

Sygn. akt: KIO 2700/22

WYROK

z dnia 26 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2022 r. przez wykonawcę **B. D. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Skarszewy**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu z lit. b i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Ramzes-Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością do uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych podmiotowego środka dowodowego, tj. *Wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty - załącznik nr 3 do SWZ.*
2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części 1/4 i Odwołującego w części 3/4 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3 464 zł 25 gr (słownie: trzy tysiące czterysta sześćdziesiąt cztery złote dwadzieścia pięć groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na posiedzenie oraz opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Skarszewy, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa krytej pływalni w Skarszewach*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 lipca 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00266129/01.

W dniu 12 października 2022 r. wykonawca B. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim, dalej „Odwołujący”, wniosła odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art.128 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu,
2. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, mimo iż te złożone przez wykonawcę nie potwierdzały spełniania warunku udziału w postępowaniu,
3. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez wybór oferty wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Ramzes-Budownictwo Sp. z o.o., pomimo że oferta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,
5. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Ramzes-Budownictwo sp. z o.o., który winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych,

6. art. 57 ustawy Pzp przez uznanie przez Zamawiającego, że Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. jest wykonawcą, który spełnia warunki udziału w postępowaniu i może ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Pismem z dnia 22 października 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oferty Ramzes-Budownictwo sp. z o.o., dokumentów złożonych przez wykonawcę na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 24 października 2022 r. Izba pominęła pismo złożone w dniu 21 października 2022 r. przez Ramzes-Budownictwo sp. z o.o., bowiem wykonawca ten nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie, czyli nie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, a zgodnie z art. 535 ustawy Pzp tylko strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest budowa krytej pływalni w Skarszewach.

Zgodnie ze zmodyfikowanym w dniu 27 lipca 2022 r. Rozdziałem VIII ust. 2 pkt 4 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał minimum 1 robotę budowlaną obejmującą budowę obiektu sportowego o kubaturze nie mniejszej niż 8.000,00 m³ oraz o wartości łącznie z podatkiem VAT, nie mniejszej niż 9.000.000,00 zł (słownie: dziewięć

milionów złotych 00/100). (...) UWAGA! Nie dopuszcza się sumowania mniejszych, częściowych robót objętych odrębnymi umowami lub zleceniami. Przez jedną robotę budowlaną/zadanie rozumie się robotę wykonaną w ramach jednej umowy. Za ukończone roboty budowlane Zamawiający uważa roboty, w których obiekt budowlany został ukończony w taki sposób, że stanowi on całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami i nie tylko, tzn. wydany został co najmniej protokół odbioru końcowego lub dokument równoważny, potwierdzający zakończenie robót, np. Świadectwo Przejęcia (w rozumieniu Warunków Kontraktowych FIDIC). Pod pojęciem budowy rozumie się wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego – zgodnie z art. 3 ust. 6 Prawa budowlanego.

Na potwierdzenie powyższego warunku należało przedłożyć wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty - załącznik nr 3 do SWZ.

Stosownie do Rozdziału IX ust. 1 SWZ z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych: w art. 108 ust. 1 oraz w art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że ofertę złożył wykonawca Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Kokoszkowy, który jak wynika z informacji z rejestru przedsiębiorców znajdujących się w Krajowym Rejestrze Sądowym, wykonawca – spółka Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. (NIP 5922284511) została wpisana do rejestru przedsiębiorców w dniu 21 kwietnia 2021 r. Wspólnikami spółki są: p. A. G.-P. oraz p. R. P., który jest równocześnie prezesem ww. spółki. Zgodnie ze złożoną ofertą Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. nie wskazał, że będzie polegał na zdolnościach jakiegokolwiek podmiotu trzeciego, nie wskazał również, że będzie korzystał z podwykonawcy Usługi Remontowo-Budowlane R. P. w Kokoszkowy, ul. Gdańska 1D.

Dalej, Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 22 września 2022 r. wezwał Ramzes-Budownictwo sp. z o.o., na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty - załącznik nr 3 do SWZ.

W dniu 27 września 2022 r. wykonawca Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. wraz z pismem przewodnim przedłożył wykaz robót budowlanych oraz referencje wystawione przez SEMEKO Budownictwo sp. z o.o.

