

WYROK
z dnia 23 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 października 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **21 września 2020 r.** przez wykonawcę **J. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą »EKO-REM-BUD« J. C., Łabowa 185, 33-336 Łabowa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Powiat Nowosądecki, ul. Jagiellońska 33, 33-300 Nowy Sącz**

przy udziale wykonawcy **P. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana „G.” P. G., ul. Boczna 11, 34-600 Limanowa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **J. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą »EKO-REM-BUD« J. C., Łabowa 185, 33-336 Łabowa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **J. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą »EKO-REM-BUD« J. C., Łabowa 185, 33-336 Łabowa** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Powiat Nowosądecki, ul. Jagiellońska 33, 33-300 Nowy Sącz wszczął postępowanie na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »zamówienie na roboty budowlane polegające na budowie hali sportowej wraz ze strzelnicą przy Zespole Szkół Zawodowych im. Władysława Orkana w Marcinkowicach«.

20.05.2020 r. zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nrem 541889-N-2020.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej w skrócie Pzp.

16.09.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy P. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana „G.” P. G., ul. Boczna 11, 34-600 Limanowa [dalej wykonawca PG].

21.09.2020 r. wykonawca J. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą »EKO-REM-BUD« J. C., Łabowa 185, 33-336 Łabowa (dalej odwołujący), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

- 1) art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 lit. a Pzp ze względu na wybór oferty złożonej przez wykonawcę PG, która nie jest najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy i SIWZ;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez brak zastosowania tego przepisu i zaniechanie wykluczenia wykonawcy PG z postępowania, pomimo że wykonawca PG nie wykazał, że spełnia warunki w zakresie zdolności technicznej:
 - a) co do wykonania robót podobnych,
 - b) co do dysponowania kierownikiem budowy o wymaganych kwalifikacjach i doświadczeniu;
- 3) art. 24 pkt 16 lub 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez brak zastosowania tych przepisów i zaniechanie wykluczenia wykonawcy PG z postępowania, pomimo że wykonawca PG w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd w ten sposób, że w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu podał zawyżoną wartość robót budowlanych dla

realizacji »Przebudowy i rozbudowy budynku przy ul. Bronisława Czecha w Limanowej na potrzeby Limanowskiego Domu Kultury«;

- 4) art. 89 ust. 1 pkt 5 i 24 ust. 4 Pzp przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PG pomimo, że wykonawca PG podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenie wykonawcy PG z postępowania i odrzucenie oferty wykonawcy PG;
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego.

Argumentacja odwołującego

I. Dotychczasowe czynności

W toku postępowania zamawiający wskazał, że na sfinansowanie zamówienia przeznaczył 14 812 000 zł (łącznie z VAT).

W postępowaniu złożono 15 ofert z cenami od 10.276.214,11 zł do 14.350.000 zł. Zamawiający odrzucił 13 ofert. Zamawiający poddał ocenie:

- a) ofertę odwołującego z ceną 12 208 824,45 zł, której zamawiający przyznał 93,45 pkt,
- b) ofertę wykonawcy PG z ceną 11 892 568,74 zł, której zamawiający przyznał 100 pkt.

Zamawiający pismem z 16.09.2020 r. poinformował, że za ofertę najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez wykonawcę PG.

II. Postanowienia SIWZ

1. Zgodnie z postanowieniami ust. 10 pkt 1 lit. rzymska cyfra I lit. c ppkt i oraz ppkt ii SIWZ zamawiający w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymagał, aby: wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (...) wykonał w sposób należyty oraz zgodnie z przepisami Prawa budowlanego i prawidłowo ukończył roboty budowlane o podobnym charakterze do robót stanowiących przedmiot zamówienia – należy przez to rozumieć wykonanie:

- co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub rozbudowie lub przebudowie budynku sali gimnastycznej lub hali sportowej, lub sali lub hali widowiskowej lub widowiskowo-sportowej, lub innego kubaturowego obiektu sportowego lub widowiskowego, lub widowiskowo-sportowego wraz z krytą strzelnicą o wartości nie mniejszej niż 5 000 000 zł brutto lub
- co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub rozbudowie lub przebudowie budynku sali gimnastycznej lub hali sportowej, lub sali lub hali

widowiskowej lub widowiskowo-sportowej o wartości nie mniejszej niż 5 000 000 zł brutto, lub

- co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub rozbudowie lub przebudowie budynku krytej strzelnicy o wartości nie mniejszej niż 5 000 000 zł brutto, lub
- co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub rozbudowie lub przebudowie innego kubaturowego obiektu sportowego lub widowiskowego, lub widowiskowo-sportowego o wartości nie mniejszej niż 5 000 000 zł brutto.

2. Niezwykle istotne dla odwołania jest zastrzeżenie postawione przez zamawiającego zastrzeżenie o następującej treści: »W przypadku, gdy wymagane dla potwierdzenia zdolności technicznej lub zawodowej roboty budowlane są częścią większego zamówienia obejmującego szerszy zakres robót budowlanych, należy bezwzględnie podać tylko wartość dotyczącą wymaganego zakresu robót i tylko te roboty należy wymienić«.

3. Kolejnym warunkiem zamawiającego był wymóg kadrowy, aby kierownikiem budowy posiadającym wymagane przez prawo uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz który przez co najmniej 18 miesięcy brał udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury.

4. Wykonawca PG nie wykazał spełnienia ww. warunków i wprowadził zamawiającego w błąd co do wartości i zakresu robót budowlanych wykonywanych w ramach zadania: Przebudowa i rozbudowy budynku przy ul. Bronisława Czecha w Limanowej na potrzeby Limanowskiego Domu Kultury.

III. Zaniechanie wykluczenia z powodu braku wykonania zamówień podobnych w rozumieniu SIWZ

1. Z oferty wykonawcy PG wynika jednoznacznie, że wykonawca PG:

- a) nie korzysta z usług podwykonawców,
- b) nie polega na zasobach osób trzecich.

2. Zgodnie z zał. nr 1 do oferty wykonawcy PG (datowany na 7.09.2020 r.) wykonawca PG wskazał jedną realizację, czyli ww. realizację robót na potrzeby Limanowskiego Domu Kultury o wartości 10 893 312,69 zł. Z załączonych referencji wynika te, że wykonawca PG »w ramach zamówienia uzupełniającego o wartości 584 304,78 zł brutto (...) Firma (...) wykonała w Sali widowiskowej instalacje systemu oświetlenia scenicznego, scenotechniki (AV), kinotechniki, system inspicjenta i rozgłoszeniowy, instalacje mechaniki scenicznej, przyłącza ściennie i podłogowe sceny i widowni oraz instalacje pętli indukcyjnych«. Ponadto wykonawca PG wskazał, że budynek posiada dwie kondygnacje nadziemne i jedną podziemną, a powierzchnia terenów utwardzonych to 628 m².

3. Zamawiający pismem z 10.09.2020 r. zażądał wyjaśnień i w razie potrzeby złożenia stosownych dokumentów na okoliczność spełnienia warunku co do zakresu wykonanych robót i wartości robót odpowiadającej warunkowi. Tym samym ponowne wezwanie w tym zakresie nie jest dopuszczalne.

4. Wykonawca PG pismem z 11.09.2020 r. wyjaśnił, że w ramach robót wykonanych na potrzeby Limanowskiego Domu Kultury wykonano »place i chodniki« za cenę 60 313,05 zł i o tę wartość należy „pomniejszyć” wartość robót wskazanych na potrzeby wykazania spełnienia warunku.

5. Informacje te wprowadzają w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu i jednocześnie informacje te wprowadzają w błąd co miało istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w toku postępowania.

6. Jak wynika to z cytowanego wcześniej fragmentu SIWZ każdy z wykonawców musiał wykazać się realizacją robót budowlanych o charakterze podobnym do robót stanowiących przedmiot zamówienia. Roboty o wartości co najmniej 5 000 000 zł polegających na budowie (rozbudowie lub przebudowie):

budynku sali gimnastycznej, hali sportowej, sali lub hali widowiskowej lub widowiskowo-sportowej, lub innego kubaturowego obiektu sportowego lub widowiskowego, lub widowiskowo-sportowego wraz z krytą strzelnicą,

- budynku sali gimnastycznej lub hali sportowej, lub sali lub hali widowiskowej lub widowiskowo-sportowej,
- budynku krytej strzelnicy,
- kubaturowego obiektu sportowego lub widowiskowego, lub widowiskowo-sportowego.

7. Zgodnie z zastrzeżeniem zawartym w SIWZ, na potrzeby wykazywania warunku można było podać jedynie wartość dotyczącą wymaganego zakresu robót i tylko te roboty należało wykazać. Zamawiający istotnie ograniczył roboty, na które można było się powoływać, gdyż roboty te musiały dotyczyć (skracając) sali gimnastycznej, strzelnicy krytej albo obiektu sportowego. Wykonawca PG powołał się na przebudowę i rozbudowę istniejącego budynku – budynek ten nie spełnia wymagania, gdyż:

- a) nie był salą gimnastyczną,
- b) nie był strzelnicą krytą,
- c) nie był obiektem sportowym, widowiskowym lub widowiskowo-sportowym.

8. Jak się wydaje wykonawca PG przyjął, że budynek (niezależnie od jego pierwotnego przeznaczenia) po przebudowie lub rozbudowie ma pełnić funkcje sali gimnastycznej, krytej strzelnicy lub obiektu sportowego. Jednak podejście takie jest błędne, gdyż zamawiający zastrzegł, że na potrzeby wykazania spełnienia warunku należy powołać się wyłącznie na budowę, rozbudowę lub przebudowę budynku lub kubaturowego obiektu sportowego. SIWZ dopuszczała zatem podawanie jedynie tej wartości robót, która dotyczy wymaganego

zakresu robót i tylko te roboty należało wymienić. W ofercie wykonawcy PG wymieniono wszystkie roboty wykonywane na potrzeby Limanowskiego Domu Kultury i powołano się na ich łączną wartość. Działanie to jest błędne i nie skutkuje wykazaniem spełnienia warunku. Tym samym wykonawca PG powinien być wykluczony z postępowania a oferta wykonawcy PG odrzucona.

9. Jednocześnie realizacja na potrzeby Limanowskiego Domu Kultury nie spełnia warunku ze względu na brak wymaganej wartości zrealizowanych robót.

10. Zamawiający zauważył – *vide* pismo z 10.09.2020 r. – że wartość i rodzaj robót wskazane w ofercie wykonawcy PG dotyczą wszystkich robót wykonanych w ramach umowy. Literalnie wskazano na wykonanie terenów utwardzonych. Wykonawca PG w piśmie z 11.09.2020 r. potwierdził zawyżenie wartości robót i skorygował podaną w ofercie wartość wykonanych robót. Z załączonego zestawienia robót wynika, że pierwotnie przywołano wartość wszystkich robót (a po wezwaniu przez zamawiającego pominięto wartość placów i chodników) a nie tylko robót dotyczących sali widowiskowej (wykonawca PG nie powołuje się na wykonania strzelnicy i obiektu sportowego).

11. Z załączonego zestawienia robót wynika jednak, że roboty nie zostały ukończone przez wykonawcę PG, a zatem nie spełniają postawionego wymagania co do prawidłowego ukończenia robót. W zestawieniu wskazano bowiem, że:

- a) instalacje elektryczne wykonano w 98%,
- b) instalacje sanitarne wykonano w 98%,
- c) instalacje teletechniczne wykonano w 95%.

12. W konsekwencji, w świetle SIWZ, nie jest dopuszczalne uznanie, że wykonawca PG spełnia wymagania, gdyż przedstawione roboty i ich wartość nie dotyczy tylko i wyłącznie budowy lub przebudowy lub rozbudowy budynku będącego salą gimnastyczną lub strzelnicą krytą lub kubaturowym obiektem sportowym. Błędym w świetle postanowień SIWZ jest uznanie, że warunek jest spełniony, jeżeli wskazane w ofercie roboty dotyczyły jakiegokolwiek budynku, hali lub obiektu kubaturowego jeżeli w tym budynku jest sala gimnastyczna lub strzelnica lub hala widowiskowa. Błędem jest też kwalifikowanie wszystkich robót w budynku na potrzeby ustalenia wartości robót (na potrzeby spełnienia warunku tj. do kwoty 5 000 000 zł) – gdyż z SIWZ wynika, że na wymaganą kwotę 5 000 000 zł można sumować jedynie roboty dotyczące sali gimnastycznej lub strzelnicy krytej lub obiektu sportowego – budynki te muszą być autonomiczne.

13. Referencje z 4.05.2020 r. wystawione przez Urząd Miasta Limanowa wskazują jednoznacznie, że budynek w Limanowej w ramach wykonanej przebudowy i rozbudowy został wyposażony w nowoczesną salę widowiskową – nie wycofując żadnego z zarzutów i argumentów – zamawiający powinien uwzględnić jedynie te roboty i taką ich wartość, która

dotyczy wskazanej w referencjach sali widowiskowej. Jednak mimo wezwania wykonawcy PG nie podał tej wartości, a dokumentów złożonych wartości tej nie da się ustalić.

IV. Zaniechanie wykluczenia z powodu braku kierownika budowy spełniających wymagania wskazane w rozumieniu SIWZ

1. Zamawiający wymagał, by kierownik budowy:

- a) posiadał nieograniczone uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz
- b) przez co najmniej 18 miesięcy brał udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury.

2. W ofercie wykonawcy PG wskazano, że kierownikiem budowy będzie A. W. [dalej A. W.].

3. Wykonawca PG przedstawił uprawnienia A. W., z których wynika – co nie jest kwestionowane – prawo do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń. Skoro A. W. uzyskał uprawnienia 28.06.2019 r., a zatem osiemnastomiesięczne doświadczenie może nabyć nie wcześniej niż z końcem 2020 r.

V. Podsumowanie

1. Wykonawca PG nie wykazał, że spełnia warunki postawione w SIWZ, a zatem powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

2. Wykonawca PG podał informacje wprowadzające w błąd co do parametrów wykonanych uprzednio robót i doświadczenia kierownika budowy w celu wykazania spełnienia warunku, a zatem powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

3. Oferta wykonawcy PG powinna być uznana za odrzuconą, a następnie odrzucona zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 5 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

4. Odwołujący wniósł o uwzględnienie przedstawionej argumentacji i uznanie odwołania za zasadne.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 21.09.2020 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 22.09.2020 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

25.10.2020 r. wykonawca złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł do Prezesa Izby odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 5.10.2020 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp – przez brak zastosowania tego przepisu i zaniechanie wykluczenia wykonawcy PG z postępowania, pomimo że wykonawca PG nie wykazał, że spełnia warunki w zakresie zdolności technicznej (a) co do wykonania robót podobnych i (b) co do dysponowania kierownikiem budowy o wymaganych kwalifikacjach i doświadczeniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający w ust. 10 element I lit. c ppkt i oraz ii SIWZ postawił warunki udziału w postępowaniu, cyt.:

»10. Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 i ust. 5 Pzp [...].

I. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 1b Pzp zamawiający określa następujące warunki udziału w postępowaniu [...]

c) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

W tym zakresie zamawiający wymaga, aby:

- i) wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonał w sposób należyty oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył roboty budowlane o podobnym charakterze do robót stanowiących przedmiot zamówienia – należy przez to rozumieć wykonanie:
- co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub rozbudowie lub przebudowie budynku sali gimnastycznej lub hali sportowej, lub sali/hali widowiskowej lub widowiskowo-sportowej, lub innego kubaturowego obiektu sportowego lub widowiskowego, lub widowiskowo-sportowego wraz z krytą strzelnicą o wartości nie mniejszej niż 5 000 000 zł brutto, lub
 - co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub rozbudowie lub przebudowie budynku sali gimnastycznej lub hali sportowej, lub sali/hali widowiskowej lub widowiskowo-sportowej o wartości nie mniejszej niż 5 000 000 zł brutto, lub
 - co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub rozbudowie lub przebudowie budynku krytej strzelnicy o wartości nie mniejszej niż 5 000 000 zł brutto, lub
 - co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub rozbudowie lub przebudowie innego kubaturowego obiektu sportowego lub widowiskowego, lub widowiskowo-sportowego o wartości nie mniejszej niż 5 000 000 zł brutto.

Uwaga:

- W przypadku, gdy wymagane dla potwierdzenia zdolności technicznej lub zawodowej roboty budowlane są częścią większego zamówienia obejmującego szerszy zakres robót budowlanych, należy bezwzględnie podać tylko wartość dotyczącą wymaganego zakresu robót i tylko te roboty należy wymienić.
- W przypadku, gdy wartość robót budowlanych będzie wyrażona w walucie innej niż PLN, zamawiający przeliczy wartość na PLN zgodnie z kursem ogłoszonym przez Narodowy Bank Polski, według kursu średniego podanego w dniu, w którym zostało zamieszczone przez zamawiającego ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

ii) wykonawca dysponował:

- kierownikiem budowy posiadającym wymagane przez prawo uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz który przez co najmniej 18 miesięcy brał udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury,

- kierownikiem robót branżowych posiadającym wymagane przez prawo uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń,
 - kierownikiem robót branżowych posiadającym wymagane przez prawo uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń,
- do kierowania powyższymi robotami zgodnie z ich zakresem.

(Zamawiający uzna warunek za spełniony także wówczas, jeżeli wskazane powyżej uprawnienia będą posiadały trzy osoby lub dwie osoby, lub jedna osoba). Zamawiający dopuszcza kwalifikacje równoważne do ww., zdobyte w innych państwach na zasadach określonych w art. 12a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2019 r. poz. 1186 ze zm.)«.

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że wykonawca PG nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż Limanowski Dom Kultury wskazany przez wykonawcę PG na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, cyt.:

- »a) nie był salą gimnastyczną,
- b) nie był strzelnicą krytą,
- c) nie był obiektem sportowym, widowiskowym lub widowiskowo-sportowym«.

Jednak Izba stwierdza, że Limanowski Dom Kultury wskazany przez wykonawcę PG spełnia warunek określony przez zamawiającego w ust. 10 element I lit. c ppkt i tiret czwarte SIWZ, który brzmi »W tym zakresie zamawiający wymaga, aby [...] wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonał w sposób należyty oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył roboty budowlane o podobnym charakterze do robót stanowiących przedmiot zamówienia – należy przez to rozumieć wykonanie [...] co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub rozbudowie lub przebudowie **innego kubaturowego obiektu** sportowego lub **widowiskowego**, lub widowiskowo-sportowego o wartości nie mniejszej niż 5 000 000 zł brutto« [podkreślenia – Izba]. Tym bardziej wykonane roboty budowlane w Limanowskim Domu Kultury spełniają warunek postawiony przez zamawiającego, że w skład tego budynku wchodzi sala widowiskowa.

Ponadto zamawiający znalazł potwierdzenie, że Limanowski Dom Kultury był i jest budynkiem o charakterze widowiskowym w ogólnodostępnych informacjach zamieszczonych na stronie internetowej Limanowskiego Domu Kultury. Z informacji tych wynika, że budynek przed jego przebudową i rozbudową był budynkiem o charakterze widowiskowym, cyt. »W maju 2017 r., dzięki staraniom Burmistrza Miasta Limanowa W. B., samorządowi miasta

Limanowa zostało przyznane dofinansowanie na realizację Projektu „Przebudowa i rozbudowa budynku przy ul. Czecha w Limanowej dla potrzeb Domu Kultury z salą widowiskową”. [...] Po przebudowie i rozbudowie budynek Limanowskiego Domu Kultury, nadal będzie pełnił dotychczasowe funkcje, tj. widowiskowo-teatralną, pracowni artystycznych i klubów zainteresowań, do budynku powróci również prowadzone przez LDK Kino Klaps» (źródło: <https://www.ldk.limanowa.pl/10/historia> dostępne 23.09.2020 r.).

Drugim czynnikiem warunkującym spełnienie warunku udziału w postępowaniu była wartość wykonanych robót nie mniejsza niż 5 000 000 zł, a te wykonawca PG wykazał na ok. 11 000 000 zł i nawet po zmniejszeniu tej wartości o kwotę ok. 60 000 zł za wykonanie robót nie wchodzących w zakres referencyjnych robót, wykonawca PG wykazał wartość ok. 2 razy większą niż wymagana, co nie daje zamawiającemu uprawnienia do wykluczenia wykonawcy PG z postępowania.

Ponadto należy zauważyć, że roboty te zostały wykonane w ramach jednego zamówienia z 15.03.2018 r. – umowa nr 17/WI/2018.

Również wskazanie przez odwołującego niepełnego ukończenia referencyjnych robót przez wykonawcę PG wyniknęło z nie uwzględnienia całej zawartości formularza złożonego przez wykonawcę PG pn. „Zestawienie robót”. Odwołujący nie wziął pod uwagę prac wykazanych w przedostatniej i ostatniej kolumnie tego dokumentu, gdzie wykonawca PG wykazał roboty uzupełniające wartość całego zamówienia do 100%.

Odwołujący zarzucił także wykonawcy PG brak spełnienia warunku określonego w ust. 10 element I lit. c ppkt ii tiret pierwsze SIWZ (przytoczony wyżej). Z tego postanowienia wynika, że osoba wytypowana na kierownika budowy musi (1) posiadać wymagane przez prawo uprawnienia budowlane oraz (2) wykazać, że przez co najmniej 18 miesięcy brał udział w robotach budowlanych prowadzonych przy określonych zabytkach. Odwołujący zarzucił, że osoba wytypowana przez wykonawcę PG na stanowisko kierownika robót nie brała udziału w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach po uzyskaniu uprawnień budowlanych. Jednak odwołujący nie wykazał istnienia takiego postanowienia w SIWZ, a wprost przeciwnie Izba stwierdza, że na branie udziału w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach w obojętnym czasie wskazuje właśnie zastosowane wyrażenie »brania udziału w robotach«. Gdyby zamawiający wymagał, aby kierownik budowy po uzyskaniu uprawnień brał udział w robotach prowadzonych przy zabytkach, zamawiający wskazałby na to bezpośrednio redagując postanowienie np. »kierował robotami budowlanymi prowadzonymi przy zabytkach« czy np. »brał udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach po uzyskaniu uprawnień budowlanych«.

Jednocześnie zamawiający wskazał, że rozpatrywane postanowienie było wpisane do SIWZ na podstawie art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U. z 2020 r. poz. 282), który brzmi »Robotami budowlanymi kieruje albo

nadzór inwestorski wykonuje, przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru osoba, która posiada uprawnienia budowlane określone przepisami Prawa budowlanego oraz która przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury» i zamawiający nie ma prawa stosować w SIWZ bardziej restrykcyjnych uregulowań niż w ustawie.

Izba musi stwierdzić, że nic nie zabrania zamawiającemu wprowadzać do SIWZ postanowień odmiennych niż ustawowe, a w tym surowszych, chyba, że naruszałoby to przepisy, a w rozpoznawanym przypadku nic takiego nie miało miejsca. Jednak Izba stwierdza, że zamawiający rzeczywiście nie wprowadził do SIWZ bardziej restrykcyjnych postanowień, co zostało wykazane w wyżej przedstawionej analizie treści postanowienia ust. 10 element I lit. c ppkt ii tiret pierwsze SIWZ.

Jak z tego wynika wykonawca PG wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, których wykazanie kwestionował odwołujący. Dlatego zamawiający nie miał prawa wykluczyć wykonawcy PG z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, który to przepis brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia«. W związku z tym Izba nie może przychylić się do zarzutu drugiego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 24 pkt 16 lub 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp – przez brak zastosowania tych przepisów i zaniechanie wykluczenia wykonawcy PG z postępowania, pomimo że wykonawca PG w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd w ten sposób, że w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu podał zawyżoną wartość robót budowlanych dla realizacji »Przebudowy i rozbudowy budynku przy ul. Bronisława Czecha w Limanowej na potrzeby Limanowskiego Domu Kultury« – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że wykonawca PG przedstawiając w ofercie wartość zamówienia »Przebudowy i rozbudowy budynku przy ul. Bronisława Czecha w Limanowej na potrzeby Limanowskiego Domu Kultury« na kwotę ok. 11 000 000 zł z wzięciem pod uwagę wykonania nawierzchni utwardzonych na kwotę ok. 60 000 zł nie wprowadził zamawiającego w błąd, gdyż tak przed korektą wykazywanej wartości jak i po korekcie wartość wykazanych robót przez wykonawcę PG pokazywała, że wykonawca PG spełnia warunek udziału w postępowaniu. Ponadto odwołujący nie wykazał innych uchybień wykonawcy PG, o czym wyżej.

Dlatego zamawiający nie miał uprawnień do wykluczenia wykonawcy PG z postępowania na podstawie art. 24 pkt 16 lub 17 Pzp, które to przepisy brzmią »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] (16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów [...] (17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia«.

W związku z tym Izba nie może się przychylić do zarzutu trzeciego naruszenia art. 24 pkt 16 lub 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut czwarty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 i 24 ust. 4 Pzp – przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PG pomimo, że wykonawca PG podlega wykluczeniu z postępowania – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że wykonawca PG spełniał warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i dlatego zamawiający nie miał prawa wykluczyć wykonawcy PG z postępowania, a zatem zamawiający nie mógł uznać oferty wykonawcy PG za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, który to przepis brzmi »Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą«.

Także Izba stwierdza, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, który brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert« – stosuje się tylko w postępowaniach tzw. dwuetapowych czyli w trybach przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem itd. Natomiast rozpoznawane postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, który jest postępowaniem jednoetapowym, a w postępowaniu prowadzonym w tym trybie nie stosuje się przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Dlatego zamawiający nie mógł zastosować w trybie przetargu nieograniczonego żądanego przez odwołującego unormowania art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, tym bardziej, że – zdaniem Izby – oferta wykonawcy PG nie podlegała odrzuceniu z postępowania.

W związku z tym Izba nie może się przychylić do zarzutu czwartego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 i 24 ust. 4 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 lit. a Pzp – przez wybór oferty złożonej przez wykonawcę PG, która nie jest najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy i SIWZ – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zarzut pierwszy jest zarzutem wynikowym w stosunku do pozostałych zarzutów (od drugiego do ostatniego, czwartego). Jednak, skoro zarzuty od drugiego do ostatniego, czwartego nie potwierdziły się, to zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy PG ani do odrzucenia oferty wykonawcy PG. W związku z tym zamawiający miał obowiązek dopuścić ofertę wykonawcy PG do etapu wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, który brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia« i jest związany z art. 2 pkt 5 lit. a Pzp, na który wskazał odwołujący i który to przepis brzmi »Ileokroć w ustawie jest mowa o [...] najkorzystniejszej ofercie – należy przez to rozumieć ofertę [...] która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała [...]«.

Ponadto Izba stwierdza, że powołanie się odwołującego na naruszenie przez zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp, który odnosi się do rażąco niskiej ceny bez przytoczenia przez odwołującego jakiegokolwiek argumentacji dotyczącej rażąco niskiej ceny nie pozwala Izbie na stwierdzenie, że zamawiający naruszył przepis art. 90 ust. 1 Pzp.

Z tego względu, że Izba nie może stwierdzić, że zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 Pzp lub art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 lit. a Pzp, a zamawiający odpowiednio wypełnił dyspozycję przepisu art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 lit. a Pzp – Izba nie może przychylić się do zarzutu pierwszego naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 lit. a Pzp.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: