

**WYROK**  
**z dnia 13 czerwca 2016 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach**

**Protokolant: Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2016 roku przez wykonawcę: **W. J., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: W. J., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowo-Handlowe „VITARO”, ul. Jurija Gagarina 32A lok. 8, 00-754 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Miasto Jaworzno, ul. Grunwaldzka 33, 43-600 Jaworzno,**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **W. J., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: W. J., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowo-Handlowe „VITARO”** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy)** uiszczoną przez tego wykonawcę, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Gmina Miasto Jaworzno [zwana dalej: „zamawiającym”] prowadzi postępowanie – w trybie przetargu nieograniczonego - o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: *Wykonanie dokumentacji projektowej dla zadania pod nazwą Centrum Sportowe Sadowa Góra w Jaworznie*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ], zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 lutego 2016 roku pod pozycją 13261.

W dniu 27 maja 2016 roku wykonawca W. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: W. J. Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe „VITARO” [zwany dalej: „odwołującym”] wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wobec czynności wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, podczas gdy odwołujący wykazał spełnienie tych warunków;
- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania podczas, gdy odwołujący złożył informacje zgodne ze stanem faktycznym;
- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
- art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie oferty odwołującego za odrzuconą;
- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego

traktowania wykonawców;

- art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy, tj. odwołującemu;
- ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania odwołującego i odrzucenia jego oferty;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- dokonanie wyboru oferty odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, że pismem z dnia 23 maja 2016 r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania również z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Ponadto, odwołujący wskazał, iż zamawiający uznał, że oferta odwołującego oraz oferta wykonawcy Contract Project Sp. z o.o. Sp.k. zostały złożone w warunkach wykluczających realną konkurencję pomiędzy wykonawcami, w związku z czym zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że przedmiotowym rozstrzygnięciem zamawiający rażąco naruszył podstawowe zasady badania i oceny ofert, w tym zasadę udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, które to naruszenie związane było z zarzutami wymienionymi na wstępie odwołania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp odwołujący wskazywał, że zgodnie z pkt IV. 1.2. SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. zamawiający wymaga, aby wykonawca posiadał niezbędną wiedzę i doświadczenie z wykonanych należycie w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 zadania polegającego na opracowaniu dokumentacji projektowej (budowlano-wykonawczej) budowy lub przebudowy stadionu lekkoatletycznego co najmniej kategorii III (wg wytycznych PZLA) wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Odwołujący w celu wykazania ww. warunku posłużył się

wiedzą i doświadczeniem firmy M. Sport Sp. z o.o. (obecnie M. Polska Sp. z o.o.), uzyskaną w wyniku realizacji zamówienia pn. „Modernizacja (remont) stadionu lekkoatletycznego” dla zamawiającego - Akademii Wychowania Fizycznego Józefa Piłsudskiego w Warszawie Wydział Wychowania Fizycznego i Sportu w Białej Podlaskiej.

Odwołujący zauważył, że w związku z wątpliwościami związanymi z potwierdzeniem przez odwołującego spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa powyżej, zamawiający na podstawie § 1 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane zwrócił się do AWF Warszawa Wydział w Białej Podlaskiej o udzielenie informacji na temat zakresu prac wykonywanych przez firmę M. Sport Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy realizacji zadania pn. „Modernizacja (Remont) stadionu lekkoatletycznego”. W odpowiedzi AWF Warszawa Wydział w Białej Podlaskiej wskazał m.in., że wykonawca zadania był zobowiązany na etapie realizacji robót budowlanych do opracowania dokumentacji projektowej wykonawczej w zakresie niezbędnym do prawidłowego wykonania robót budowlanych, tj. robót remontowych w rozumieniu art. 3 pkt 8 ustawy Prawo budowlane. Odwołujący podniósł, że na podstawie tej informacji zamawiający uznał, iż M. Sport Sp. z o.o. wykonała dokumentację projektową dla robót remontowych w rozumieniu prawa budowlanego podczas, gdy w SIWZ wymagane było wykonanie dokumentacji dla budowy lub przebudowy stadionu i w konsekwencji zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania.