W wykazie wskazano: w kolumnie, gdzie Zamawiający wymagał podania rodzaju wykonanych robót (budowa obiektu sportowego o kubaturze nie mniejszej niż 8.000,00 m³ oraz o wartości łącznie z podatkiem VAT, nie mniejszej niż 9.000.000,00 zł (słownie: dziewięć milionów złotych 00/100))”, wykonawca podał: Wybudowanie Aquaparku w Redzie: - wykonanie prac ziemnych - wykonanie konstrukcji stanu surowego - wykonanie prac wykończeniowych; w kolumnie, gdzie Zamawiający wymagał podania kubatury, wykonawca podał: 38500 m³, w kolumnie, gdzie Zamawiający wymagał podania wartości robót, wykonawca podał: 12.600.000,00zł; w kolumnie, gdzie Zamawiający wymagał podania terminu realizacji, wykonawca podał: 2012-2015; w kolumnie, gdzie Zamawiający wymagał podania zamawiającego, na rzecz którego roboty zostały wykonane, wykonawca podał: SEMEKO Budownictwo sp. z o.o., 81-313 Gdynia, ul. Tatrzańska 10, NIP: 9571073155.

Wraz z uzupełnionym załącznikiem nr 3 do SWZ, wykonawca załączył referencje wystawione przez SEMEKO Budownictwo sp. z o.o., potwierdzające wykonaniu robót budowlanych zgodnie ze sztuką budowlaną i ich prawidłowe ukończenie, tj. wykonanie robót w wyniku których doszło do wybudowania Aquaparku w Redzie. Przedmiotowe referencje wystawione zostały na rzecz Usługi Remontowo-Budowlane R. P. (RAMZES-BUDOWNICTWO) w Kokoszkowy, ul. Gdańska 1D.

Izba ustaliła, że podmiot Usługi Remontowo-Budowlane R. P. w Kokoszkowy, ul. Gdańska 1D wciąż prowadzi działalność gospodarczą.

Zamawiający w dniu 7 października 2022 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części.

Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podnosił, że Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunku dotyczącego posiadania zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca nie mógł nabyć doświadczenia przy budowie Aquaparku w Redzie, ponieważ rozpoczął działalność kilka lat po jego wybudowaniu.

W ocenie składu orzekającego z powyższym stanowiskiem należy się zgodzić. Izba ustaliła, że Zamawiający żądał przedłożenia na wezwanie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp wykazu robót budowlanych. Bezsprzecznie Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. załączył w odpowiedzi na wezwanie powyższy wykaz. Osią sporu było to, czy w rozpoznawanej sprawie wykonawca potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Stosownie do art. 266 ustawy Pzp do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88-90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132-188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej. Oznacza to, że do postępowań klasycznych o wartości poniżej progów unijnych art. 128 ust. 1 ustawy Pzp znajdzie zastosowanie, w myśl którego jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia

w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Z ww. przepisem koreluje art. 7 ust. 17 ustawy Pzp, zgodnie z którym ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o podmiotowych środkach dowodowych - należy przez to rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1. Stosownie do §9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty. Jak stanowi §9 ust. 4 ww. rozporządzenia w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu, zamawiający może dopuścić, aby wykaz, o którym mowa w ust. 1 pkt 1, dotyczył robót budowlanych wykonanych w okresie dłuższym niż ostatnie 5 lat.

Użyte w treści art. 128 ust. 1 ustawy Pzp sformułowanie „wzywa” rodzi po stronie zamawiającego obowiązek dokonania czynności, wezwania do uzupełnienia dokumentów, do których ww. przepis się odnosi. W zakresie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych nie może więc być dowolności i uznaniowości. Z przepisu tego wynika, iż aby zaistniał obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, zamawiający musi dokonać analizy, czy zostały spełnione łącznie trzy przesłanki. Po pierwsze, należy stwierdzić że wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy. Po drugie, należy ustalić, czy brakujące lub wadliwe ww. oświadczenia lub dokumenty przynależą do kategorii oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych

dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Po trzecie, konieczne jest zbadanie czy żądanie złożenia, poprawienia lub uzupełnienia ww. oświadczeń lub dokumentów jest zasadne, czy też pomimo ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Przenosząc powyższe rozważania na stan faktyczny niniejszej sprawy należy wskazać, że wykonawca Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. załączył, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, wykaz robót wraz z referencjami, z których wynika, że zostały wystawione na rzecz Usługi Remontowo-Budowlane R. P. (RAMZES-BUDOWNICTWO) w Kokoszkowy, ul. Gdańska 1D, co było kwestią bezsporną pomiędzy stronami. Bezsporna była również okoliczność, iż prezesem spółki Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. jest p. R. P.

