

**WYROK**  
**z dnia 21 listopada 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Protokolant: Dominik Haczykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2018 r. przez wykonawcę ERBUD Rzeszów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Lesku z siedzibą w Lesku, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Elektromontaż Rzeszów Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, JTB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szymbarku, GEO-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sanoku

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
  - 1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
  - 1.2. wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Elektromontaż Rzeszów Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, JTB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szymbarku, GEO-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sanoku do wyjaśnienia lub uzupełnienia:
    - a) wykazu robót oraz dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia,
    - b) wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia oraz dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunku

potencjału kadrowego w zakresie dotyczącym kierownika budowy branży konstrukcyjno-budowlanej,

- 1.3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddała.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Lesku z siedzibą w Lesku i:
  - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - ERBUD Rzeszów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2 zasądza od Zamawiającego – Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Lesku z siedzibą w Lesku na rzecz Odwołującego – ERBUD Rzeszów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krośnie.

.....

**Sygn. akt KIO 2288/18**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Lesku z siedzibą w Lesku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego rozbudowę i przebudowę budynku szpitala powiatowego SPZOZ w Lesku wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną w tym przebudowa kolidującego uzbrojenia terenu (znak postępowania: ZP 11/2018) zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu

17 października 2018 r. pod numerem 637694-N-2018. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 5 listopada 2018 r. wykonawca ERBUD Rzeszów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce (dalej Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności Zamawiającego i zarzucił mu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Elektromontaż Rzeszów Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, JTB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szymbarku, GEO-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sanoku (dalej Przystępujący) mimo, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawili informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu,
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 22a ust. 1 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (dalej Rozporządzenie) przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania mimo, że nie złożył on prawidłowych dokumentów i nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej,
2. dokonania czynności badania i oceny złożonych ofert,
3. dokonania czynności wykluczenia Przystępującego z postępowania,
4. dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, z uwzględnieniem procedury określonej w art. 24aa ust. 1 Pzp w odniesieniu do Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zamawiający w Rozdziale 6 pkt 6.2.3 SIWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej tj.

1) Wiedza i doświadczenie:

Wykonawca winien wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat, przed upływem terminu składania ofert, należycie wykonał minimum dwie roboty budowlane polegające na budowie obiektów użyteczności publicznej o wartości minimum 5 000 000,00 zł każda, o powierzchni zabudowy min. 800 m<sup>2</sup>. Przy czym przez „budowę” Zamawiający rozumiał wykonanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Wielkość powierzchni zabudowy wskazanej w warunku dotyczyła części nowo wykonanej (tj. wybudowanej, odbudowanej, rozbudowanej, nadbudowanej), co oznaczało, że dla wykazania spełnienia warunków w ramach powierzchni użytkowej nie mogą zostać uwzględnione powierzchnie już istniejące tj. nie objęte rozbudową i nadbudową.

Jednocześnie, na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający - zgodnie z 8.3.1.a SIWZ - wymagał złożenia Wykazu robót budowlanych według Załącznika nr 7 do SIWZ z załączeniem dowodów określających czy roboty te zostały wykonane należycie. Zgodnie z wymaganiem zamieszczonym we wzorze wykazu, kolumna druga, wykonawcy zobowiązani byli do podania nazw inwestycji i miejsc ich realizacji z opisem pozwalającym na ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu. Przystępujący pismem z dnia 26 października 2018 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 października 2018 r., złożył m.in. Wykaz robót budowlanych wg Załącznika nr 7 do SIWZ, z załączeniem dokumentów referencyjnych.

Przez powierzchnię zabudowy zgodnie z normą PN-ISO 9836:1997 „Właściwości użytkowe w budownictwie - Określenie i obliczanie wskaźników powierzchniowych i kubaturowych” należy rozumieć zgodnie z punktem 5.1.2 w/w normy:

5.1.2.1 powierzchnia terenu zajęta przez budynek w stanie wykończonym,

5.1.2.2 powierzchnia zabudowy – powierzchnia wyznaczona przez rzut pionowy zewnętrznych krawędzi budynku na powierzchnię terenu.