Zdaniem odwołującego prace wykonane przez firmę M. Polska na rzecz AWF Warszawa Wydział w Białej Podlaskiej stanowią opracowanie dokumentacji projektowej dla przebudowy, a nie remontu obiektu budowlanego w rozumieniu Prawa budowlanego.

Następnie odwołujący wskazał na definicję przebudowy i remontu wynikające odpowiednio z art. 3 pkt 7a oraz z art. 3 ust. 8 Prawa budowlanego, stwierdzając, iż cechą istotną przebudowy w rozumieniu Prawa budowlanego jest zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, zaś cechą istotną remontu – jest odtworzenie stanu pierwotnego w istniejącym obiekcie. W dalszej kolejności odwołujący powołał się na określenie przedmiotu zamówienia przez Akademię Wychowania Fizycznego w Warszawie Wydział w Białej Podlaskiej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ramach zadania pn.: „Modernizacja (remont) stadionu lekkoatletycznego”, jak i na zakres robót budowlanych w zakresie części lekkoatletycznej stadionu, a nadto zwrócił uwagę, iż w ramach przedmiotowego zadania realizowane były roboty mające na celu dostosowanie stadionu do wymagań PZLA dla kat. IIIA, co też miało wynikać z dokumentacji projektowej wykonawczej, opracowanej przez wykonawcę na potrzeby realizacji robót. Podkreślił,

iż dostosowanie stadionu do wymagań PZLA dla kat. IIIA zakłada zmianę parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu. Reasumując stwierdził, że prace wykonane przez M. Polska obejmowały wykonanie dokumentacji projektowej dla przebudowy obiektu, a nie jego remontu, a zatem odwołujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp odwołujący podnosił, iż nie złożył nieprawdziwych informacji w wykazie usług, ponieważ M. Polska wykonał prace projektowe dla robót polegających na przebudowie obiektu budowlanego w rozumieniu Prawa budowlanego. Dodatkowo wskazywał, że wykluczenie wykonawcy z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji powinno dotyczyć wykonawcy, którego działanie było świadome i celowe, z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd, a w przedmiotowej sprawie odwołujący niczego przed zamawiającym nie ukrywał i konsekwentnie twierdził, zarówno składając ofertę, jak i udzielając wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, że prace wykonane przez M. Polska dotyczyły przebudowy, a nie remontu obiektu budowlanego. Odwołujący powołał się przy tym na następujące wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 22 maja 2015 r., wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 974/15, wyrok z dnia 27 lutego 2015 r., wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 187/15, wyrok z dnia 30 października 2014 r., wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 2134/14.

Z kolei odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący wskazywał, że w sytuacji, gdy zamawiający - po uzyskaniu informacji od AWF w Warszawie Wydział w Białej Podlaskiej - uznał, że odwołujący nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia - powinien był wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunku, a zaniechanie tego obowiązku prowadzi do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, iż przed uzyskaniem informacji od AWF w Warszawie Wydział w Białej Podlaskiej, zamawiający skierował do odwołującego wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp i uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, na podstawie którego odwołujący miał wyjaśnić, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jeżeli nie spełnia – powinien uzupełnić dokumenty. W jego ocenie, to jednak rolą zamawiającego jest stwierdzenie, czy wykonawca potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu i czy powinien uzupełnić dokumenty, natomiast zamawiający nie może przerzucać tego obowiązku na wykonawcę.