Izba ustaliła, że z informacji z rejestru przedsiębiorców znajdujących się w Krajowym Rejestrze Sądowym wynika, że wykonawca – spółka Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. została wpisana do rejestru przedsiębiorców w dniu 21 kwietnia 2021 r., a więc już po tym jak roboty będące przedmiotem referencji zostały wykonane (w wykazie robót oraz w samych referencjach wskazano termin realizacji 2012-2015). Z informacji znajdujących się w aktach postępowania odwoławczego nie wynika, aby spółka Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. powstała w wyniku przekształcenia. Wspólnicy wnieśli wyłącznie wkłady pieniężne w wysokości 2.500 zł każdy. W związku z powyższym Izba uznała, że wykonawca Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. mógł w wykazie powołać się wyłącznie na roboty budowlane wykonane od dnia 21 kwietnia 2021 r., tj. w okresie prowadzenia swojej działalności.

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest spółką kapitałową, co oznacza, że wykonawca Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. jest odrębnym, samodzielny podmiotem i nie może posługiwać doświadczeniem zdobytym przez Usługi Remontowo-Budowlane R. P.i, ponieważ wykonawca w złożonej ofercie nie wskazał, że będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego ani korzystał z usług podwykonawcy Usługi Remontowo-Budowlane R. P., który wciąż prowadzi działalność gospodarczą (zgodnie z informacją z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej w rubryce pn. Status indywidualnej działalności gospodarczej znajduje się wpis „Aktywny”).

Reasumując, w niniejszym stanie faktycznym wykonawcą, który złożył ofertę jest spółka, tj. Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. i to ona winna legitymować się doświadczeniem potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a nie członek zarządu przedsiębiorcy. Okoliczność, że prezes spółki z ograniczoną odpowiedzialnością posiada wiedzę w zakresie wykonania zadania jest niewystarczające, gdyż to nie on złożył ofertę w niniejszym postępowaniu.

W sytuacji, gdy nie zachodzi żadna z okoliczności zwalniających zamawiającego z obowiązku wystosowania wezwania do uzupełnienia dokumentów, jest on zobligowany do wykonania dyspozycji art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie wykazał, aby w tym postępowaniu takie okoliczności zaszczyły, wobec czego uznać należy, że Zamawiający był zobligowany do wezwania wykonawcy Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. do uzupełnienia wykazu robót wraz z referencjami, bowiem pierwotnie złożony nie potwierdził warunku udziału w postępowaniu.

Reasumując, Izba uznała zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp za zasadny, stwierdzając, że wybór najkorzystniejszej oferty był przedwczesny. Dlatego też Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Ramzes-Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością do uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych podmiotowego środka dowodowego, tj. Wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty - załącznik nr 3 do SWZ.

Odnosząc się zaś do twierdzeń Odwołującego, że podmiot, na rzecz którego wykonano prace w latach 2012-2015, tj. SEMEKO Budownictwo sp. z o.o., powstała dopiero 16 kwietnia 2014 r. tj. dwa lata po wskazanym przez wykonawcę w wykazie rozpoczęciu robót, Izba wskazuje, że skoro zamieszczone w wykazie roboty budowlane winny być wykonane w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, to za datę wykonania robót budowlanych należy uznać co do zasady dzień ich zakończenia. Nawet jeśli SEMEKO Budownictwo sp. z o.o. powstało już po rozpoczęciu ww. robót, to Odwołujący nie wykazał, że ww. podmiot nie był uprawniony do wystawienia przedmiotowych referencji. Natomiast, odnosząc się do argumentacji Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie dotyczącej uwzględnienia informacji mających charakter powszechnie dostępnych, wskazać należy, że nieprawidłowa jest praktyka Zamawiającego badania oferty nie w oparciu o złożone dokumenty, a w oparciu o utrwalone środki masowego przekazu.