Do powierzchni zabudowy nie wlicza się:

- powierzchni obiektów budowlanych ani ich części nie wystających ponad powierzchnię terenu;
- powierzchni elementów drugorzędnych, np. schodów zewnętrznych, ramp zewnętrznych, daszków, markiz, występów dachowych, oświetlenia zewnętrznego;
- powierzchni zajmowanej przez wydzielone obiekty pomocnicze (np. szklarnie, altany, szopy).

Przystępujący w treści Wykazu robót posłużył się różnymi pojęciami: powierzchnia użytkowa,

kubatura, powierzchnia wewnętrzna, a także pojęciem powierzchni zabudowy. Wykonawca zatem rozumiał każde z ww. pojęć i zdawał sobie sprawę z różnic występujących pomiędzy nimi.

Odnosząc się do poszczególnych inwestycji wymienionych w Wykazie robót Przystępującego Odwołujący wskazał:

1. ad. Lp. 1 (dot. SP 101 w Myślenicach) - wskazana inwestycja została zakończona 30 września 2013 r., a zatem nie mieściła się w okresie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert. Termin składania ofert w postępowaniu upływał w dniu 1 października 2018 r. Ponadto, w opisie zamieszczonym w kolumnie drugiej nie podano powierzchni zabudowy. Nie wynikała ona także z treści referencji załączonych do Wykazu robót. Wskazana inwestycja nie mogła być uznana za spełniającą warunek udziału w postępowaniu;
2. ad. Lp. 2 (dot. Szpital Specjalistyczny im. Henryka Klimontowicza w Gorlicach) – w opisie zamieszczonym w kolumnie drugiej nie podano powierzchni zabudowy. Nie wynikała ona także z treści referencji załączonych do Wykazu robót. Inwestycja nie mogła być wobec tego uznana za potwierdzającą spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Prace opisane w tej pozycji zostały zrealizowane w oparciu o dwa oddzielne postępowania o udzielenie zamówienia. Wykonawca zawarł ze Szpitalem Specjalistycznym im. Henryka Klimontowicza w Gorlicach oddzielne umowy na dwa oddzielne zadania:
  - a) postępowanie znak 4/2014 na podniesienie dachu - wartość robót: 1 269 530,74 zł brutto - jednak zrealizowana robota nie potwierdzała spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wartości robót,
  - b) postępowanie znak 50/2013 na termomodernizację - wartość robót: 5 591 860,05 zł brutto - jednak zrealizowana robota nie potwierdzała spełniania warunku budowy, rozbudowy, nadbudowy - był to zwykły remont.

W konsekwencji, Przystępujący bezpodstawnie dokonał w Wykazie robót zsumowania dwóch oddzielnych inwestycji (umów) zarówno, co do ich wartości, jak i zakresu. Żadna z umów nie potwierdzała spełniania samodzielnie sformułowanego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu;

3. ad. Lp. 3 (dot. Szpital Miejski w Rudzie Śląskiej Sp. z o.o.) - w opisie zamieszczonym w kolumnie drugiej nie podano powierzchni zabudowy. Powierzchnia zabudowy nie wynika także z treści referencji załączonej do Wykazu robót. Powyższe powoduje, że wskazana inwestycja nie mogła być uznana za potwierdzającą spełnianie warunku udziału w postępowaniu, ponieważ polegała na wykonaniu termomodernizacji istniejącego obiektu wraz z przebudową instalacji wewnętrznych, tymczasem

w świetle warunku udziału wymagany zakres to odbudowa, rozbudowa lub nadbudowa, a nie remont;

4. ad. Lp. 4 (dot. Fundacji Pomocy Kobietom EUROHELP w Częstochowie) - w opisie zamieszczonym w kolumnie drugiej podano powierzchnię zabudowy: 860,55 m<sup>2</sup>. Jednak według wiedzy Odwołującego powierzchnia zabudowy dla tej inwestycji nie przekraczała wymaganego warunkiem parametru 800 m<sup>2</sup>;
5. ad. Lp. 5 (dot. Dom Handlowy CENTRUM Sp. z o.o. w Częstochowie).

Zdaniem Odwołującego wszystkie pięć, wyżej wskazanych inwestycji nie mogło być uznane za potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu z uwagi na wadliwe zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia zasobów Przystępującemu.

