich twierdzeń zamawiający przytoczył tezy z orzecznictwa, między innymi Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 22 listopada 2005 r., w sprawie C-144/05 Werner Mangold, gdzie orzeczono, że: *„Poszanowanie zasady proporcjonalności wymaga mianowicie, by każde ograniczenie prawa podmiotowego w możliwie najwyższym stopniu godziło wymogi równego traktowania z realizowanym celem”.* W podobnym duchu wypowiedział się również Trybunał Konstytucyjny, który w wyroku z 14 czerwca 2004 r. sygn. akt SK 21/03 stwierdził, że: *„(...) Zasada ta kładzie szczególny nacisk na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia. Zgodnie z poglądami wyrażanymi w literaturze przedmiotu oznacza to, że: „spośród możliwych i zarazem legalnych środków oddziaływania należałoby wybierać środki skuteczne dla osiągnięcia celów założonych a zarazem możliwie najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane.”*

Odnosząc przytaczane poglądy do argumentacji odwołującego, zamawiający zaprzeczał twierdzeniom, iż „wedle wszelkiego prawdopodobieństwa nie istnieje w Polsce taki podmiot gospodarczy, który mógłby legitymować się podobnym doświadczeniem”, gdyż roboty budowlane w zakresie wykonania budynku w stanie surowym zamkniętym, stanowią standardowy zakres świadczenia praktycznie każdej firmy budowlanej, a ewentualne różnice mogą dotyczyć kubatury tych obiektów, a tym samym ich wartości. Nadto zauważył, że prace wymienione przez odwołującego jako specjalistyczne (np. instalacyjne) i wykonywane z reguły przez podwykonawców, są przez zamawiającego dopuszczone do zlecenia podwykonawcom.

Zamawiający negował interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz potencjalnej szkody odwołującego, które uznawał za pozorne. Wskazał, że poprzedni wykonawca tego zamówienia KBUD K. Ł. przerwał realizację robót i zszedł z placu budowy. Zamawiający nadmienił, że przedsiębiorcą tym jest wspólnik i jednocześnie urzędujący członek zarządu (prezes zarządu) spółki odwołującego. Poprzednie postępowanie na ten sam przedmiot zamówienia było wszczęte ogłoszeniem z kwietnia 2017r. Zamawiający podnosił i wykazywał dowodami, że tego rodzaju działania (zejście z placu budowy) były podejmowane przez ten sam podmiot w trakcie realizacji innych umów o zamówienia publiczne zawartych z samorządami miast: Płock, Szczecin, Włocławek, gmin Jedlicze; Gryfów Śląski, Siechnice. Z wymienionych względów negował legitymację odwołującego do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, z protokołu postępowania.

Izba nie dopuściła dowodów wnioskowanych przez zamawiającego - załączonych do odpowiedzi na odwołanie - w postaci informacji ze stron internetowych, artykułów prasowych oraz dokumentów dotyczących działalności firmy poprzedniego wykonawcy tego zamówienia, który przerwał roboty na obiekcie, t.j. KBUD K. Ł., gdyż nie miały one znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy, która dotyczy ukształtowania postanowień SIWZ w danym postępowaniu.

Izba nie dopuściła dowodów wnioskowanych przez odwołującego - załączonych do pisma datowanego 22 stycznia 2018 r. - to jest: ofert 2 producentów dla firmy KBUD K. Ł. - w zakresie konstrukcji z drewna klejonego, warstwowego, gdyż w odniesieniu do skarżonych postanowień SIWZ i ogłoszenia dotyczących warunków zdolności technicznej udziału w postępowaniu, zamawiający nie ustanowił żadnych ograniczeń w odniesieniu do technologii wykonania 2 obiektów referencyjnych, których realizacją ma się wykazać podmiot ubiegający się o przedmiotowe zamówienie. Z tych też względów wnioskowane dowody były bezprzedmiotowe, oferenci mogą legitymować się realizacją 2 budynków użyteczności publicznej w dowolnej technologii konstrukcji dachu, a nie tylko z drewna klejonego.

Izba nie dopuściła dowodu wnioskowanego przez odwołującego z SIWZ w prowadzonym poprzednio przez zamawiającego postępowaniu wszczętym w kwietniu 2017r. na ten sam przedmiot zamówienia, gdzie poprzedni wykonawca zszedł z placu budowy, w związku z czym zamawiający ogłosił nowe postępowanie na dokończenie inwestycji. Wniosek o dopuszczenie tego dowodu odwołujący motywował tym, że warunki udziału w postępowaniu w obecnej SIWZ zostały określone ostrzej, niż w specyfikacji przekazanej wykonawcom w kwietniu 2017 r., mimo, że obecnie przedmiot zamówienia jest węższy - dotyczy dokończenia robót.

Wnioskowany dowód był bezprzedmiotowy, gdyż znaczenie posiada aktualny opis przedmiotu zamówienia - określony obecną SIWZ w kontekście wyznaczonych warunków udziału w postępowaniu i zachowania ich proporcjonalności w stosunku do opisu. Zamawiający może kształtować treść SIWZ stosownie do aktualnych wymagań, swoich doświadczeń i potrzeb.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wynika następujący stan faktyczny, którego strony nie kwestionowały.

Zgodnie z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonymi w Biuletynie Zamówień Publicznych: Nr pozycji: 502658-N-2018 z dnia 09.01.2018), powtórzonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiot zamówienia obejmuje, jak niżej.

Sekcja II.4) ogłoszenia. Krótki opis przedmiotu zamówienia (wielkość, zakres, rodzaj i ilość dostaw, usług lub robót budowlanych lub określenie zapotrzebowania i wymagań) 1. Przedmiot zamówienia: 1.1 Rozbudowa budynku Szkoły Podstawowej nr 2 o salę gimnastyczną wraz z zapleczem socjalno - sanitarnym i niezbędną infrastrukturą techniczną. Rozbudowa istniejącej Szkoły Podstawowej Nr 2 obejmuje pomieszczenia pełniące funkcję sali gimnastycznej dla około 200 osób wraz z łącznikiem oraz pomieszczeniami socjalno-sanitarnymi, miejsca postojowe dla samochodów osobowych, w tym miejsca postojowe dla samochodów osób niepełnosprawnych, ciągi komunikacyjne, zieleń średniowysoką m.in. system paneli „zielonych ścian”, infrastrukturę techniczną nowoprojektowaną, ogrodzenie nowoprojektowane wraz z bramami wjazdowymi oraz przełożenie/usunięcie kolidującej infrastruktury podziemnej. Projektowana rozbudowa jest obiektem niepodpiwniczonym, parterowym. Opracowaniem objęta jest działka 9 AM 19 oraz część działki 11 AM 19, obręb Milicz. Powierzchnia zabudowy planowanej rozbudowy: 1448,50 m². Powierzchnia użytkowa planowanej rozbudowy: 1260,16 m². Kubatura: 11 105,00 m³. Budynek parterowy, nie podpiwniczony. Sala gimnastyczna ma wymiary 22 m x 40 m, widownia mieszcząca 100 miejsc, łącznie w całym obiekcie przewiduje się maksymalnie 200 osób, 8 stanowisk parkingowych dla samochodów osobowych, w tym 1 dla osób niepełnosprawnych. Budynek będzie wykonany w technologii energooszczędnej i zarządzany systemem BMS. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w dokumentacji projektowej oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Dokumentacja

projektowa obejmuje projekt budowlany, projekty wykonawcze, informację dot. bezpieczeństwa i ochrony zdrowia. Dokumenty te stanowią integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przedmiot zamówienia musi być zgodny z: - Dokumentacją projektową (projekty wykonawcze), - Specyfikacjami Technicznymi Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, opracowanymi przez G. R. reprezentującą Biuro Projektowe ARCHIGRA G. z siedzibą przy ul. Wileńskiej 3a/2, 56-400 Oleśnica, stanowiącymi Załącznik nr 10 do Specyfikacji. UWAGA: Zamawiający w związku z przeprowadzoną inwentaryzacją robót budowlanych, spowodowaną przerwaniem robót przez poprzedniego Wykonawcę, przewiduje ZEBRANIE POTENCJALNYCH WYKONAWCÓW w dniu 17 stycznia 2018 roku o godz. 12:00 celem zapoznania się ze stanem zaawansowania wykonanych robót oraz wyjaśnieniem wszelkich wątpliwości i zapytań. Zamawiający zaleca uczestnictwo w/w zebraniu Wykonawców. W załączniku nr 11 Zamawiający określa zaawansowanie dotychczas wykonanych robót oraz zestawienie materiałów do wykorzystania przy realizacji przedmiotu zamówienia. Załączony przedmiar jest materiałem pomocniczym; (wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty. Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego). Przedmiar robót, wchodzący w skład Załącznika nr 10 do Specyfikacji, określa wyłącznie zakres i wielkość zadania. 1.2 UWAGA: Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego z zastrzeżeniem, iż kosztorys ten nie będzie stanowił przedmiotu oceny, stanowić będzie wyłącznie dokument pomocniczy służący do wyceny określonych grup robót. Wykonawca zobowiązany jest do dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego, który będzie podstawą do ewentualnego rozliczenia podobnych robót. 1.3 Wykonawca przedstawi harmonogram realizacji robót w ciągu 7 dni od momentu podpisania umowy zgodnie ze wzorem 1B zawartym w niniejszej Specyfikacji. 1.4 Cena oferty musi zawierać wszystkie koszty wynikające wprost z dokumentacji projektowej, jak również wszystkie pozostałe koszty, bez których nie można należycie wykonać przedmiotowego zamówienia. Wykonawca musi przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę ryczałtową zamówienia. Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego. Zamawiający zaleca oferentom bardzo szczegółowe sprawdzenie w terenie warunków wykonania zamówienia, szczegółowe zapoznanie się z dokumentacją techniczną i warunkami technicznymi realizacji zamówienia. 1.5 W przypadku wystąpienia braków lub błędów w zakresie opisu przedmiotu zamówienia określonego w dokumentacji załączonej do SIWZ i jeżeli wynikiem tego będą roboty budowlane, których Wykonawca, przy zachowaniu należytej staranności, nie był w

stanie przewidzieć, Wykonawcy z tytułu ich wykonania przysługuje dodatkowe wynagrodzenie. Zlecenie wykonania tego zakresu będzie możliwe po spełnieniu warunków wskazanych w art. 67 i/lub art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych. Termin realizacji zamówienia może ulec zmianie, jeżeli będzie to uzasadnione, zgodnie z warunkami opisanymi w § 13 ust. 2 lit. e) wzoru umowy. Zamawiający dopuszcza zmianę terminu umowy w sytuacjach wyjątkowych, które muszą być udokumentowane przez Wykonawcę w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości. Dodatkowo Zamawiający podkreśla, że w szczególności w sytuacji, gdy: 1) okaże się, że rozwiązania zawarte w poszczególnych częściach dokumentacji projektowej (np. część opisowa i rysunkowa projektu budowlanego, wykonawczego, STWiORB itd.) nie są ujęte łącznie w tych dokumentach - Wykonawca jest zobowiązany ująć wszystkie elementy i je zrealizować, 2) w razie stwierdzenia rozbieżności pomiędzy zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a Projektem - Wykonawca zobowiązany jest uzyskać decyzję Zamawiającego o sposobie likwidacji tej rozbieżności. Zmiany w tym zakresie nie stanowią zmiany Przedmiotu Umowy lecz stanowią usunięcie rozbieżności w dokumentacji, a w związku z tym wszelkie prace wykonywane w wyniku usunięcia tej rozbieżności nie są zamówieniem dodatkowym ani nie wymagają podpisania aneksu zmieniającego Przedmiot Umowy i nie mogą skutkować dodatkowym wynagrodzeniem dla Wykonawcy. 1.6 Wykonawca zobowiązany jest do wykonania wszelkich prac niezbędnych do osiągnięcia zakładanego rezultatu, tj. zapewnienie Zamawiającemu możliwości korzystania (oddanie do użytkowania zgodnie z obowiązującym prawem i wymaganiami postawionymi w umowie) z wybudowanego budynku hali sportowej. Wszystkie oświadczenia Wykonawcy i zapisy dokumentacji postępowania należy interpretować zgodnie z powyższym celem. 1.8. Zamawiający określa w Załączniku nr 8 do Specyfikacji - Projekcie umowy wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 §1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 roku - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r., poz. 1502, z póź. zm.). (...)

Sekcja II.6) Całkowita wartość zamówienia (jeżeli zamawiający podaje informacje o wartości zamówienia): poniżej kwoty wymienionej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Sekcja II.9) Informacje dodatkowe: Termin wykonania zamówienia: rozpoczęcie prac: od dnia podpisania umowy; zakończenie robót budowlanych do dnia 15 listopada 2018 roku, wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Wykonawca zobowiązany będzie w w/w terminie uwzględnić czas niezbędny do przeprowadzenia procedury odbiorowej, w której zobowiązany będzie uczestniczyć.

SEKCJA III ogłoszenia: INFORMACJE O CHARAKTERZE PRAWNYM, EKONOMICZNYM, FINANSOWYM I TECHNICZNYM

III.1) WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

Sekcja III.1.3) ogłoszenia: Zdolność techniczna lub zawodowa

Określenie warunków: 1. Wykonawcy wykażą, że w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonywania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie) wykonali: - osobiście (bez udziału Podwykonawców), co najmniej dwie odrębne roboty budowlane (zadania), polegające na budowie, rozbudowie lub przebudowie budynków użyteczności publicznej, w tym co najmniej jednego budynku przeznaczonego na cele sportu i rekreacji, o powierzchni zabudowy co najmniej 500 m² i wartości nie niższej niż 6.000.000,00 zł brutto (słownie: sześć milionów złotych brutto) każda z robót. Powyższe nie obejmuje robót w zakresie budynków kontenerowych. Pod pojęciem „budynek użyteczności publicznej”, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12.04.2002 r. (Dz. U. z 2002 Nr 75 poz. 690 ze zm.) w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, należy rozumieć „budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, opieki zdrowotnej, opieki społecznej i socjalnej, wychowania, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, świadczenia usług w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych oraz inny ogólnodostępny, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji, w tym; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy i/lub socjalny”.

Powyższe postanowienia zostały powtórzone w punkt 7.1 lit. A ppkt 1 SIWZ.

W punkcie 4.1 SIWZ zamawiający podał, że: „wymaga wskazania w ofercie oraz Załączniku nr 2 do Specyfikacji, części zamówienia, której wykonanie powierzone zostanie podwykonawcom oraz podania wykonawcy nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby powołuje się Wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 Ustawy, Z ZASTRZEŻENIEM, IŻ „W RAMACH REALIZACJI POWYŻSZEGO PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA OKREŚLONEGO W PUNKCIE 3 SPECYFIKACJI ZAMAWIAJACY WYMAGA OSOBISTEGO WYKONYWANIA PRZEZ WYKONAWCĘ KLUCZOWYCH CZĘŚCI ZAMÓWIENIA, KTÓRE WYKONAWCA ZOBOWIĄZANY JEST WYKONAĆ

SAMODZIELNIE, TJ. ROBÓT BUDOWLANYCH OBEJMUJĄCYCH STAN SUROWY ZAKNIĘTY SALI SPORTOWEJ.”

Na podstawie art. 23 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wymaga, aby w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, przynajmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykazał, iż posiada wymagane doświadczenie, w sposób opisany przez Zamawiającego w powyższym warunku udziału w postępowaniu, (o którym mowa w powyższym podpunkcie 1 - warunku dotyczącego doświadczenia Wykonawcy).

Sekcja III.2) ogłoszenia: PODSTAWY WYKLUCZENIA

III.2.1) Podstawy wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (...)

III.2.2) Zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 ustawy Pzp Tak. (...)

Sekcja III.3) ogłoszenia: WYKAZ OŚWIADCZEŃ SKŁADANYCH PRZEZ WYKONAWCĘ W CELU WSTĘPNEGO POTWIERDZENIA, ŻE NIE PODLEGA ON WYKLUCZENIU ORAZ SPEŁNIA WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ SPEŁNIA KRYTERIA SELEKCJI

Oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu: Tak

Sekcja III.4) WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, SKŁADANYCH PRZEZ WYKONAWCĘ W POSTĘPOWANIU NA WEZWANIE ZAMAWIAJĄCEGO W CELU POTWIERDZENIA OKOLICZNOŚCI, O KTÓRYCH MOWA W ART. 25 UST. 1 PKT 3 USTAWY PZP

I. Po wyznaczeniu przez Zamawiającego wybranemu Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona - nie krótszego niż 5 dni terminu do złożenia DOKUMENTÓW I OŚWIADCZEŃ należy przedłożyć: (...)

Sekcja III.5) ogłoszenia. WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW SKŁADANYCH PRZEZ WYKONAWCĘ W POSTĘPOWANIU NA WEZWANIE ZAMAWIAJĄCEGO W CELU POTWIERDZENIA OKOLICZNOŚCI, O KTÓRYCH MOWA W ART. 25 UST. 1 PKT 1 USTAWY PZP (...)

Sekcja III.5.1) ogłoszenia: W ZAKRESIE SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

1. W celu potwierdzenia, że Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, należy złożyć następujące dokumenty: 1) wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy - w tym okresie), z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dowodów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone - Załącznik nr 3 do Specyfikacji. 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. W przypadku, gdy zamawiający jest podmiotem na rzecz którego roboty budowlane wskazane w wykazie zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa w niniejszym punkcie.

Postanowienie o powyższej treści zostało powtórzone w punkcie 8.3 SIWZ.

2) pisemne zobowiązanie podmiotów o oddaniu do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów w zakresie zdolności zawodowej na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, jeżeli Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów - Załącznik nr 4 do Specyfikacji. (...)

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia pkt 7.1.

7.1 O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy; A) spełniają warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 22 ust 1 pkt 2 Ustawy, odnoszące się do:

- 1) zdolności technicznej lub zawodowej,
- 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;

Wykonawcy spełnią warunek, o którym mowa w:

- pkt 7.1 lit A) ppkt 1 poprzez wykazanie, że w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonywania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie) wykonali:

- osobiście (bez udziału Podwykonawców), co najmniej dwie odrębne roboty budowlane (zadania), polegające na budowie, rozbudowie lub przebudowie budynków użyteczności publicznej, w tym co najmniej jednego budynku przeznaczonego na cele sportu i rekreacji, o powierzchni zabudowy co najmniej 500 m² i wartości nie niższej niż 6.000.000,00 zł brutto (słownie: sześć milionów złotych brutto) każda z robót. Powyższe nie obejmuje robót w zakresie budynków kontenerowych.

Pod pojęciem „budynek użyteczności publicznej”, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12.04,2002 r. (Dz. U, z 2002 Nr 75 poz. 690 ze zm.) w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, należy rozumieć „budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru

sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, opieki zdrowotnej, opieki społecznej i socjalnej, wychowania, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, świadczenia usług w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych oraz inny ogólnodostępny, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji, w tym; za budynek użyteczności publicznej uznaje się takie budynek biurowy i lub socjalny."

Na podstawie art. 23 ust. 5 Pzp, Zamawiający wymaga, aby w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, przynajmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykazał, iż posiada wymagane doświadczenie, w sposób opisany przez Zamawiającego w powyższym warunku udziału w postępowaniu.

Sekcja III.7) ogłoszenia: INNE DOKUMENTY NIE WYMIENIONE W pkt III.3) - III.6)

I. Wraz z ofertą składane są następujące dokumenty i załączniki: 1) wypełniony i podpisany formularz ofertowy wg wzoru z Załącznika nr 1 do Specyfikacji, 1A) Kosztorys ofertowy - Załącznik nr 1A do Specyfikacji - do sporządzenia przez Wykonawcę; 2) oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 i ust. 5 pkt 1 - 8 Ustawy wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 do Specyfikacji wraz z informacją o podmiotach, na które powołuje się Wykonawca w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu oraz pozostałych dokumentów w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia tych podmiotów.

SEKCJA IV ogłoszenia: PROCEDURA: Tryb udzielenia zamówienia: Przetarg nieograniczony

Sekcja IV.2) ogłoszenia: KRYTERIA OCENY OFERT

IV.2.1) Kryteria oceny ofert:

Kryteria; Znaczenie

Cena - 60,00

Doświadczenie kierownika budowy - 10,00

Doświadczenie osoby w realizacji systemów BMS - 6,00

Długość okresu gwarancji jakości - 6,00

Termin realizacji zadania - 18,00

Sekcja IV ogłoszenia: Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, albo ogólne warunki umowy, albo wzór umowy: Tak

Sekcja IV.5) Zmiana umowy

Przewiduje się istotne zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy: Tak

Zmiana treści umowy może nastąpić za zgodą Stron wyrażoną na piśmie, w granicach unormowania art. 144 ust. 1 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r. , poz. 1579 z póź. zm.) oraz zgodnie z warunkami dokonywania zmian treści umowy, w szczególności: (...)

Sekcja IV.6.2) ogłoszenia: Termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu: Data: 2018-01-29, godzina: 10:00,

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia: pkt 23. Podwykonawstwo.

1. Jeżeli Wykonawca będzie realizował zamówienie z udziałem podwykonawców, Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom.

2. Zmiana Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy w zakresie wykonania robót budowlanych stanowiących przedmiot Umowy nie stanowi zmiany Umowy, ale jest wymagana zgoda Zamawiającego na zmianą Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy, wyrażona poprzez akceptację Umowy o podwykonawstwo. Przed wprowadzeniem podwykonawcy, Wykonawca jest zobowiązany do przedkładania Zamawiającemu celem akceptacji umowy o podwykonawstwo.

Załącznik nr 1 do SIWZ. Formularz ofertowy przewiduje podanie: „Inne informacje Wykonawcy (w tym informacje dotyczące Podwykonawstwa - jeżeli dotyczy”.

Załącznik nr 2 do SIWZ. Oświadczenie dotyczące podwykonawcy, niebędącego podmiotem, na którego zasoby powołuje się Wykonawca.

4. Oświadczam, że następujące podmioty będące podwykonawcami:.....(nazwa; adres (...)) nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 1-8 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia.

Załącznik nr 1B do SIWZ. Wzór harmonogramu rzeczowo-finansowego obejmuje zakres robót:

Konstrukcja

Architektura

Elewacja i elementy zewn.

Elementy kow.-ślus.

Nawierzchnie

Ogrodzenie

Elementy zewnętrzne-zagospodarowanie terenu
Wyposażenie Sali gimnastycznej
Roboty elektryczne oświetlenie
Instalacja odgromowa
Roboty elektryczne
System dozoru
System nagłośnienia
Oświetlenie terenu Instalacja internetu i telebim
Przyłącza
Instalacje wewnętrzne
Szafy sterownicze
Prace montażowe
Oznaczenia
Pomiary
Przewody i podłączenia
Elementy automatyki Stacja BMS.

Załącznik nr 3 do SIWZ. Wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat. Wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dowodów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Wymagane jest podanie:

- nazwy zadania wraz z opisem potwierdzającym spełnienie warunku określonego w punkcie 7.1.lit. A) ppkt 1 SIWZ.

Do wykazu należy dołączyć dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, np. referencje.

- daty i miejsca wykonania

- wartości

Wzór umowy - Załącznik nr 8 do SIWZ, § 14 Podwykonawcy.

W ramach realizacji Przedmiotu Umowy Zamawiający wymaga osobistego wykonywania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, które Wykonawca zobowiązany jest

wykonać samodzielnie, tj. robót budowlanych obejmujących stan surowy zamknięty sali sportowej.

[*wskazać odpowiednią pozycję zgodnie z deklaracją Wykonawcy złożoną w Ofercie]:

a)* Wykonawca oświadcza, że przedmiot umowy wykona samodzielnie (własnymi siłami),

b)* Wykonawca wykona przedmiot umowy przy udziale niżej wymienionych Podwykonawców, zaakceptowanych przez Zamawiającego:

1/.....w zakresie.....

2/..... w zakresie.....

Powierzenie podwykonawcom robót określonych w ust. 1 nie zmienia treści zobowiązań Wykonawcy wobec Zamawiającego za wykonanie tej części robót. Wykonawca jest odpowiedzialny za działania, zaniechania, uchybienia i zaniedbania każdego podwykonawcy i dalszego podwykonawcy tak, jakby były one działaniami, zaniechaniami, uchybieniami lub zaniedbaniami samego Wykonawcy. Zmiana Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy w zakresie wykonania robót budowlanych stanowiących przedmiot Umowy nie stanowi zmiany Umowy, ale jest wymagana zgoda Zamawiającego na zmianą Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy, wyrażona poprzez akceptację Umowy o podwykonawstwo. Przed wprowadzeniem podwykonawcy, Wykonawca jest zobowiązany do przedkładania Zamawiającemu celem akceptacji:

1/ projektów umów i projektów zmian umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane, wraz z oświadczeniem drugiej strony zawierającym zgodę na zawarcie umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z przedkładanym projektem, 2/ poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane, oraz ich zmian w terminie do 7 dni od dnia ich zawarcia.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro wykazywał, że w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp uszczerbku doznał jego interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż chciałby przedstawić zamawiającemu swoją ofertę, a w konsekwencji dążyć do uzyskania zamówienia. W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. w z dnia 4 października 2010 r. (sygn. KIO 2036/10): „*Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ przyjmując należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu*”. Z tych względów wniosek zamawiającego o oddalenie odwołania z powodu nie spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w

art. 179 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na (zejście z placu budowy) przez ten sam podmiot w trakcie realizacji innych umów o zamówienia publiczne - nie podlegał uwzględnieniu.

Należało uwzględnić, iż wykonawca samodzielnie organizuje proces zleconych mu robót budowlanych, z uwzględnieniem jednakże ograniczeń wynikających z przepisów prawa.

Z mocy art. 14 ust. 1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 647¹ K.c. inwestor odpowiada solidarnie z wykonawcą (generalnym wykonawcą) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych, których szczegółowy przedmiot został zgłoszony inwestorowi przez wykonawcę lub podwykonawcę przed przystąpieniem do wykonywania tych robót, chyba że w ciągu 30 dni od dnia zgłoszenia inwestorowi, inwestor złożył podwykonawcy i wykonawcy sprzeciw wobec wykonywania tych robót przez podwykonawcę.

Do rozpatrywanego stanu faktycznego odnoszą się odrębne uregulowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 36a ust. 1 stanowi, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W oparciu o art. 36a ust. 2 zamawiający może jednak zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane (...).

Z kolei przez umowę o podwykonawstwo, w myśl definicji zawartej w art. 2 pkt 9b ustawy Pzp należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą) a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami.

Przepisy art. 143a-143d ustawy Pzp regulują między innymi relacje zamawiającego z wykonawcą z uwagi na udział podwykonawców w realizacji zamówienia oraz powinności zamawiającego, sprowadzające się do bezpośredniego regulowania należności na rzecz podwykonawców, w przypadku uchylania się od obowiązku zapłaty przez wykonawcę. Dodatkowo zamawiający może żądać zatrudnienia na umowę o pracę oznaczonych kategorii pracowników zarówno przez wykonawcę, jak i podwykonawcę zamówienia.

Powyższe implikuje cały szereg obowiązków i uprawnień, tak po stronie zamawiającego, jak i wykonawców związanych z podwykonawstwem robót przez podmioty trzecie. W tym umowa o roboty budowlane w myśl art. 143d ust. 1 pkt 1 Pzp musi zawierać

postanowienia o obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, jak i kopii zawartej umowy, a jej zawarcie uwarunkowane jest zgodą zamawiającego. Ponadto zamawiającemu służą uprawnienia kontrolne.

Odwołujący sformułował zarzuty odwołania oraz oparte na nich żądania w sposób następujący:

Zarzut I naruszenia przez zamawiającego art. 36a ust. 1 i ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie w SIWZ oraz ogłoszeniu wymogów udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób uniemożliwiający złożenie oferty na wykonanie zamówienia publicznego na skutek ograniczenia możliwości skorzystania z doświadczenia zdobytego przy wykonaniu innych zamówień publicznych, które wykonawca realizował również przy pomocy podwykonawców.

Zarzut II naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1a Pzp poprzez jego niezastosowanie i sformułowanie w SIWZ oraz ogłoszeniu wymogów udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób sprzeczny z zasadą proporcjonalności.

Wskazując na powyższe, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu: Dokonania modyfikacji SIWZ oraz ogłoszenia poprzez uchylene wymogu „osobistego (bez udziału podwykonawców)” wykonania dwóch odrębnych robót budowlanych (zadań) sprecyzowanych bliżej w SIWZ oraz ogłoszeniu”; ponadto by Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zastąpienie wymogu sformułowanego w pkt 7.1 lit. A ppkt 1 SIWZ (s. 9) i w sekcji III. 1.3 ogłoszenia o następującej treści:

- „osobistego (bez udziału Podwykonawców) wykonania, co najmniej dwóch odrębnych robót budowlanych (zadań), polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie budynków użyteczności publicznej, w tym co najmniej jednego budynku przeznaczonego na cele sportu i rekreacji, o powierzchni zabudowy co najmniej 500 m² i wartości nie niższej niż 6.000.000,00 zł brutto (słownie: sześć milionów złotych brutto) każda z robót,” wymogiem o następującej treści:
- „wykonania, co najmniej dwóch odrębnych robót budowlanych (zadań), polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie budynków użyteczności publicznej, w tym co najmniej jednego budynku przeznaczonego na cele sportu i rekreacji, o powierzchni zabudowy co najmniej 500 m² i wartości nie niższej niż 6.000.000,00 zł brutto (słownie: sześć milionów złotych brutto) każda z robót.”

Znamienne pozostaje, że odwołujący w kontekście warunków przedmiotowego zamówienia nie kwestionował prawa zamawiającego do skorzystania z dyspozycji art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, co potwierdził w piśmie z dnia 22 stycznia 2018 r., pisząc: „*Faktem jest, iż ocena, które z elementów zamówienia są kluczowe w rozumieniu art. 36a ust. 2 pkt 1*

p.z.p., należy do uznania zamawiającego, a w niniejszym postępowaniu wykonawca takiej oceny kwestionować nie może.” Niekonsekwentnie, zatem odwołujący próbował podważać motywacje zamawiającego, że wydzielenie kluczowej części zamówienia, tj. stanu surowego zamkniętego budynku - do samodzielnej realizacji wykonawcy, podyktowane było dbałością o bezpieczeństwo użytkowników sali sportowej.

Uprawnione żądanie przez zamawiającego wykonania bezpośrednio przez wykonawcę kluczowej części zamówienia, tj. robót budowlanych, obejmujących: „*stan surowy zamknięty sali sportowej*” implikowało po stronie zamawiającego sformułowanie wymagania wobec wykonawców, samodzielnie lub zbiorowo ubiegających się o przedmiotowe zamówienie (art. 23 ust. 1 i 3 ustawy Pzp) - wykazania adekwatnej i proporcjonalnej do przedmiotu zamówienia zdolności technicznej do jego realizacji.

Odwołujący przedstawił okoliczności faktyczne sprawy w sposób odbiegający od ustalonych warunków przedmiotowego zamówienia. Należało zauważyć - co odwołujący zupełnie w swojej argumentacji pominął, że zamawiający skorzystał z uprawnienia, jakie daje mu art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i sprecyzował obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę, jako kluczowych części zamówienia na roboty budowlane w punkcie 4.1 SIWZ, ograniczając go do: „*wskazania w ofercie oraz Załączniku nr 2 do Specyfikacji, części zamówienia, której wykonanie powierzone zostanie podwykonawcom oraz podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby powołuje się Wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 Ustawy, Z ZASTRZEŻENIEM, IŻ „W RAMACH REALIZACJI POWYŻSZEGO PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA OKREŚLONEGO W PUNKCIE 3 SPECYFIKACJI ZAMAWIAJĄCY WYMAGA OSOBISTEGO WYKONYWANIA PRZEZ WYKONAWCĘ KLUCZOWYCH CZĘŚCI ZAMÓWIENIA, KTÓRE WYKONAWCA ZOBOWIĄZANY JEST WYKONAĆ SAMODZIELNIE, TJ. ROBÓT BUDOWLANYCH OBEJMUJĄCYCH STAN SUROWY ZAKNIĘTY SALI SPORTOWEJ.”*”

Postanowienie to zostało powtórzone w § 14 - Wzoru umowy - Załącznika nr 8 do SIWZ - Podwykonawcy: „*W ramach realizacji Przedmiotu Umowy Zamawiający wymaga osobistego wykonywania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, które Wykonawca zobowiązany jest wykonać samodzielnie, tj. robót budowlanych obejmujących stan surowy zamknięty sali sportowej.*”

Przywołanych, powyższych postanowień SIWZ odwołujący nie zaskarżył. W odwołaniu nie podnosił zarzutu, że warunki udziału w postępowaniu zostały ukształtowane w sposób niejasny i mogą budzić wątpliwości przy ich stosowaniu. Zarzut taki pojawił się w dopiero w piśmie procesowym odwołującego z dnia 22 stycznia 2018 r. (str. 2), że: „*sporne zapisy SIWZ (pkt 7.1. lit.A) są niejasne, a negatywnych konsekwencji tej niejasności*

wykonawca ponosić nie może". Zarzut ten, jako nie przedstawiony w odwołaniu - nie mógł być przedmiotem rozpatrzenia przez Izbę, gdyż z mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Wymaganie od wykonawcy w Sekcji III.1.3) ogłoszenia oraz w pkt 7.1 lit. A SIWZ zdolności technicznej lub zawodowej przy określeniu warunków udziału w postępowaniu o treści: 1.Wykonawcy wykażą, że w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonywania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie) wykonali: - osobiście (bez udziału Podwykonawców), co najmniej dwie odrębne roboty budowlane (zadania), polegające na budowie, rozbudowie lub przebudowie budynków użyteczności publicznej, w tym co najmniej jednego budynku przeznaczonego na cele sportu i rekreacji, o powierzchni zabudowy co najmniej 500 m² i wartości nie niższej niż 6.000.000,00 zł brutto (słownie: sześć milionów złotych brutto) każda z robót. Powyższe nie obejmuje robót w zakresie budynków kontenerowych. Pod pojęciem „budynek użyteczności publicznej”, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12.04.2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 Nr 75 poz. 690 ze zm.), należy rozumieć „budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, opieki zdrowotnej, opieki społecznej i socjalnej, wychowania, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, świadczenia usług w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych oraz inny ogólnodostępny, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji, w tym; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy i lub socjalny”
- odnosi się zatem do własnego doświadczenia przy realizacji kluczowych części zamówienia, które wykonawca zobowiązany będzie wykonać samodzielnie, tj. robót budowlanych obejmujących stan surowy zamknięty sali sportowej.

Ustawodawca poprzez przepis art. 36 ust. 1, art. 2 pkt 9b Pzp, przepis 25a ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp w ogólności zezwala na powierzenie podwykonawcom jedynie części robót. Zamawiający skonkretyzował zakres robót, które nie mogą być powierzone podwykonawcy.

Szczegółowy zakres robót określa dokumentacja projektowa. Załącznik nr 1B do SIWZ - Wzór harmonogramu rzeczowo-finansowego podaje następujący zakres robót do wykonania w ramach przedmiotowego zamówienia:

Konstrukcja

Architektura
Elewacja i elementy zewnętrzne
Elementy kowalsko-ślusarskie
Nawierzchnie
Ogrodzenie
Elementy zewnętrzne-zagospodarowanie terenu
Wyposażenie Sali gimnastycznej
Roboty elektryczne oświetlenie
Instalacja odgromowa
Roboty elektryczne
System dozoru
System nagłośnienia
Oświetlenie terenu Instalacja internetu i telebim
Przyłącza
Instalacje wewnętrzne
Szafy sterownicze
Prace montażowe
Oznaczenia
Pomiary
Przewody i podłączenia
Elementy automatyki Stacja BMS.

Stan surowy zamknięty budynku oznacza, że budynek jest w całości wzniesiony, zwieńczony dachem a także posiada zamontowaną stolarkę zewnętrzną - budowlaną. Z powyższego wynika, że oprócz prac konstrukcyjno-budowlanych, pozostały zakres prac instalacyjnych poszczególnych branż oraz prac wykończeniowych, zagospodarowania terenu itp. wykonawca będzie uprawniony, aby zlecić podwykonawcom, a tym samym, wbrew wywodom odwołania może posłużyć się referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie tych prac, nawet wtedy, gdy realizował je z udziałem podwykonawców.

Z omawianych względów zamawiający zasadnie wymaga, aby wykonawca, to jest podmiot, który faktycznie będzie realizował kubaturę budynku - posiadał doświadczenie własne - w tym zakresie, tj. wykonał stan surowy zamknięty 2 budynków użyteczności publicznej, w tym co najmniej jednego budynku przeznaczonego na cele sportu i rekreacji. Wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie nie będzie musiał jednak wykazywać, iż w zamówieniach referencyjnych pełnił wyłącznie funkcję wykonawcy lub generalnego wykonawcy. Mógł być bowiem podwykonawcą, konsorcjantem, jak również

podmiotem udostępniającym zasoby (podwykonawcą), który wykonał odpowiedni do warunku zakres prac.

W pozostałej części np. prac instalacyjnych przewidzianych dokumentacją techniczną branż - wykonawca, będzie mógł wskazać, że do tych celów zatrudni podwykonawców, lub podmioty trzecie udostępniające swój potencjał zdolności technicznych, którzy faktycznie mają realne doświadczenie własne w adekwatnym zakresie i z tego tytułu gwarantują należyte wykonanie umowy.

Zgodnie ze znowelizowanym przepisem art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu.

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy dający gwarancję należytej realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, dlatego też zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu, które służą ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Należyte wykonanie zamówienia oznacza wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z umową, czyli z zachowaniem terminu, miejsca, sposobu oraz jakości, itp. Warunki udziału w postępowaniu ustala sam zamawiający, kierując się rzeczywistymi potrzebami sprawnej i prawidłowej realizacji zamówienia (tak. R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 58.). Zamawiający winien dostosować kryteria oceny zdolności wykonawcy do wielkości i stopnia złożoności przedmiotu zamówienia. Stosownie do nowego art. 22 ust. 1a Pzp *„Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności”*. Przyjęte przez zamawiającego kryteria kwalifikacji nie mogą zatem wykraczać poza to, co jest obiektywnie racjonalne, zatem niezbędne do osiągnięcia celu prowadzonej procedury, a więc wyboru oferty pochodzącej od wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia (tak wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 18 października 2012 r. w sprawie C-218/11). Określenie warunków podmiotowych, musi polegać na wyznaczeniu „minimalnych poziomów zdolności”, a więc nawiązywać do posiadania doświadczenia w realizacji np. robót budowlanych o zbliżonym charakterze do przedmiotu udzielanego zamówienia. Przepis art. 22 ust. 1a Pzp nakazuje, aby zamawiający określał warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (...), w szczególności wyrażając je, jako minimalne poziomy zdolności, zatem przepis ten nie przewiduje, aby wykonawca legitymował się dokładnie takimi samymi zrealizowanymi budowlami, jak przedmiot zamówienia, o które się ubiega.

W ocenie Izby, zamawiający nie wprowadził nadmiernych ograniczeń, utrudniających dostęp do zamówienia. Skoro zamawiający odnosi warunek doświadczenia własnego wykonawcy (zdolności technicznej i zawodowej) wyłącznie do robót budowlanych w zakresie stanu surowego zamkniętego budynku, to adekwatnie oczekuje, iż wykonawca będzie się legitymował realizacją własnymi siłami takiego zadania lub zadań, które potwierdzą to doświadczenie, (bez rozróżnienia, czy wcześniej działał on jako wykonawca, generalny wykonawca, uczestnik konsorcjum lub podwykonawca).

Skarżony element warunku udziału w postępowaniu odnosi się do kluczowej części zamówienia, nie wskazuje jednak żadnej technologii, w jakiej obiekt referencyjny mógł być wykonany, a zwłaszcza nie wymaga technologii, przewidzianej dokumentacją projektową dla przedmiotowego zamówienia, ograniczając się jedynie do wykazania realizacji (budowy, przebudowy lub rozbudowy) dwóch obiektów użyteczności publicznej, zgodnie z odrębną szeroką definicją ustawową, tego pojęcia, precyzując jedynie powierzchnię zabudowy, co najmniej 500 m² i wartość nie niższą niż 6 mln każdy, są to zatem warunki minimalne, dla wyłonienia wykonawcy, dającego rękojmię wykonania inwestycji w sposób i na warunkach ustalonych przez zamawiającego, tzn. w całości, terminowo i z zachowaniem jakości.

Trybunału Sprawiedliwości UE w wyroku z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (ESAPROJEKT) orzekł, iż: *„Artykuł 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 faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.”*

Biorąc pod uwagę obowiązujący przepis art. 58 ust. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, stanowiący, że w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej instytucje zamawiające mogą nałożyć wymogi zapewniające posiadanie przez wykonawców niezbędnych zasobów ludzkich i technicznych oraz doświadczenia umożliwiającego realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości; instytucje zamawiające mogą w szczególności wymagać, aby wykonawcy mieli odpowiedni poziom doświadczenia wykazany odpowiednimi referencjami dotyczącymi zamówień wykonanych wcześniej - to należy stwierdzić, że treść cytowanego przepisu potwierdza aktualna linia orzecznicza Trybunału Sprawiedliwości UE, że wyłącznie podmiot, który samodzielnie realizował przedmiotowy zakres zamówienia, w charakterze wykonawcy, uczestnika konsorcjum, podmiotu udostępniającego zasób, podwykonawcy - ma odpowiednie doświadczenie, aby podejmować się danych robót w kolejno zaciąganych zobowiązaniach realizacji zamówień publicznych, w sposób gwarantujący należyte

wywiązanie się z umowy. Można bowiem polegać na zdolności technicznej i doświadczeniu podmiotu, tylko wtedy, gdy zrealizuje on roboty budowlane, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. Zamawiający nie może, więc pozwolić, by zamówienie było realizowane przez wykonawcę, który nie posiada wymaganej wiedzy i doświadczenia, niezależnie od tego, czy wykonawca składa ofertę samodzielnie, czy jako członek grupy wykonawców.

Przepis art. 63 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych stanowi, że w przypadku zamówień na roboty budowlane (...) instytucje zamawiające mogą wymagać, aby określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta, lub w przypadku oferty złożonej przez grupę wykonawców (...) przez uczestnika tej grupy.

Izba zobowiązana jest stosować wykładnię przepisów dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, i wdrażających ją przepisów krajowych nadaną orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE, w tym także w wyroku z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (ESAPROJEKT), z którego jednoznacznie wynika, że zamawiający może uwzględnić jako proporcjonalną do zakresu zamówienia powierzanego samemu wykonawcy - wiedzę i doświadczenie potwierdzone jego wcześniejszym faktycznym i konkretnym uczestnictwem w realizacji tego rodzaju zamówień.

Wbrew wywodom odwołującego - postawione warunki odnośnie zdolności technicznej w zakresie robót referencyjnych - odpowiadają wskazaniom ustawy Pzp z uwzględnieniem danych wykazu robót w rozumieniu § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126).

Zarzuty naruszenia przez zamawiającego:

1) art. 36a ust. 1 i ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie w SIWZ oraz ogłoszeniu wymogów udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób uniemożliwiający złożenie oferty na wykonanie zamówienia publicznego na skutek ograniczenia możliwości skorzystania z doświadczenia zdobytego przy wykonaniu innych zamówień publicznych, które wykonawca realizował również przy pomocy podwykonawców;

2) art. 22 ust. 1a Pzp poprzez jego niezastosowanie i sformułowanie w SIWZ oraz ogłoszeniu wymogów udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób sprzeczny z zasadą proporcjonalności

- nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238, Dz. U. z 2017 r., poz. 47).

Przewodniczący:

.....