Skład orzekający nie podzielił stanowiska Odwołującego co do zaniechania wskazania wartości prac wykonanych w ramach poszczególnych zakresów robót,

zaniechania wskazania czy realizacja robót obejmowała budowę obiektu zgodnie z art. 3 ust. 6 Prawa budowlanego oraz zaniechania wskazania czy zamówienie polegało na wykonaniu robót budowlanych w nowobudowanym obiekcie wykonanym w ramach jednej umowy bądź kilku umów/zleceń w różnych okresach czasu.

Po pierwsze, jak słusznie zauważył Zamawiający, nie wymagał od wykonawców wskazania wartości prac wykonanych w ramach poszczególnych zakresów robót. Po drugie, fakt wykonania obiektu Aquaparku w Redzie potwierdzony został referencjami, wystawionymi przez SEMEKO Budownictwo sp. z o.o. Zamawiający wyjaśnił, że w treści referencji ich wystawca nie zamieścił żadnej informacji, która wywołałaby jakąkolwiek wątpliwość w zakresie ustalenia, iż powierzone prace nie zostały wykonane w ramach jednej umowy. Po trzecie, Zamawiający nie wymagał, aby wykazywany obiekt był nowobudowany, tym bardziej, że zgodnie z art. 3 pkt 6 Prawa budowlanego przez budowę należy rozumieć wykonywanie tak (nowego) obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę lub nadbudowę obiektu budowlanego (a więc obiektu już istniejącego).

Jeśli zaś chodzi o zastrzeżenie Odwołującego jakoby wykonawca Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. nie wskazał, czy realizacja wykazanych robót obejmowała budowę obiektu zgodnie z art. 3 pkt 6 Prawa budowlanego, to zgodnie z art. 3 pkt 2 ww. ustawy budynek to obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. Z kolei, na podstawie art. 3 pkt 3 ww. ustawy do obiektów budowlanych ustawodawca zaliczył również budowle, przez które należy rozumieć każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, jak: obiekty liniowe, lotniska, mosty, wiadukty, estakady, tunele, przepusty, sieci techniczne, wolno stojące maszty antenowe, wolno stojące trwale związane z gruntem tablice reklamowe i urządzenia reklamowe, budowle ziemne, obronne (fortyfikacje), ochronne, hydrotechniczne, zbiorniki, wolno stojące instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, oczyszczalnie ścieków, składowiska odpadów, stacje uzdatniania wody, konstrukcje oporowe, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych, sieci uzbrojenia terenu, budowle sportowe, cmentarze, pomniki, a także części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni jądrowych, elektrowni wiatrowych, morskich turbin wiatrowych i innych urządzeń) oraz fundamenty pod maszyny i urządzenia, jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów składających się na całość użytkową. Niewątpliwie zaś, kryty obiekt Aquaparku w Redzie spełnia wszystkie warunki, aby zaliczyć go do kategorii obiektu budowlanego.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub

oświadczeń składanych w postępowaniu. Stosownie do art. 128 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Izba uznała, że przedstawione przez Ramzes-Budownictwo sp. z o.o., na wezwanie, skierowanie na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowe środki dowodowe, tj. wykaz robót nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Nie zaistniały więc przesłanki skorzystania z dyspozycji art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, tj. wezwania do wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów. Przepis ten znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy przedstawione dokumenty wywołują wątpliwości wymagające wyjaśnienia. W rozpoznawanej sprawie takich wątpliwości nie było, wadliwość dokumentów wynikała z niespełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba uznała także za bezzasadny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Ramzes-Budownictwo sp. z o.o., pomimo że oferta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Przy czym nie budzi wątpliwości, że obejmuje to również sytuację niewykazania spełnienia tych warunków, pomimo uprzedniego zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Skoro, jak wskazano powyżej, Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej opisanej w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 SWZ, to skutkiem takiego działania winno być wezwanie do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, a nie odrzucenie oferty Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. Czynność tę należy uznać za przedwczesną, wobec braku poprzedzenia jej wezwaniem, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, umożliwiającym Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych w złożonych na wezwanie zamawiającego dokumentach. Po uzupełnieniu podmiotowego środka dowodowego, tj. wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty - załącznik nr 3 do SWZ,