Następnie odwołujący wskazał, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp jest konsekwencją zarzutów art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ gdyby zamawiający bezpodstawnie nie wykluczył odwołującego z postępowania to jego oferta nie zostałaby uznana za odrzuconą.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odwołujący podnosił, że chociaż w informacji o wynikach postępowania zamawiający wprost nie wskazał, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, to jednak chciał wykazać bezpodstawność twierdzeń zamawiającego dotyczących czynu nieuczciwej konkurencji popełnionego przez odwołującego. Odwołujący zauważył, iż podobieństwo pomiędzy dokumentami odwołującego i wykonawcy Control Project dotyczy wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego i wynika ono z faktu, że obaj wykonawcy posłużyli się w przedmiotowym postępowaniu wiedzą i doświadczeniem tego samego podmiotu udostępniającego zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, tj. firmy M. Polska. Obaj wykonawcy są to odrębne podmioty, realnie konkurujące ze sobą i złożyli całkowicie samodzielne oferty. Odwołujący podkreślił, że mechanizm zmowy przetargowej polega na wycofaniu się jednego z wykonawców z uczestnictwa w postępowaniu po to, aby pozostający z nim w zmowie wykonawca, oferujący wyższą cenę, uzyskał zamówienie, Tymczasem firma Control Project, która, poza wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, nie przedłużyła terminu związania ofertą, zaoferowała cenę wyższą od odwołującego, natomiast sam odwołujący aktywnie działał na rzecz uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący powołał się w tym zakresie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2015 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 2824/14.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący wskazywał, że zamawiający rażąco naruszył w przedmiotowym postępowaniu zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, albowiem oferta wybranego wykonawcy ABM Wycena Nieruchomości Projektowanie Architektoniczne, A. i B. M. S.C., która została uznana przez zamawiającego za zgodną z SIWZ oraz oferta odwołującego, w pełni zgodna z treścią SIWZ - zostały potraktowane w różny sposób.

Ponadto, odwołujący w dniu 10 czerwca 2016 roku w toku posiedzenia z udziałem stron złożył pismo procesowe (datowane na dzień 9 czerwca 2016 roku) zawierające dodatkową argumentację.

Zamawiający w dniu 8 czerwca 2016 roku za pośrednictwem poczty elektronicznej, a w dniu 10 czerwca 2016 roku w toku posiedzenia z udziałem stron – w formie pisemnej - złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie ma podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przesłanki, określone w art.189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto, Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego*, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego i potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia [zwanej dalej: „SIWZ”], oferty złożonej przez odwołującego, korespondencji zamawiającego z odwołującym i Akademią Wychowania Fizycznego w Warszawie Filia w Białej Podlaskiej, zawiadomienia o wynikach postępowania.

Izba postanowiła także dopuścić dowody z dokumentów, jak i dokumentacji fotograficznej, złożonych przez odwołującego w toku rozprawy w dniu 10 czerwca 2016 roku.

Ponadto, Izba uwzględniła oświadczenia i stanowiska stron wyrażone w pismach, tj. odpowiedź zamawiającego na odwołanie z dnia 8 czerwca 2016 roku oraz pismo procesowe odwołującego datowane na dzień 9 czerwca 2016 roku, a także stanowiska wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 10 czerwca 2016 roku.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest: *sporządzenie dokumentacji projektowej dla zadania pod nazwą: Centrum Sportowe Sadowa Góra w Jaworznie - obejmującej sporządzenie projektu budowlanego i budowlano - wykonawczego, przedmiarów i kosztorysu inwestorskiego z podziałem na poszczególne branże oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych - stadionu lekkoatletycznego kategorii IIIA o ośmiu torach bieżni (według wymogów Polskiego Związku Lekkiej Atletyki) – pkt II.1.4) ogłoszenia o zamówieniu.*

Zamawiający w części IV ust. 1 pkt 2) SIWZ określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: *posiadania wiedzy i doświadczenia tj. zamawiający wymaga, aby wykonawca posiadał niezbędną wiedzę i doświadczenie z wykonanych należycie w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 zadania polegającego na opracowaniu dokumentacji projektowej (budowlano-wykonawczej) budowy lub przebudowy stadionu lekkoatletycznego co najmniej kategorii III*

*(wg wytycznych PZLA) wraz z infrastrukturą towarzyszącą* (analogiczne postanowienie zostało zawarte w sekcji III pkt III.3.2) ogłoszenia o zamówieniu).

Odwołujący w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu załączył do oferty wykaz wykonanych głównych usług oraz list referencyjny z dnia 23 września 2013 roku pochodzący od Akademii Wychowania Fizycznego Józefa Piłsudskiego w Warszawie Wydział Wychowania Fizycznego i Sportu w Białej Podlaskiej. Z przedstawionych przez odwołującego dokumentów wynika, że aby wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia odwołujący posłużył się potencjałem podmiotu trzeciego, tj. M. Polska Sp. z o.o., który udostępnił odwołującemu zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji zadania pn.: „Modernizacja (Remont) stadionu lekkoatletycznego” na rzecz Akademii Wychowania Fizycznego Józefa Piłsudskiego w Warszawie Wydział Wychowania Fizycznego i Sportu w Białej Podlaskiej. W liście referencyjnym został wskazany zakres prac stanowiących przedmiot umowy w tym m.in.: sporządzenie dokumentacji projektowej z uwzględnieniem wymogów IAAF i PZLA oraz akceptacja dokumentacji projektowej przez PZLA w celu uzyskania Świadectwa; wykonanie robót ziemnych; wykonanie robót budowlanych; wykonanie kanalizacji deszczowej; wykonanie zagospodarowania terenu wraz z zielenią, wykonanie kompletnej instalacji CCTV; zakup i montaż oraz uruchomienie tablicy wyników.

Zamawiający w dniu 26 kwietnia 2016 roku wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów i oświadczeń złożonych wraz z ofertą potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wymaganych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, w przypadku, gdy wykonanie zadania: „Modernizacja (Remont) stadionu lekkoatletycznego” nie potwierdzi spełniania warunku posiadania doświadczenia. W wezwaniu tym zamawiający wskazał, iż z uwagi na fakt, iż na podstawie przedłożonych dokumentów nie może stwierdzić, czy wykonana przez firmę M.-Sport Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie dokumentacja projektowa obejmowała dokumentację projektową (budowlano-wykonawczą) budowy lub przebudowy stadionu lekkoatletycznego co najmniej kategorii III (wg wytycznych PZLA) wraz z infrastrukturą towarzyszącą, to zwraca się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w tej kwestii.

Odwołujący w ramach wyjaśnień z dnia 29 kwietnia 2016 roku przedłożył zamawiającemu kopię oświadczenia Prezesa Zarządu M. Polska Sp. z o.o., potwierdzającego, iż referencja dotycząca Stadionu lekkoatletycznego Akademii Wychowania Fizycznego w Warszawie, obejmowała swoim zakresem wykonanie dokumentacji projektowej wykonawczej wraz z wykonaniem na jej podstawie robót



budowlanych polegających na przebudowie stadionu lekkoatletycznego mających na celu dostosowanie stadionu do wymagań PZLA dla kat. III oraz przedłożył Świadectwo PZLA nr 1/2013.

Ponadto, zamawiający w dniu 5 maja 2016 roku zwrócił się do Akademii Wychowania Fizycznego w Warszawie Wydział Wychowania Fizycznego i Sportu w Białej Podlaskiej o udzielenie informacji na temat zakresu prac wykonywanych przez firmę M. Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy realizacji zadania „Modernizacja (Remont) stadionu lekkoatletycznego”, w szczególności czy w ramach przedmiotowego zadania wykonawca M. Polska Sp. z o.o. opracował dokumentację projektową (budowlano-wykonawczą) budowy lub przebudowy stadionu lekkoatletycznego co najmniej kategorii III (wg wytycznych PZLA) wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

Pismem z dnia 9 maja 2016 roku Akademia Wychowania Fizycznego w Warszawie Filia w Białej Podlaskiej poinformowała zamawiającego jakie roboty obejmował zakres zadania „Modernizacja (Remont) stadionu lekkoatletycznego” zrealizowanego w roku 2013 przez firmę M. Polska oraz wskazała, iż wykonawca zobowiązany był w ramach zamówienia przed wykonaniem robót do zaopiniowania i uzgodnienia w PZLA koncepcji i projektu technicznego usytuowania urządzeń lekkoatletycznych zgodnie z wymaganiami dla kat. IIIA oraz na etapie realizacji robót budowlanych do opracowania dokumentacji projektowej wykonawczej w zakresie niezbędnym do prawidłowego wykonania robót budowlanych, tj. robót remontowych w rozumieniu art. 3 ust. 8 ustawy Prawo budowlane.

Zamawiający w dniu 23 maja 2016 roku zawiadomił wykonawców o wynikach postępowania, w tym o wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na to, iż realizacji zamówienia, o którym mowa powyżej, (tj.: „Modernizacja (Remont) stadionu lekkoatletycznego”) nie może zakwalifikować jako potwierdzającego posiadanie doświadczenia w realizacji zadania polegającego na opracowaniu dokumentacji projektowej (budowlano-wykonawczej) budowy lub przebudowy stadionu lekkoatletycznego co najmniej kategorii III (wg wytycznych PZLA) wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Ponadto, zamawiający stwierdził, że wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem wykonawca przedłożył dokumenty poświadczające nieprawdziwą informację, iż w ramach zadania „Modernizacja (Remont) stadionu lekkoatletycznego” wykonana była dokumentacja projektowa wykonawcza przebudowy stadionu lekkoatletycznego mająca na celu dostosowanie stadionu do wymagań PZLA dla kat. III, podczas, gdy przedmiotowa dokumentacja dotyczyła robót remontowych, a zatem nie mieściła się w wymaganym przez zamawiającego pojęciu dokumentacji projektowej (budowlano-wykonawczej) budowy lub przebudowy stadionu lekkoatletycznego.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp: *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.*

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia określony w części IV ust. 1 pkt 2) SIWZ polegający na wykonaniu co najmniej 1 zadania w zakresie opracowania dokumentacji projektowej (budowlano-wykonawczej) budowy lub przebudowy stadionu lekkoatletycznego co najmniej kategorii III (wg wytycznych PZLA) wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

Stosownie do art. 3 ust. 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane [j.t. Dz. U. z 2016 r., poz. 290] – zwanej dalej: „*Prawo budowlane*”: *ilekroć w ustawie jest mowa o: budowie - należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego.* Przepis art. 3 ust. 7a Prawa budowlanego stanowi, iż: *ilekroć w ustawie jest mowa o: przebudowie - należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego.* Z kolei w art. 3 ust. 8 Prawa budowlanego ustawodawca wskazał, iż: *ilekroć w ustawie jest mowa o: remoncie - należy przez to rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.*

W niniejszym postępowaniu kwestią sporną było to czy w ramach realizacji zadania: „Modernizacja (Remont) stadionu lekkoatletycznego” na rzecz Akademii Wychowania Fizycznego w Warszawie Wydział Wychowania Fizycznego i Sportu w Białej Podlaskiej M. Polska Sp. z o.o., udostępniająca swój potencjał odwołującemu, opracowała dokumentację projektową (budowlano-wykonawczą) przebudowy stadionu lekkoatletycznego co najmniej kategorii III (wg wytycznych PZLA) czy też jedynie opracowała taką dokumentację jedynie w zakresie robót remontowych, co już nie potwierdzałoby spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Należy zwrócić uwagę, iż zgodnie z § 1 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. z 2013 r., poz. 231] *w razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa*

*odpowiednio w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2, budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu.*

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu powziął wątpliwości czy dokumenty złożone przez odwołującego potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, dlatego też w oparciu o powołany przepis § 1 ust. 5 ww. Rozporządzenia zwrócił się do Akademii Wychowania Fizycznego w Warszawie Wydział Wychowania Fizycznego i Sportu w Białej Podlaskiej o udzielenie dodatkowych informacji, o czym już była mowa powyżej.

Wobec jednoznacznego oświadczenia Akademii Wychowania Fizycznego w Warszawie Filia w Białej Podlaskiej – podmiotu na rzecz którego zadanie zostało wykonane (inwestora) - iż opracowanie dokumentacji projektowej wykonawczej w zakresie niezbędnym do prawidłowego wykonania robót budowlanych, dotyczyło robót remontowych w rozumieniu art. 3 ust. 8 ustawy Prawo budowlane, Izba uznała, że zamawiający prawidłowo wykluczył odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do szczegółowej argumentacji przedstawionej przez odwołującego zarówno w piśmie procesowym z dnia 9 czerwca 2016 roku, złożonym w toku posiedzenia z udziałem stron, jak i wyrażonej ustanie w trakcie rozprawy, wskazującej na to, iż opracowanie dokumentacji projektowej obejmowało swoim zakresem roboty budowlane polegające na przebudowie, należy podkreślić, że przede wszystkim odwołujący powinien tą argumentację przedstawić zamawiającemu w ramach składanych przez siebie wyjaśnień. Tymczasem, odwołujący zaniechał tego i w ramach wyjaśnień z dnia 29 kwietnia 2016 roku przedłożył jedynie zamawiającemu kopię oświadczenia Prezesa Zarządu M. Polska Sp. z o.o. oraz Świadcstwo PZLA nr 1/2013, nie przedstawiając w tym zakresie dodatkowych wyjaśnień.

Odwołujący złożył ponadto w toku rozprawy poświadczenie z dnia 9 czerwca 2016 roku pochodzące od Akademii Wychowania Fizycznego w Warszawie Filia w Białej Podlaskiej, dotyczące zakresu robót dla jakich została wykonana dokumentacja projektowa wykonawcza. Zwrócić jednak należy uwagę, że w przedmiotowym poświadczeniu Akademia Wychowania Fizycznego nie określiła czy dokumentacja projektowa wykonawcza została opracowana dla robót budowlanych polegających na remoncie czy na przebudowie, a takie

jednoznaczne stanowisko zawarła w piśmie z dnia 9 maja 2016 roku skierowanym do zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, podczas gdy odwołujący wykazał spełnienie tych warunków, nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, podczas gdy odwołujący złożył informacje zgodne ze stanem faktycznym, stwierdzić należy co następuje.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp: *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.*

Słusznie odwołujący podnosił w toku rozprawy, że pełen zakres prac wykonanych przez M. Polska Sp. z o.o. był znany zamawiającemu już z treści referencji, a odwołujący nie ukrywał żadnego elementu robót. Z treści przedłożonych przez odwołującego dokumentów nie wynika, że ujęte zostały w nich prace faktycznie nie wykonane przez M. Polska Sp. z o.o. Kwestią sporną było jedynie to czy zakwalifikować opracowanie dokumentacji projektowej, która przecież była częścią zadania realizowanego na rzecz Akademii Wychowania Fizycznego w Warszawie Filia w Białej Podlaskiej, jako obejmującej roboty w postaci przebudowy czy też remontu. Zasadnie również odwołujący zwracał uwagę, że w zawiadomieniu o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu zamawiający nie zidentyfikował (nie określił) tych elementów oferty, które wskazywałyby na to, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje. Niewątpliwie, w ocenie Izby, działanie odwołującego charakteryzowało się nie tylko brakiem celowości co do wprowadzenia zamawiającego w błąd, które miałyby wpływ lub mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, lecz przede wszystkim nie można uznać, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, skoro zakres wykonanych prac był bezsporny, a sporna pozostawała jedynie ich kwalifikacja na gruncie przepisów Prawa budowlanego.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp potwierdził się. Niemniej jednak z uwagi na przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiący, iż: *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia,* biorąc pod uwagę fakt, że odwołujący podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu

na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, odwołanie w tym zakresie nie mogło zostać uwzględnione.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia stwierdzić należy, co następuje.

Przede wszystkim należy zauważyć, że zamawiający pismem z dnia 26 kwietnia 2016 roku wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów i oświadczeń złożonych wraz z ofertą potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wymaganych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, w przypadku, gdy wykonanie zadania: „Modernizacja (Remont) stadionu lekkoatletycznego” nie potwierdzi spełniania warunku posiadania doświadczenia. Odwołujący kwestionował taki sposób wezwania (wezwanie do wyjaśnień z alternatywną opcją uzupełnienia dokumentów) wskazując, iż to rolą zamawiającego, a nie wykonawcy, jest stwierdzenie czy wykonawca potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W tym miejscu zwrócić uwagę należy, że przedmiotowe postępowanie to tzw. postępowanie poniżej progów unijnych. Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 2 ustawy Pzp: *jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:*

- 1) *wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;*
- 2) *opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;*
- 3) *wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;*
- 4) *odrzućcia oferty odwołującego.*

Powyższy katalog czynności zamawiającego, względem których wykonawcy przysługuje odwołanie w przypadku, gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (jak to ma miejsce w tym postępowaniu), nie obejmuje czynności polegającej na wezwaniu do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp czy wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a ewentualnie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w przypadku, gdy wykazane zadanie nie potwierdza spełniania warunku posiadania wymaganego doświadczenia. Sposób dokonania tej czynności nie może być kwestionowany przez wykonawcę w drodze przysługujących mu środków ochrony prawnej.

Inaczej być może zostałaaby oceniona sytuacja, gdyby zamawiający w ogóle zaniechał czynności w postaci wezwania do uzupełnienia dokumentów czy wyjaśnień, co w konsekwencji prowadziłoby do odrzucenia oferty odwołującego. W tym przypadku, odwołujący uznał, że wykazane przez niego prace potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia i udzielił wyjaśnień w tym zakresie jakie uznał za słuszne, a zrezygnował z prawa do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na wezwanie zamawiającego z dnia 26 kwietnia 2016 roku.

Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji ustalenia, iż wykonawca został słusznie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, Izba uznała, że bezzasadny jest zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie oferty odwołującego za odrzuconą.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, należy wskazać, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie stanowił podstawy odrzucenia oferty odwołującego. Zamawiający w zawiadomieniu o wynikach postępowania, w tym o wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzuceniu jego oferty, wskazał dodatkowo na okoliczności, z których miało wynikać, że odwołujący wraz z innym wykonawcą działali w porozumieniu, stwarzając jedynie pozory uczciwej konkurencji. Podnieść należy, że ta argumentacja nie dotyczyła jednak podstaw odrzucenia oferty odwołującego, a została wyrażona niejako „na marginesie”. Biorąc pod uwagę fakt, że odwołującemu przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania wobec czynności zamawiającego, wskazanych art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, Izba pozostawiła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp bez rozpoznania.

W konsekwencji powyższych ustaleń Izba uznała, że nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy, tj. odwołującemu.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie kosztów według norm przepisanych, ponieważ zgodnie z § 3 pkt 2 ww. Rozporządzenia: *do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej "kosztami", zalicza się: uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby, b) wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3.600 zł.*

Jak wynika z powyższego, koszty stron postępowania określa się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, przy czym w przypadku wynagrodzenia pełnomocnika ww. Rozporządzenie określa kwotę maksymalną takiego wynagrodzenia. Skoro zamawiający nie przedłożył żadnych rachunków potwierdzających wysokość poniesionych przez niego kosztów, to Izba nie miała podstaw, aby zasądzić na jego rzecz koszty postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:** .....