Przystępujący w Wykazie robót (poz. 1-3) nie przedstawił opisów pozwalających na ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu, zaś w odniesieniu do pozycji 4 Wykazu robót w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (błędna powierzchnia zabudowy) oraz w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu (błędna powierzchnia zabudowy).

Zaistniały zatem przesłanki do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

W zakresie potencjału kadrowego do wykonywania robót wykonawcy musieli wykazać dysponowanie minimum jedną osobą pełniącą funkcję kierownika budowy i kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych, która w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert pełniła minimum jeden raz funkcję kierownika budowy obiektu ochrony zdrowia o powierzchni zabudowy min. 800 m<sup>2</sup>. Przez „budowę” Zamawiający rozumiał wykonanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Wielkość powierzchni zabudowy wskazanej w warunku dotyczy części nowo wykonanej (tj. wybudowanej, odbudowanej, rozbudowanej, nadbudowanej), co oznaczało, że dla wykazania spełnienia warunków w ramach powierzchni użytkowej nie mogły zostać uwzględnione powierzchnie już istniejące tj. nie objęte rozbudową i nadbudową.

Przystępujący pismem z dnia 26 października 2018 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 października 2018 r., złożył m.in. Wykaz osób wg Załącznika nr 8 do SIWZ, w którym do pełnienia funkcji kierownika budowy branży konstrukcyjno-budowlanej wskazał pana J. T. W kolumnie „Doświadczenie” Przystępujący wskazał dwie inwestycje zrealizowane na rzecz:

- a) SP ZOZ w Myślenicach (inwestycja powoływana już w Lp. 1 Wykazu robót). Z treści złożonego przez wykonawcę Wykazu robót (Lp. 1) wynikało, że inwestycja ta zakończyła się 30 września 2013 r., a zatem nie spełniała warunku okresu „ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert”. Nadto, wskazana nadbudowa bloku i budowa klatki schodowej nie miały powierzchni zabudowy minimum 800m<sup>2</sup>. Wskazana w Wykazie robót powierzchnia 1119,12 m<sup>2</sup> nie jest powierzchnią zabudowy wymaganą warunkiem udziału, lecz powierzchnią użytkową, co wynika wprost z informacji podanej przez samego wykonawcę w Wykazie osób. Jako powierzchnię zabudowy można jedynie uznać powierzchnię użytkową elementów nadbudowanych i rozbudowanych.
- b) Szpital Specjalistyczny im. Henryka Klimontowicza w Gorlicach (inwestycja powoływana już w Lp. 2 Wykazu robót). W Wykazie osób nie podano powierzchni zabudowy dla ww. inwestycji. Wskazana w Wykazie osób powierzchnia 2012,2 m<sup>2</sup> stanowiła wewnętrzną powierzchnię części nadbudowanego poddasza, co wykonawca przyznał w Wykazie. Inwestycja została zrealizowana w oparciu o dwa oddzielne postępowania o udzielenie zamówienia. Szpital Specjalistyczny im. Henryka Klimontowicza w Gorlicach zlecił wykonanie ww. robót budowlanych w ramach oddzielnych postępowań i umów, dzieląc je na dwa różne zamówienia, co zostało szczegółowo omówione w części dotyczącej Wykazu robót.

Przystępujący w Wykazie osób - poz. Kierownik budowy branży konstrukcyjno-budowlanej - nie przedstawił opisów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, co do wymaganej powierzchni zabudowy, a dodatkowo w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zaistniały zatem przesłanki do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału 9 pkt 9.1 SIWZ wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu mógł polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogli polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zgodnie z postanowieniami Rozdziału 9 pkt 9.6 SIWZ (analogicznie do § 9 ust. 1 Rozporządzenia) w celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami

gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności:

- zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Przystępujący w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej posiłkował się w złożonej ofercie dwoma zobowiązaniami innych podmiotów:

- zobowiązanie alfa J Tz 19 września 2018 r. (dotyczyło robót budowlanych wskazanych w Lp. 1, 2, 3 Wykazu robót),
- zobowiązanie P.H.U. SZYMBUD S B z 19 września 2018 r. (dotyczyło robót budowlanych wskazanych w Lp. 4, 5 Wykazu robót).

W myśl art. 22a ust. 2 Pzp wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Ponadto zgodnie z § 9 ust. 1 Rozporządzenia w celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu.

W ocenie Odwołującego żadne ze złożonych z ofertą Przystępującego zobowiązań z 19 września 2018 r. nie spełniało wymagań SIWZ oraz Rozporządzenia, bowiem nie wskazywało zakresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. W treści każdego z zobowiązań wskazano jedynie na udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, jednak ani alfa J T, ani P.H.U. SZYMBUD S B, nie wskazali zakresu tego podwykonawstwa. Brak tego elementu czyni każde z zobowiązań wadliwym, a co za tym idzie - nie potwierdzającym spełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu.



Ponadto P.H.U. SZYMBUD S B udostępnił Przystępującemu swoje zasoby w odniesieniu do robót budowlanych opisanych w Lp. 4 i 5 Wykazu robót. Jak wynika z treści Wykazu robót, przedmiotem użyczenia były zdolności nabyte na zadaniu inwestycyjnym o wartości 6 185 400 zł (Lp. 4 Wykazu robót) oraz zadaniu inwestycyjnym o wartości 9 474 297,57 zł (Lp. 5 Wykazu robót). Tymczasem w świetle informacji zamieszczonych w Formularzu Oferty Przystępującego - sekcja F. „Podwykonawstwo”, wartość podwykonawstwa powierzonego firmie P.H.U. SZYMBUD S B wynosiła jedynie 1 000 000,00 zł. Oznacza to, że P.H.U. SZYMBUD S B udostępniający wykonawcy swoje zasoby nie zrealizuje robót budowlanych lub usług, których użyczone zdolności dotyczą. Udział innego podmiotu w realizacji przedmiotowego zamówienia będzie bowiem odpowiednio ponad 6-krotnie i 9-krotnie niższy niż wartość inwestycji, których użyczone zdolności dotyczyły. Co więcej, udział ten będzie również 5-krotnie niższy niż wartość robót budowlanych określona jako minimalny warunek udziału w postępowaniu (Rozdział 6 pkt 6.2.3 SIWZ). W związku z powyższym, oba przedstawione zobowiązania z dnia 19 września 2018 r. do udostępnienia zasobów Przystępującemu należało uznać za pozorne, nie dowodzące realności udostępnienia określonych w zobowiązaniach zasobów, a zatem nie mogące stanowić podstawy do uznania, że Przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że wszelkie braki występujące w Wykazie robót (Załącznik nr 7 do SIWZ), Wykazie osób (Załącznik nr 8 do SIWZ) czy też w zobowiązaniach innych podmiotów do udostępnienia wykonawcy zasobów, podlegają uzupełnieniu w trybie procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednak wezwanie wykonawcy Przystępującego do uzupełnienia dokumentów byłoby zasadne i możliwe tylko wówczas, gdy nie zostaną spełnione przesłanki do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Przystępującego, Odwołujący wskazał, że zarzut jest konsekwencją zarzutów opisanych powyżej. W sytuacji, gdy Izba stwierdziłaby zaistnienie przesłanek do wykluczenia Przystępującego z postępowania bądź wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, dokonany przez Zamawiającego w dniu 30 października 2018 r. wybór oferty najkorzystniejszej będzie czynnością naruszającą powołane przez Odwołującego przepisy Pzp.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron**

### **i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 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 uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na częściowe uwzględnienie.

**Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 22a ust. 1 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia potwierdził się.**

Rozdział 6 SIWZ – „Warunki udziału w postępowaniu” stanowił:

„6.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

6.2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (...)

6.2.3. zdolności technicznej lub zawodowej.

1) Wiedza i doświadczenie:

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku:

Wykonawca winien wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, należycie wykonał: minimum dwie roboty budowlane polegające na budowie\* obiektów użyteczności publicznej o wartości minimum 5.000.000,00 zł każda, o powierzchni zabudowy min. 800 m<sup>2</sup>

\*Przez „budowę” Zamawiający rozumie wykonanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Wielkość powierzchni zabudowy wskazanej w warunku dotyczy części nowo wykonanej (tj. wybudowanej, odbudowanej, rozbudowanej, nadbudowanej), co oznacza, że dla wykazania spełnienia warunków w ramach powierzchni użytkowej nie mogą zostać uwzględnione powierzchnie użytkowe już istniejące, tj. nie objęte rozbudową i nadbudową,

2) Potencjał kadrowy:

Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi - legitymujące się kwalifikacjami

zawodowymi i doświadczeniem niezbędnymi do wykonania zamówienia. (...) W zakresie wykonywania robót:

d) minimum jedną osobą pełniącą funkcję kierownika budowy i kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych - posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń (lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów), minimalne doświadczenie: w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert pełniła minimum jeden raz funkcję kierownika budowy\* obiektu ochrony zdrowia o powierzchni zabudowy min. 800 m<sup>2</sup>.

\*Przez „budowę” Zamawiający rozumie wykonanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego, Wielkość powierzchni użytkowej wskazanej w warunku dotyczy części nowo wykonanej (tj. wybudowanej, odbudowanej, rozbudowanej, nadbudowanej), co oznacza, że dla wykazania spełnienia warunków w ramach powierzchni użytkowej nie mogą zostać uwzględnione powierzchnie użytkowe już istniejące, tj. nie objęte rozbudową i nadbudową. (...)

6.4. Sposób wykazania warunków udziału w postępowaniu wskazano w rozdziale 8 SIWZ”.

Rozdział 8 SIWZ, punkt 8.3.1.: „Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów:

- a) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane (sporządzonego zgodnie z Załącznikiem Nr 7 do SIWZ), z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty - w odniesieniu do warunku określonego w pkt. 6.2.3. ppkt. 1) SIWZ,
- b) wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania

zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, sporządzonego zgodnie z Załącznikiem Nr 8 do SIWZ - w odniesieniu do warunku określonego w pkt. 6.2.3. ppkt. 2) SIWZ”.

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia Przystępujący złożył Wykaz robót, w którym wskazał realizację następujących zadań:

1. SP ZOZ w Myślenicach - Przebudowa i nadbudowa bloku operacyjnego, nadbudowa wentylatorowi wraz pomieszczeniami technicznymi nad blokiem operacyjnym, dobudowa klatki schodowej zlokalizowanych w budynku głównym SP ZOZ w Myślenicach. Powierzchnia użytkowa przebudowanych i nadbudowanych pomieszczeń wynosi 1 119,12 m<sup>2</sup>. Wartość 6 193 380,29 zł (okres realizacji 5 stycznia 2012 r. - 30 września 2013 r.),
2. Szpital Specjalistyczny im. Henryka Klimontowicza w Gorlicach - Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych polegających na wykonaniu podniesienia dachu w celu wykonania mansardy wraz z montażem okien dachowych oraz fasady szklanej na budynku Starego Szpitala” oraz „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych polegających na kompleksowym wykonaniu termomodernizacji Budynku Starego Szpitala, remont instalacji wewnętrznych oraz dostosowanie łazienek i WC dla potrzeb osób niepełnosprawnych”. Przebudowa, nadbudowa i termomodernizacja na budynku o łącznej kubaturze 29 822,97 m<sup>3</sup>, powierzchnia wewnętrzna nadbudowanej części 2 012,2 m<sup>2</sup>, wartość: 6 861 390,79 zł (okres realizacji 24 lipca 2013 r. - 31 grudnia 2014 r.),
3. Szpital Miejski w Rudzie Śląskiej Sp. z o.o. - „Kompleksowa termomodernizacja budynku Szpitala Miejskiego w Rudzie Śląskiej Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Wincentego Lipa 2 wraz z modernizacją oświetlenia wewnętrznego oraz wymianą instalacji wod-kan zgodnie z projektem”. Wartość 6 110 071,49 zł (okres realizacji 1 kwietnia 2015 r. - 15 marca 2016 r.),
4. Fundacja Pomocy Kobietom EUROHELP - Prace budowlane przy realizacji inwestycji „Rozbudowa i nadbudowa budynku przy ulicy Przemysłowej 9A w Częstochowie wraz ze zmianą sposobu użytkowania z przeznaczeniem na Centrum Inicjatyw Społecznych i Wsparcia Rodziny. Prace obejmowały budowę budynku czterokondygnacyjnego wraz z kondygnacją podziemną o powierzchni użytkowej 1 842,30 m<sup>2</sup>, powierzchnia zabudowy — 860,55 m<sup>2</sup> wraz z salą konferencyjno-widowiskową. Zakres prac obejmował: zabezpieczenie sąsiadującego w granicy

budynku - wykonanie robót stanu surowego oraz elewacji i stolarki - wykonanie robót instalacyjnych - wykonanie robót wykończeniowych wykonanie nagłośnienia oraz adaptacji akustycznej sali konferencyjno-widowskiej wartość brutto 6 185 400 zł (okres realizacji 18 września 2014 r. - 22 kwietnia 2016 r.).

5. Dom Handlowy "CENTRUM" Sp. z o.o. - Prace budowlane przy realizacji inwestycji „Rozbudowa, nadbudowa i przebudowa budynku biurowo-usługowego położonego w Częstochowie przy ul. Dekabrystów 41a, 41b". Zakres zamówienia obejmował: roboty wyburzeniowe, wykonanie fundamentów oraz konstrukcji żelbetowej nowych kondygnacji, wymianę ścian osłonowych, dostawę i montaż konstrukcji stalowej oraz wzmocnienie istniejącej konstrukcji dachu wraz z zabezpieczeniem do R30, wymianę pokrycia dachowego wraz z montażem świetlików dachowych, wykonanie elewacji wentylowanej z płyt włóknocementowych wraz z dociepleniem ścian wełna mineralną, dostawę i montaż stolarki zewnętrznej aluminiowej, roboty wykończeniowe wewnętrzne, wykonanie instalacji wentylacji mechanicznej wraz z klimatyzacją, wykonanie instalacji wod-kan, co i instalacji p-poż, roboty elektryczne i niskoprądowe, zagospodarowanie terenu powierzchnia zabudowy 1 985,16 m<sup>2</sup>. Powierzchnia użytkowa 2 628, 27 m<sup>2</sup>, kubatura 15 800,00 m<sup>3</sup>, wartość brutto robót: 9 474 297,57 zł (Okres realizacji 1 marca 2016 r. – 3 marca 2017 r.).

Tym samym potwierdził się stan faktyczny opisany przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania w zakresie dotyczącym sposobu, w jaki Przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu (warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia).

Pierwsza robota – wykonana na rzecz SP ZOZ w Myślenicach nie mieści się we wskazanym przez Zamawiającego okresie pięciu lat przed upływem terminu składania ofert. Na podstawie art. 14 ust. 1 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego (dalej Kc), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Wobec powyższego do obliczenia terminu zastosowanie ma art. 112 Kc, zd. pierwsze - termin oznaczony w tygodniach, miesiącach lub latach kończy się z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiada początkowemu dniowi terminu, a gdyby takiego dnia w ostatnim miesiącu nie było – w ostatnim dniu tego miesiąca. Zastosowanie dyspozycji przytoczonego przepisu do stanu faktycznego sprawy prowadzi do wniosku, że skoro ostatnim dniem terminu jest dzień składania ofert, tj. 1 października 2018 r., to pierwszym dniem terminu jest 1 października 2013 r. Zadanie, którego realizacja zakończyła się 30 września 2013 r. wobec brzmienia warunku udziału w postępowaniu nie może zatem w sposób zgodny z SIWZ potwierdzać, że Przystępujący spełnił warunek wiedzy i doświadczenia.

W przypadku zadań zrealizowanych na rzecz Szpitala Specjalistycznego im. Henryka Klimontowicza w Gorlicach oraz Szpitala Miejskiego w Rudzie Śląskiej Sp. z o.o. Przystępujący nie wskazał powierzchni zabudowy obu budynków, w sposób zgodny z SIWZ. Z kolei w przypadku inwestycji na rzecz Domu Handlowego "CENTRUM" Sp. z o.o., o ile powierzchnia zabudowy została podana, to biorąc pod uwagę zakres zadania nie wiadomo jaka część powierzchni dotyczy nowo wykonanej części budynku.

Wątpliwości nie budzi natomiast inwestycja wskazana w punkcie czwartym, ale Zamawiający żądał, by wykonawcy wykazali się wykonaniem dwóch zadań spełniających określone w SIWZ wymogi, zatem Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Na potrzeby wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego Przystępujący wskazał opisane wyżej inwestycje nr 1 i 2, tj. zrealizowaną na rzecz SP ZOZ w Myślenicach oraz na rzecz Szpitala Specjalistycznego im. Henryka Klimontowicza w Gorlicach. Jak opisano wyżej, oba te zadania nie spełniały wymogów SIWZ – pierwsza w zakresie terminu realizacji, druga w zakresie powierzchni zabudowy budynku.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp stanowi, że 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. Biorąc pod uwagę opisany wyżej stan faktyczny Izba uznała, że omawiany zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp potwierdził się, z tym, że Zamawiający przed wyborem oferty Przystępującego nie przeprowadził w stosunku do niego procedury uregulowanej w art. 26 ust. 3 Pzp, który stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Art. 25 ust. 1 Pzp stanowi: W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,

3) brak podstaw wykluczenia

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Z kolei art. 25a ust. 1 Pzp stanowi, że do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca:

1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (...).

Wobec powyższego, przed ewentualnym wykluczeniem Przystępującego z postępowania obowiązkiem Zamawiającego jest wezwać tego wykonawcę do odpowiedniego uzupełnienia lub wyjaśnienia wykazów oraz załączonych do nich dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału. Dlatego, zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba będąc związana zarzutami odwołania, ale nie będąc związana żądaniami w odwołaniu zawartymi uznała, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 22a ust. 1 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia potwierdził się, ale nie nakazała wykluczenia Przystępującego z postępowania, tylko orzekła jak w sentencji.

Nie potwierdziły się natomiast zarzuty dotyczące nieprawidłowego udostępnienia Przystępującemu potencjału przez podmioty trzecie. Dokumentacja postępowania wskazuje, że podmioty, które zadeklarowały udostępnienie doświadczenia Przystępującemu zobowiązały się do uczestnictwa w realizacji przedmiotu zamówienia jako podwykonawcy. Izba nie znalazła podstaw do uznania ocenianych dokumentów za niewiarygodne lub niespełniające wymogów Pzp.

**Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego mimo, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu nie potwierdził się.**

O ile potwierdziło się twierdzenie Odwołującego, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w należyty sposób, o tyle fakt ten nie oznacza

automatycznie, że Przystępujący twierdząc, iż spełnia warunki wprowadził Zamawiającego w błąd.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Odwołujący nie poparł podnoszonego zarzutu żadnym dowodem, w szczególności nie wykazał, że inwestycja zrealizowana przez Przystępującego na rzecz Fundacji Pomocy Kobietom EUROHELP obejmowała prace budowlane przy budynku o powierzchni zabudowy niższej niż 800 m<sup>2</sup>.

Argumentacja Odwołującego, że zamówienie wykonane na rzecz Szpitala Specjalistycznego im. Henryka Klimontowicza w Gorlicach nie mogło zostać uznane ze względu na fakt, że zostało zrealizowane w ramach dwóch umów w ocenie Izby była niezasadna. Możliwe i prawidłowe było zakwalifikowanie wykonanych umów ze sobą powiązanych jako jednego zadania inwestycyjnego i powoływanie się na nie (jako całości) w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Taką możliwość potwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w orzeczeniu z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, w którym stwierdzono, że „Artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadę równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, chyba że instytucja zamawiająca wykluczyła taką możliwość na podstawie wymogów związanych z przedmiotem i celami danego zamówienia publicznego oraz proporcjonalnych względem nich”. Wobec faktu, że Zamawiający nie zakazał powoływania się przez wykonawców na potrzeby wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu na inwestycje zrealizowane w wyniku wykonania więcej niż jednej umowy, to w świetle powyższego stanowiska Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej Przystępujący postąpił prawidłowo.

**Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej potwierdził się.**

Art. 7 Pzp stanowi:



- ust. 1: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

- ust. 3: Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Natomiast art. 91 ust. 1 Pzp: Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Łączna interpretacja przytoczonych przepisów prowadzi do jednoznacznego wniosku, że Zamawiający nie może wybrać jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez podmiot, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób zgodny z prawem oraz zasadami określonymi w SIWZ. Biorąc pod uwagę opisany wyżej stan faktyczny sprawy Izba uznała, że zarzut potwierdził się – Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Przystępującego, mimo, że ten nie wykazał, że spełnia warunki wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego.

Z tego względu Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

.....