

**WYROK**  
**z dnia 17 lipca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący:     Bartosz Stankiewicz

Protokolant:         Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2020 r. przez wykonawcę **AKBiK Sp. z o.o.** z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Wagonowej 6 (53-609 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Strzeński Ratusz Spółka z o.o.** z siedzibą w Strzelinie przy ul. Ząbkowickiej 11 (57-100 Strzelin)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **D. P.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Remontowo-Budowlane „Ciepły Dom” D. P. z siedzibą w Karnkowie pod numerem 15A (57-130 Przeworno) oraz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowego MERKURY Sp. z o.o.** z siedzibą w Prudniku przy ul. Powstańców Śląskich 2-4 (48-200 Prudnik), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu przedstawionego w pkt 2 uzasadnienia odwołania tj. zarzutu odnoszącego się do warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 1.2.1. ppkt 1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 2 000 000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych), w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert z uwagi na cofnięcie odwołania w tej części przez odwołującego;
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **AKBiK Sp. z o.o.** z siedzibą we Wrocławiu i:
  - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od wykonawcy **AKBiK Sp. z o.o.** z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego **Strzeliński Ratusz Spółka z o.o.** z siedzibą w Strzelinie, kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

## **U z a s a d n i e**

Strzeliński Ratusz Spółka z o.o. z siedzibą w Strzelinie zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. - Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Odbudowa budynku Ratusza w Strzelinie* (numer zamówienia: ZP.SR.1.20200), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 lutego 2020 r., pod numerem 509218-N-2020.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 13 maja 2020 r. wykonawca AKBiK Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na wyborze oferty konsorcjum firm Usługi Remontowo-Budowlane „Ciepły Dom” D. P. i PPHU Merkury Sp. z o.o. (zwanej dalej: „Konsorcjum”), jako najkorzystniejszej, pomimo, iż oferta nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 89 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum na podstawie Rozdziału VII specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) pkt 1.5, gdyż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;
- art. 89 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo, iż treść oferty jest niezgodna z SIWZ oraz wybór oferty Konsorcjum, jako najkorzystniejszej, pomimo, iż oferta nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającego na wyborze oferty Konsorcjum i wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż zamawiający przez swoje działania dopuścił się naruszenia przepisów Pzp, a w przypadku poprawnej

oceny oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona, a oferta odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że oferta złożona przez Konsorcjum jest obarczona następującymi wadami, które powinny skutkować wykluczeniem i odrzuceniem oferty:

1. Konsorcjum w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI SIWZ pkt. 1.2.2 ppkt. a) 1 i 2, wskazało w załączniku nr 6 – Wykaz robót budowlanych, realizację inwestycji pn. „Roboty budowlane i prace konserwatorskie nr 1/1/2018” wykonane dla Parafii Rzymskokatolickiej pod wezwaniem Św. Jakuba Starszego Apostoła i Św. Agnieszki w Nysie, którą miał wykonać Członek Konsorcjum PPHU Merkury Sp. z o.o. Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z informacjami opublikowanymi przez zamawiającego ww. inwestycja zostanie zakończona do 30 listopada 2020 roku, a jej wartość zgodnie z ofertą firmy PPHU Merkury Sp. z o.o. wynosi 18.265.500 zł brutto. W ocenie odwołującego być może stan jej zaawansowania na dzień 10 lutego 2020 r. wynosił ponad 14 milionów złotych brutto jednak oznacza to, że do wykonania pozostało ponad 20% zamówienia. Na potwierdzenie powyższego odwołujący załączył do odwołania: wyciąg z zapytania ofertowego potwierdzający okres realizacji zamówienia do 11/2020 (str. 1 i 6 zapytania ofertowego z dnia 28 listopada 2017 r.), informacje z otwarcia ofert potwierdzającą wartość prac PPHU Merkury Sp. z o.o. na kwotę 18.265.500 zł brutto oraz protokół postępowania o udzielenie zamówienia z dnia 20 stycznia 2018 r. potwierdzający wybór oferty PPHU Merkury Sp. z o.o. (wszystkie dane dostępne na stronie: <http://bazylika-nysa.pl/index.php?id=263>).

W tym kontekście w ocenie odwołującego na uwagę zasługiwała okoliczność, iż zamawiający w wezwaniu nr 2 z dnia 16 kwietnia 2020 r. w pkt. 3 wprost prosił o wyjaśnienie, czy okres realizacji wskazany w Wykazie robót jest okresem „zrealizowania (zakończenia) zamówienia”. W związku z tym nie można nawet twierdzić, że chodzi o pomyłkę lub niedbalstwo Konsorcjum, a raczej o umyślne działanie w celu wprowadzenia w błąd zamawiającego. Ponadto analiza treści referencji świadczy, że w żadnym miejscu nie pada informacja, że realizacja umowy o roboty budowlane lub zamówienia zostało zakończone, a jedynie, że wartość wykonanych prac w danym okresie wyniosła daną kwotę.

2. Ponadto Konsorcjum nie potwierdziło warunku określonego w rozdziale VI SIWZ pkt 1.2.1 ppkt. 1 w zakresie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 2 000 000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych), w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert w kwocie min. 2 mln zł przedstawiło jedynie

informację, że Lider Konsorcjum Usługi Remontowo- Budowlane „Ciepły Dom” D. P. w dniu 2 kwietnia 2020 r. posiadał saldo na jednym rachunku na kwotę 889 683,36 zł, a w dniu 1 kwietnia 2020 r. posiadał 1 320 315,65 zł środków na innym rachunku w innym banku. Takie wykazanie w zakresie spełniania ww. warunku w ocenie odwołującego mogło świadczyć, że chodzi o tą samą kwotę, która została przelana z jednego rachunku na drugi. 3. Dodatkowo duże wątpliwości odwołującego budziło oświadczenie uczestników Konsorcjum w zakresie spełnienia warunku określonego w rozdziale VI SIWZ pkt 1.2.1 ppkt. 3 w zakresie osiągnięcia minimalnego rocznego obrotu w realizacji robót budowlanych za okres ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres, o wartości co najmniej 6 000 000,00 zł (słownie: sześć milionów złotych) netto. Odwołujący zwrócił uwagę, że obaj uczestnicy Konsorcjum oświadczyli, że ich obroty w realizacji robót budowlanych są wyższe niż 6 mln zł (załącznik nr 3 do SIWZ). Oznacza to że chodzi o lata 2017-2018-2019. Dane z roku 2019 jeszcze nie zostały opublikowane. Przy czym Członek Konsorcjum PPHU Merkury Sp. z o.o. do 2018 roku główne przychody miał ze sprzedaży materiałów i towarów, gdyż jego głównym przedmiotem działalności jest hurtownia/sklep z materiałami budowlanymi – w raporcie przychody netto ze sprzedaży towarów i materiałów. Natomiast w pozycji w której mogłyby się znajdować przychody z realizacji robót budowlanych w przychodach z produkcji w 2018 miał 6,3 mln, za to w 2017 tylko 1,3 mln zł - co i tak nie oznacza, że wszystkie przychody w tym zakresie były związane z usługami budowlanymi, bo zgodnie z danymi z PKD prowadzi również inne działalności produkcyjne, które mogły zostać zakwalifikowane tym rodzaju przychodów, a nie koniecznie są związane z realizacją robót budowlanych. Na potwierdzenie powyższego odwołujący załączył do odwołania raport z wykonanego sprawdzenia Członka Konsorcjum PPHU Merkury Sp. z o.o. w Krajowym Instytucie Prawa Gospodarczego.

Ponadto odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

- pisma odwołującego z dnia 11 maja 2020 r. – informacja o niezgodnej z przepisami Pzp czynności zamawiającego;
- wyciągu z zapytania ofertowego potwierdzającego okres realizacji zamówienia do 11/2020 (str. 1 i 6 zapytania ofertowego z dnia 28 listopada 2017 r.);
- informację z otwarcia ofert potwierdzającą wartość prac PPHU Merkury Sp. z o.o. na kwotę 18 265 500 zł brutto;
- protokołu postępowania o udzielenie zamówienia z dnia 20 stycznia 2018 r. potwierdzającego wybór oferty PPHU Merkury Sp. z o.o. (dane z pkt. 2-4 dostępne na stronie: <http://bazylika-nysa.pl/index.php?id=263>).

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: D. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Remontowo-Budowlane „Ciepły Dom” D. P. z siedzibą w Karnkowie oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe MERKURY Sp. z o.o. z siedzibą w Prudniku. Wraz ze zgłoszonym przystąpieniem ww. wykonawcy wnieśli o oddalenie odwołania oraz podali argumentację w tym zakresie.

Zamawiający w dniu 6 lipca 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- oddalenie odwołania w całości;
- dopuszczenie dowodów z dokumentów załączonych do niej na okoliczność ich treści i prawidłowych czynności podejmowanych w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego oraz braku podstaw do wykluczenia i odrzucenia złożonej przez konsorcjum firm oferty;
- przyznanie zwrotu kosztów postępowania w tym kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub posiedzenia/rozprawę Izby i wynagrodzenia pełnomocnika, w sytuacjach prawem przewidzianych.

Odwołujący na posiedzeniu niejawnym złożył oryginał pisma procesowego, którym:

- podtrzymał zarzuty zawarte w odwołaniu;
- wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 3 600,00 zł;
- wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów dołączonych do tego pisma.

Odwołujący na posiedzeniu niejawnym oświadczył, że cofa odwołanie w części dotyczącej zarzutu przedstawionego w pkt 2 uzasadnienia odwołania.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba uznała, że odwołujący spełnił określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, jako uczestnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: D. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Remontowo-Budowlane „Ciepły Dom” D. P. z siedzibą w Karnkowie oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe MERKURY Sp. z o.o. z siedzibą w Prudniku (zwanymi dalej: „przystępującym” lub nadal „konsorcjum”).

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:

- 1) dokumentacji przekazanej w postaci papierowej oraz po części w postaci elektronicznej zapisanej na płycie CD, przesłanej do akt sprawy w dniu 27 maja 2020 r. przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści:
  - SIWZ wraz z załącznikami;
  - oferty przystępującego;
  - oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu sporządzonego przez lidera konsorcjum przystępującego;
  - oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu sporządzonego przez członka konsorcjum przystępującego;
  - wezwania zamawiającego nr RAT.22.2020.ZR z dnia 6 kwietnia 2020 r. skierowanego do przystępującego w celu złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (wysłanego na podstawie art. 26 ust. 2 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp);
  - wykazu robót z dnia 8 kwietnia 2020 r. oraz listu referencyjnego z dnia 10 lutego 2020 r. wystawionego dla członka konsorcjum dla zadania na obiekcie gotyckiej Bazyliki św. Jakuba w Nysie polegającego na przebudowie wraz z remontem budynku o kubaturze 35 700 m<sup>3</sup> i powierzchni użytkowej 1 900 m<sup>2</sup> na łączną wartość 14 980 000 zł, złożonych przez przystępującego;
  - wezwania zamawiającego nr RAT.24.2020.ZR z dnia 16 kwietnia 2020 r. skierowanego do przystępującego w celu poprawienia lub uzupełnienia przedłożonych dokumentów lub złożenia wyjaśnień (wysłanego na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp);
  - odpowiedzi przystępującego z dnia 22 kwietnia 2020 r., która zawierała między innymi poprawiony wykaz robót budowlanych;
  - wezwania zamawiającego nr RAT.27.2020.ZR z dnia 29 kwietnia 2020 r. skierowanego do przystępującego w związku niezgodnością wartości zamówienia z poprawionym wykazem robót budowlanych (wysłanego na podstawie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp);
  - odpowiedzi przystępującego z dnia 4 maja 2020 r., która zawierała poprawiony list referencyjny;

- informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 8 maja 2020 r.;
- pisma odwołującego z dnia 11 maja 2020 r. sygn. nr 0246-pw-2020 skierowanego do zamawiającego w trybie art. 181 ust. 1 Pzp, dotyczącego niezgodności z przepisami ustawy czynności zamawiającego z dnia 8 maja 2020 r., polegającej na wyborze oferty przystępującego;

2) załączonych do odwołania:

- wyciągu z zapytania ofertowego potwierdzającego okres realizacji zamówienia do 11/2020 (str. 1 i 6 zapytania ofertowego z dnia 28 listopada 2017 r.);
- informacji z otwarcia ofert potwierdzającej wartość prac PPHU Merkury Sp. z o.o. na kwotę 18 265 500 zł brutto;
- protokołu postępowania o udzielenie zamówienia z dnia 20 stycznia 2018 r. potwierdzającego wybór oferty PPHU Merkury Sp. z o.o. (dane z pkt. 2-4 dostępne na stronie: <http://bazylika-nysa.pl/index.php?id=263>);
- raportu z wykonanego sprawdzenia członka konsorcjum PPHU Merkury Sp. z o.o. w Krajowym Instytucie Prawa Gospodarczego;

3) załączonych do pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia:

- wyjaśnień inwestora z dnia 15 maja 2020 r. dotyczących kwestionowanego przez odwołującego zadania;
- oświadczenia członka konsorcjum przystępującego z dnia 15 maja 2020 r.;

4) załączonych do pisma odwołującego z 15 lipca 2020 r. (złożonego w oryginale na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego):

- umowy o roboty budowlane z 28 listopada 2017 r. dotyczącej wykonania prac konserwatorskich i robót budowlanych gotyckiej Bazyliki PW. św. Jakuba Starszego Apostoła i św. Agnieszki w Nysie, pomiędzy Parafią Rzymskokatolicką przy Bazylice św. Jakuba Starszego Apostoła i św. Agnieszki w Nysie a PPHU „Merkury” Sp. z o.o. z siedzibą w Prudniku;
- faktury dotyczącej wykonania umowy wskazanej w pkt. 1;
- protokołów odbiorów częściowych do ostatniej faktury;
- zestawienia zaawansowania prac z umowy o roboty budowlane zawarta 28 listopada 2017 dotyczącego wykonania prac konserwatorskich i robót budowlanych gotyckiej Bazyliki PW. Św. Jakuba Starszego Apostoła i św. Agnieszki w Nysie;
- sprawozdania finansowego – Informacji dodatkowej PPHU „MERKURY” sp. z o.o. z siedzibą w Prudniku KRS 0000...527, za 2017 r.;
- sprawozdania finansowego – Informacji dodatkowej PPHU „MERKURY” sp. z o.o. z siedzibą w Prudniku KRS 000015...7, za 2018 r.;



- sprawozdania zarządu PPHU „MERKURY” sp. z o.o. z siedzibą w Prudniku KRS 00001...27, za 2017 r.;
- sprawozdanie zarządu PPHU „MERKURY” sp. z o.o. z siedzibą w Prudniku KRS 00001...27, za 2018 r.

W związku z cofnięciem odwołania w części dotyczącej zarzutu przedstawionego w pkt 2 uzasadnienia odwołania tj. zarzutu odnoszącego się do warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 1.2.1. ppkt 1) SIWZ w zakresie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 2 000 000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych), w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w powyżej wskazanym zakresie.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z rozdziałem VI pkt 1.2.2. lit. a) ppkt 1) i 2) SIWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się w wykonawcy, którzy spełniali warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności zawodowej. Wykonawca spełniał warunek jeżeli wykazał, że posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie: Zamawiający uznał, że warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował (zakończył):

- 1) co najmniej jedno zamówienie polegające na budowie, przebudowie budynku użyteczności publicznej o: kubaturze co najmniej 8 tys.m<sup>3</sup> i powierzchni użytkowej co najmniej 1500 m<sup>2</sup> i wartości robót brutto nie mniejszej niż 10 mln zł oraz*
- 2) co najmniej jedno zamówienie polegające na przebudowie, odbudowie, rozbudowie, nadbudowie, remoncie budynku zabytkowego, wpisanego do rejestru zabytków o: kubaturze co najmniej 4 tys.m<sup>3</sup> i powierzchni użytkowej co najmniej 750 m<sup>2</sup> i wartość robót brutto nie mniejszej niż 5 mln zł. Warunki pkt 1 i pkt 2 może spełniać jeden obiekt łącznie.*

Na potwierdzenie spełnienia tego warunku zgodnie z rozdziałem VIII pkt 7.3 SIWZ wykonawcy mieli złożyć – *wykaz robót budowlanych (załącznik 6 do SIWZ) wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert 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, 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.*

Przystępujący złożył wykaz robót budowlanych zał. nr 6 do w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nr RAT.22.2020.ZR z dnia 6 kwietnia 2020 r. do złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (wysłane na podstawie art. 26 ust. 2 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp). W wykazie robót budowlanych pierwotnie znajdowały się trzy pozycje, w tym pod pozycją 3 wskazane zostało zamówienie pn.: „Roboty budowlane i prace konserwatorskie nr 1/1/2018” z wartością zamówienia brutto 14 980,00 zł i datą wykonania 24.01.2018 – 10.02.2020, wykonane na rzecz Parafii Rzymskokatolickiej pw. Św. Jakuba Starszego i Św. Agnieszki. Na potwierdzenie realizacji zamówienia przedłużono List referencyjny dla PPHU Merkury Sp. z o.o. z Prudnika — członka Konsorcjum firm, w którym potwierdzono, że zadanie na obiekcie gotyckiej Bazyliki św. Jakuba w Nysie polegające na przebudowie wraz z remontem budynku o kubaturze 35 700 m<sup>3</sup> i powierzchni użytkowej 1 900 m<sup>2</sup> na łączną wartość 14 980 000 zł wykonano, a prace *przebiegały terminowo, jakość prac była bardzo wysoka, firma potwierdza wysokie kwalifikacje posiadanej kadry inżynierskiej oraz zatrudnionych pracowników.*

Zamawiający pismem nr RAT.24.2020.ZR z dnia 16 kwietnia 2020 r. działając na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp wezwał przystępującego do poprawienia lub uzupełnienia przedłożonych dokumentów lub złożenia wyjaśnień, ponieważ podana kwota w poz. 3 wykazu robót budowlanych była inna niż w Liście referencyjnym dotyczącym tego przedmiotu zamówienia. Ponadto z uwagi na brak terminu realizacji zamówienia w przedłożonym Liście referencyjnym wezwano przystępującego do wyjaśnienia czy podany w wykazie robót budowlanych przy poz. 3 czas wykonania zamówienia 24.01.2018 r. - 10.02.2020 r. jest okresem zrealizowania (zakończenia) zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący pismem z dnia 22 kwietnia 2020 r. przedłożył między innymi poprawiony wykaz robót budowlanych z dwoma pozycjami w tym pod poz. 2 zamówienie pod nazwą „Przebudowa wraz z remontem gotyckiej Bazyliki św. Jakuba w Nysie” z nową wartością zamówienia brutto 14 980 000 zł (pozostałe dane bez zmian) oraz przedłożył List referencyjny, w którym wpisano okres realizacji od 24.01.2018 do 10.02.2020 na zadaniu „Rewitalizacja i renowacja gotyckiej Bazyliki św. Jakuba w Nysie w celu podniesienia walorów turystycznych i kulturowych”. W liście tym wskazano, że członek konsorcjum przystępującego wykonał remont budynku polegający w szczególności na wymianie pokrycia dachowego wraz z wymianą konstrukcji, naprawie głównego gotyckiego

fryzu, wykonaniu kształtek z cegły gotyckiej, rzeźb i elementów architektonicznych z kamienia naturalnego, czyszczeniu i malowaniu zabytkowej elewacji wraz z naprawą ubytków, wymianie witraży, posadzki granitowej, renowacji elewacji oraz budowie podestu stalowego. Wartość prac określono na 14 498 000 zł.

Z uwagi na niezgodność wartości zamówienia z poprawionym wykazem robót budowlanych na podstawie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp, zamawiający wezwał przystępującego pismem nr RAT.27.2020.ZR z dnia 29 kwietnia 2020 r. do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi na wezwanie w dniu 4 maja 2020 r. przystępujący przedłożył poprawiony List referencyjny z kwotą zgodną z poprawionym wykazem robót budowlanych tj. 14 980 000 zł oraz wyjaśnił, że doszło do oczywistej omyłki pisarskiej.

Natomiast zgodnie z rozdziałem VI pkt 1.2.1. ppkt 3) SIWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się w wykonawcy, którzy spełniali warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej. Wykonawca spełniał warunek, jeżeli wykazał, że:

*3) osiągnął minimalny roczny obrót w realizacji robót budowlanych za okres ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres, o wartości co najmniej 6 000 000,00 zł (słownie: sześć milionów złotych) netto.*

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku zgodnie z rozdziałem VIII pkt 1.2. SIWZ zamawiający żądał oświadczenia wykonawcy o obrocie wykonawcy w obszarze objętym zamówieniem, tj. obrót w realizacji robót budowlanych za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres. Zgodnie z rozdziałem VIII ust. 2 SIWZ – *W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców, oświadczenia, o których mowa w pkt 1, ppkt 1.1.-1.2. powyżej składa każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Oświadczenia te mają potwierdzać brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w którym każdy z Wykonawców wykazuje spełnienie warunków udziału w postępowaniu.*

Członkowie konsorcjum przystępującego tj. lider jak i członek złożyli stosowne oświadczenia zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ – Oświadczenie Wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w dniu 6 maja 2020 r. dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 89 ust. 1 Pzp – 1. *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

*1) jest niezgodna z ustawą;*

*2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;*

- 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 5) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert;
- 6) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;
- 7) wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3;
- 7a) wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą;
- 7b) wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium;
- 7c) oferta wariantowa nie spełnia minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego;
- 7d) jej przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, w tym bezpieczeństwo podmiotów objętych jednolitym wykazem obiektów, instalacji, urządzeń i usług wchodzących w skład infrastruktury krytycznej, o której mowa w art. 5b ust. 7 pkt 1 ustawy z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym (Dz. U. z 2019 r. poz. 1398), a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób;
- 8) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać, że w odwołaniu zostały podniesione zarzuty naruszenia art. 89 Pzp, natomiast w uzasadnieniu odwołujący nie podał żadnej argumentacji lub okoliczności związanych z koniecznością odrzucenia oferty przystępującego. W uzasadnieniu odwołujący skupił się na okolicznościach dotyczących wprowadzenia zamawiającego przez przystępującego w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Argumentacja ta co prawda wiąże się z przepisem art. 89 Pzp przez jego ust. 1 pkt 5), który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert, niemniej odwołujący w ocenie składu orzekającego

odwrócił kolejność przedstawiając swoją argumentację przedstawioną na poparcie odwołania. Z treści uzasadnienia wynika, że odwołujący skupił się *de facto* na argumentacji odnoszącej się do treści art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp. Zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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. Jak wynika z powyższego dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki:

1. Przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd;
2. Błąd polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu;
3. Przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

W związku z tym odwołujący powołując się na przesłanki wynikające z ww. przepisu powinien przede wszystkim skupić się na przedstawieniu okoliczności potwierdzających ich spełnienie, ponieważ tylko kumulatywne spełnienie wszystkich przesłanek określonych w tym przepisie powoduje zastosowanie normy prawnej w nim zawartej. Tymczasem odwołujący w ocenie Izby przedstawił dość pobieżną argumentację, która lakonicznie i hasłowo nawiązywała do przesłanek określonych w treści art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp i którą można było potraktować co najwyżej jako wyraz pewnych wątpliwości odwołującego wobec przystępującego i złożonej przez niego oferty. Z pewnością nie można było stwierdzić, że odwołujący udowodnił swoje twierdzenia, zatem Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania.

Przechodząc konkretnie do okoliczności podniesionych w odwołaniu skład orzekający odniósł się do nich w kolejności przyjętej przez odwołującego.

Jeśli chodzi o warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej (rozdział VI pkt 1.2.2. lit. a) ppkt 1) i 2) SIWZ), należy wskazać, że zamawiający w dokumentacji przetargowej nie podał co rozumie pod określeniem zamówienia na potrzeby spełnienia tego warunku, ani nie zastrzegł co rozumie przez zrealizowanie (zakończenie) takiego zamówienia. W związku z tym należało przyjąć, że zakres zamówienia potwierdzającego spełnienie tego warunku wyznaczały wymogi wskazane w treści tego warunku, które odnosiły się do budowy, przebudowy budynku użyteczności publicznej o: kubaturze co najmniej 8 tys. m<sup>3</sup> i powierzchni użytkowej co najmniej 1500 m<sup>2</sup> i wartości robót brutto nie

mniejszej niż 10 mln zł oraz przebudowy, odbudowy, rozbudowy, nadbudowy, remontu budynku zabytkowego, wpisanego do rejestru zabytków o: kubaturze co najmniej 4 tys.m<sup>3</sup> i powierzchni użytkowej co najmniej 750 m<sup>2</sup> i wartość robót brutto nie mniejszej niż 5 mln zł. Oba wymogi mógł spełniać jeden obiekt łącznie.

Odwołujący nie kwestionował, że z przedłożonego przez przystępującego wykazu robót jak i referencji wynikało, iż przystępujący wykonał zamówienie w zakresie wyznaczonym przez wymogi podane w warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący skupił się wyłącznie na udowodnieniu okoliczności niezrealizowania (niezakończenia) przez przystępującego zamówienia wskazanego w wykazie robót. Jak wynika z czynności podjętych przez zamawiającego w celu ustalenia spełnienia przez przystępującego tego warunku, kwestionowana przez odwołującego inwestycja spełniła ten warunek w zakresie przedstawionym w jego treści. Przystępujący wykazał – czego odwołujący nie zakwestionował – wykonanie robót budowlanych o wartości i wymogach przekraczających określone przez zamawiającego minimum. Wynikało to zarówno ze złożonego wykazu robót i zostało potwierdzone przez złożenie oświadczenia wiedzy przez inwestora, na którego rzecz te roboty były wykonywane – co wynikało z referencji. Referencje potwierdzały jakość prac, zakres, a także fakt ich wykonania w związku z tym argumentacja odwołującego nie mogła skutkować uwzględnieniem odwołania w tym zakresie.

Skład orzekający pominął przy tym dowody złożone przez odwołującego w zakresie powyższej argumentacji. Dowody te w żaden sposób nie potwierdziły spełnienia przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 ) Pzp, ani okoliczności niespełnienia postawionego warunku przez przystępującego. W ocenie składu orzekającego co najwyżej potwierdzały one (np. faktury i protokoły odbiorów częściowych do ostatniej faktury złożone wraz z oryginałem pisma procesowego na posiedzeniu niejawnym), że wskazane przez przystępującego zamówienie spełniało postawiony przez zamawiającego warunek, gdyż z treści protokołów odbiorów częściowych wynikało, iż roboty w nich ujęte zostały wykonane zgodnie z umową (projektem i kosztorysem).

W zakresie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej (rozdział VI pkt 1.2.1. ppkt 3) SIWZ), należy wskazać, że odwołujący w swojej argumentacji skupił się wyłącznie na sytuacji członka konsorcjum przystępującego – PPHU Merkury Sp. z o.o. Tymczasem mając na uwadze treść warunku, przepisów Pzp (szczególnie jej art. 23) jak i istotę konsorcjum w ogóle, nie można wymagać, aby dany warunek spełniali wszyscy członkowie konsorcjum. Członek konsorcjum w oświadczeniu o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu złożonym wraz z ofertą na wzorze stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ oświadczył, że roczny obrót *Wykonawcy w realizacji robót budowlanych, uzyskany w okresie*

*każdego z ostatnich lat obrotowych wyniósł co najmniej 6 000 000 zł netto, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w okresie prowadzonej działalności.*

W cytowanym powyżej oświadczeniu jest mowa o wykonawcy, czyli przystępującym składającym ofertę w konsorcjum, zatem nie można uznać, że członek konsorcjum wprowadził zamawiającego w błąd oświadczając spełnienie tego warunku samodzielnie. Członek konsorcjum oświadczył, że wykonawca spełnia warunek. Ponadto należy wskazać, że przystępujący na rozprawie wyjaśnił, iż lider konsorcjum samodzielnie spełnia ten warunek, czego odwołujący nie był w stanie zakwestionować. Tym samym w okolicznościach dotyczących tego zarzutu nie miało znaczenia badanie statusu członka konsorcjum w odniesieniu do przedmiotowego warunku, ponieważ odwołujący nie był w stanie, ani nawet nie próbował kwestionować spełnienia tego warunku przez lidera konsorcjum. Wobec tego Izba nie miała podstaw do zanegowania stanowiska przystępującego, który stwierdził, że lider konsorcjum spełnia ten warunek samodzielnie. Zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodu, wynikającą z art. 6 k.c. w zw. z art. 190 ust. 1 Pzp, obowiązek udowodnienia okoliczności faktycznych spoczywa na tym, kto ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny (w tym wypadku na odwołującym), a odwołujący nie był w stanie udowodnić swoich twierdzeń wobec przystępującego, zatem Izba uznała zarzut za nieudowodniony i gołosłowny.

Skład orzekający pominął przy tym dowody złożone przez odwołującego w zakresie tej części uzasadnienia odwołania. Dowody złożone przez odwołującego odnosiły się wyłącznie do członka konsorcjum przystępującego, zatem z przyczyn opisanych powyżej nie mogły stanowić potwierdzenia zarzutu wobec przystępującego, który złożył ofertę w konsorcjum.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast wobec braku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu, w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp, zatem odwołanie zostało przez Izbę oddalone.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: .....