Zamawiający będzie zobowiązany poddać ofertę Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. wraz z uzupełnionymi dokumentami ponownej ocenie i wówczas podjąć ostateczną decyzję co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Ramzes-Budownictwo sp. z o.o.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Ramzes-Budownictwo sp. z o.o., który to wykonawca powinien zostać, zdaniem Odwołującego, wykluczony z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych,

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Należy wskazać, że przesłanki wykluczenia wykonawcy wynikające z art. 109 ust. 1 ustawy Pzp są fakultatywnymi przesłankami wykluczenia. Na powyższe wskazuje użyty przez ustawodawcę zwrot „może”. Obowiązek wykluczenia wykonawcy z powodu zaistnienia fakultatywnych przesłanek wykluczenia pojawia się wyłącznie wtedy, gdy zamawiający w danym postępowaniu zdecyduje się na ich wprowadzenie. O tym, w jaki sposób taka decyzja ma zostać wyrażona w postępowaniu decyduje art. 109 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie wymóg wynikający z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp nie został przez Zamawiającego spełniony wobec przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający zastrzegł w postępowaniu jedynie następujące fakultatywne przesłanki wykluczenia: art. 109 ust. 4, 5, 7 ustawy Pzp. Powyższe podstawy wykluczenia z postępowania zostały wskazane zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 5.2, jak również w SWZ w Rozdziale IX ust. 1. W treści dokumentów zamówienia próżno szukać wzmianki o przesłance wykluczenia z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, że analizowane postępowanie zamawiający prowadzi w trybie podstawowym. Zgodnie z przepisami regulującymi ten tryb, podstawy wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu musiały być określone zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w specyfikacji warunków zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 134 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, specyfikacja warunków zamówienia zawiera podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1, jeżeli zamawiający je przewiduje. Z kolei zgodnie z art. 272 ust. 2 ustawy Pzp minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, zakres informacji zawartych w ogłoszeniach zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, w tym w ogłoszeniach, o których mowa w art. 216 ust. 1 i 3 oraz w art. 448, a także tryb przekazywania ogłoszeń, mając na względzie rodzaje ogłoszeń, tryby postępowania o udzielenie zamówienia oraz szczególne instrumenty i procedury. Stosownie do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2439) w ogłoszeniu o zamówieniu należy zawrzeć fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy (Załącznik nr 1 pkt I Zakres informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu niezależnie od trybu udzielenia zamówienia, postępowania o zawarcie umowy ramowej ppkt 6 Kwalifikacja podmiotowa wykonawców tiret 2 informacja o podstawach wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 ustawy – jeżeli zamawiający je przewiduje).

Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, że Zamawiający nie miał prawa w tym postępowaniu badać spełniania przez Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W tej sytuacji okoliczność, czy Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. złożył prawdziwe czy fałszywe oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu okazała się być pozbawione jakiegokolwiek doniosłości prawnej. Zatem, oświadczenie Ramzes-Budownictwo sp. z o.o. o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu nie mogło mieć jakiegokolwiek wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, gdyż dotyczyło niezastrzeżonej w tym postępowaniu fakultatywnej podstawy wykluczenia, której Zamawiający nie miał prawa badać.

Skoro Zamawiający nie przewidział wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przed upływem terminu składania ofert, to konsekwentnie nie może tego zrobić po upływie terminu składania ofert. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył wskazywanego przez Odwołującego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba uwzględniła jeden, spośród czterech zasadniczych zarzutów sformułowanych w treści złożonego odwołania. Z uwagi na powyższe, obciążyła kosztami postępowania odwołującego i zamawiającego w części 1/4 i 3/4. W poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczono uiszczony wpis w kwocie 10 000,00 zł, koszty zastępstwa procesowego w kwocie 3 600 zł, koszty przejazdu na posiedzenie w kwocie 240 zł i opłatę skarbową w kwocie 17 zł i zasądzono od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3 464, 25 zł, stanowiącą uzasadnione koszty strony, zasądzając ¼ kosztów, tj. w takiej części, w jakiej zasadne okazały się zarzuty odwołania.

Przewodniczący: