

**WYROK**  
**z dnia 1 lipca 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Bienias**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: konsorcjum firm **Przedsiębiorstwo Budowlane MOBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Nysie** oraz **INWESTNET Sp. z o.o. z siedzibą w Nysie** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Opolu**,

przy udziale wykonawcy **R. S.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Firma Usługowo – Handlowa „S.” R. S. z siedzibą w Piotrowicach Nyskich**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu III i nakazuje Zamawiającemu:
  - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
  - b) wezwanie Przystępującego do poprawienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania się doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich pięciu latach przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch robót budowlanych, polegającej na budowie lub przebudowie budynku w zakresie branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej, każda o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp,
  - c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddać.

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego w części 2/3 i Przystępującego w części 1/3 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 Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 4 534 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset trzydzieści cztery złote zero groszy).
  - 3.3. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 326 zł 98 gr (słownie: trzysta dwadzieścia sześć złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Opolu – prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Komisariat Policji w Otmuchowie budowa nowej siedziby ul. Krakowska dz. nr 394/1”, Nr nadany przez zamawiającego: BZP.271.4.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr: 2022/BZP 00120742/01 w dniu 13.04.2022 r.

W dniu 8 czerwca 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: konsorcjum firm **Przedsiębiorstwo Budowlane MOBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Nysie** oraz **INWESTNET Sp. z o.o. z siedzibą w Nysie** wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- I. Art. 226 ust. 1 pkt.2 lit. a, b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „S.” R. S. gdyż wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu z działu XI pkt. 1 ppkt.2 lit d.A,
- II. Art. 239 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, oferta spełnia wszystkie wymogi formalne określone przepisami Pzp i postanowieniami SWZ oraz merytorycznie jest zgodna z treścią SWZ, a w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert jest ona ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.
- III. Art. 239 ustawy Pzp poprzez dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Firma Usługowo-Handlowa „S.” R. S. pomimo iż wykonawca ten nie spełnia warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej i tym samym oferta złożona przez tę firmę nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Firmy Usługowo-Handlowa „S.” R. S.
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,
3. odrzucenie oferty Firma Usługowo-Handlowa „S.” R. S.

4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert,

5. zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

Odwołujący wskazał, że:

Zamawiający w dniu 03.06.2022 r. poinformował Odwołującego, że podjął decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty jaką złożyła Firma Usługowo-Handlowa „S.” R. S.

Z takim działaniem Zamawiającego i jego uzasadnieniem Odwołujący nie może się zgodzić.

Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) w w dziale XI określił warunki udziału w postępowaniu pkt. 1 ppkt. 2 lit. d.A warunek zdolność techniczna lub zawodowa *„Wykonawca **musi wykazać** się doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej **dwóch robót budowlanych** polegających na **budowie lub przebudowie budynku** w zakresie branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej **każda o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł. brutto.**”*

Następnie w SWZ dział XI pkt. 6 Zamawiający umożliwił wykonawcy w celu potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych. Jednocześnie w pkt. 7 działu XI wskazał, że *„W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub **doświadczenia** wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi do realizacji których te zdolności są wymagane.”*

Po zapoznaniu się z ofertą i dokumentami złożonymi na skutek uzupełnień firmy Usługowo-Handlowa „S.” R. S.. stwierdzamy, że wykonawca ten nie wykazał spełnienie warunku posiadania zdolności technicznej (doświadczenia) zgodnie z wymogiem Zamawiającego.

Wykonawca składając ofertę dokonał oceny spełnienia warunku doświadczenia i uznał, że wymaganego doświadczenie nie posiada i dlatego w pkt. 14 oferty oświadczył , że spełnia warunki udziału w postępowaniu **polegając na zasobach podmiotu trzeciego**, na dowód czego dołącza pisemne zobowiązanie. Do oferty zostało dołączone zobowiązanie podmiotu trzeciego wraz dwoma referencjami. Jedna referencja dotyczyła wykonania przez „S.” R. S.

roboty budowlanej budynku Wielkiego Młyna w Nysie natomiast druga dotyczyła realizacji roboty wykonanej przez podmiot trzeci tj. Zakład Budowlany B. K.

Zamawiający po dokonaniu oceny złożonej oferty wykonawcy stwierdził że sposób spełnienia przytoczonego warunku polegający na zwykłym matematycznym zsumowaniu doświadczenia wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby wynikający ze wspomnianych powyżej dokumentów nie jest dopuszczalny, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W związku z tym Zamawiający uznał, że zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia przez „S.” R. S. warunków udziału w postępowaniu i pismem z dnia 24.05.2022 r. Zamawiający na podstawie art. 122 ustawy Pzp zażądał aby wykonawca;

- zastąpił wskazany podmiot trzeci innym podmiotem lub podmiotami,  
albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Na skutek powyższego żądania wykonawca przedłożył wykaz robót wraz z dwoma referencjami wskazując, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wykaz wykonanych robót budowlanych przedstawiony przez wykonawcę zawiera dwa punkty.

**Punkt 1** dotyczy wykonania Rozbudowy i przebudowy zespołu budynków młyna w Nysie z przeznaczeniem na budynek usługowy – Obiekt WIELKI MŁYN” a rodzaj, zakres robót wykonanych został określony w dowodzie tj. referencje. Referencje zostały wydane w dniu 24.02.2022 r. przez Przedsiębiorstwo Budowlane sp. z.o.o. BESTA ul. Przemysłowa 23, 35-105 Rzeszów. Jak wynika z tych referencji zakres robót dotyczył **czterech budynków lub więcej** gdyż nie można z dokumentów ustalić czy wykonanie dodatkowej toalety w sklepie i wykonanie toalet w restauracji czy remontowane garaże mieszczą się w jednym budynku od 1-4 a jak w jednym to w którym a może czy w dwóch budynkach 1-4 lub w innych nie objętych numeracją od 1-4 ?

Zakres robót w poszczególnych budynkach;

1. Budynek nr 1

- elewacja,
- konstrukcja żelbetowa nośna,
- roboty wykończeniowe.

2. Budynek nr 2

- Pokrycie dachu
- Elewacja

Roboty wykończeniowe – parter, piętro

### 3. Budynek nr 3

Pokrycie dachu

Elewacja

Roboty wykończeniowe – parter, piętro

### 4. Budynek nr 4

Pokrycie dachu

Roboty wykończeniowe - parter, piętro

5. Pozostały zakres tj. izolacja fundamentów, remont garaży, dostawa i montaż siedziska, wykonanie toalety w sklepie, toalet w restauracji nie można przyporządkować do któregoś z budynków, gdyż nie wynika to z treści referencji.

Biorąc pod uwagę warunek o treści co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na **budowie lub przebudowie budynku (liczba pojedyncza)** w zakresie **branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej** każda o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł. brutto stwierdzamy, że przedstawiona powyżej analiza treści referencji wykazała, że wykonawca nie podał wartości wykonanych robót dla chociaż dla jednego z budynków lub dla każdego z osobna co pozwoliło by na ocenę czy wartość zakresu robót na którymś z budynków była wyższa niż 3 000.000,00 zł.

Zaznaczamy również, że wykonawca **na tym zadaniu nie wykonywał zakresu robót z branży sanitarnej i elektrycznej, co powoduje, że nie nabył doświadczenia w tym zakresie jaki był wymagany przez Zamawiającego.**

W związku z powyższym stwierdzamy, że w ramach inwestycji pn; Rozbudowa i przebudowa zespołu budynków młyna w Nysie z przeznaczeniem na budynek usługowy” obiekt Wielki Młyn wykonawca nie wykonał na jednym budynku zakresu wynikającego z warunku i tym samym nie nabył wymaganego doświadczenia i dlatego jego oferta powinna być odrzucona z postępowania Zamawiający nie czyniąc tego naraził się na naruszenie wskazanych powyżej przepisów.

**Punkt 2** dotyczy wykonania prac budowlanych, których rodzaj, zakres robót wykonanych został określony w dowodzie tj. referencje. Jak wynika z wykazu pkt. 2 wskazane roboty były ukończone w kwietniu 2022 r. jednak nie został wskazany początek ich realizacji a wartość

wynosiła 3.078.000,00 zł. brutto. Po zapoznaniu się z referencjami dotyczącymi pkt. 2 wykazu robót wydanymi w dniu 25.05.2022 r. przez Głuchołaskie Zakłady Papiernicze – spółka z.o.o., ul. Gen. W. Andersa 32, 48-340 Głuchołazy stwierdzamy, że wykonany zakres robót wyszczególniony w referencjach nie potwierdza spełnienia warunku na poziomie jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku w zakresie branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej o wartości nie mniejszej niż 3.000.000 zł. brutto.

Zakres wykonanych robót dotyczy między innymi „Prac ziemnych pod drogi betonowe”, i „wykonanie stóp żelbetowych pod silosy” które nie są składową robót budowlanych dotyczących budowy lub przebudowy budynku i tym samym nie mogą być brane pod uwagę do oceny spełnienia warunku. Dlatego też wykonawca do wykazania spełnienia warunku powinien wykluczyć ten zakres robót i jego wartość odjąć od wskazanej w pkt. 2 kolumna 1 wartości 3.078.000 zł. Brak wskazania przez wykonawcę wartości „Prac ziemnych pod drogi betonowe”, i „wykonanie stóp żelbetowych pod silosy” uniemożliwia jednoznaczne stwierdzenie, że pozostały zakres robót wymieniony w referencjach potwierdza wykonanie robót dotyczących budowy lub przebudowy budynku na wartość nie mniejszą niż 3.000.000,00 zł.

Wskazujemy, że warunek zdolność techniczna dotyczy roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie **budynku (liczba pojedyncza) w zakresie branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej.**

Natomiast zakres robót wynikający z referencji dotyczył wykonania prac murarskich, tynkarskich i wykończeniowych **na budynkach (liczba mnoga)**, wznoszenie **budynków technicznych (l. mnoga)**, montaż stolarki okiennej i drzwiowej na wznoszonych **budynkach technicznych (l. mnoga)**, wykonanie montażu płyt warstwowych na **dachach w znoszonych budynkach (l mnoga)**. **Użyta liczba mnoga uniemożliwia ocenę jakie roboty dotyczyły konkretnego budynku i czy ten budynek był objęty zakresem robót wynikający z warunku tzn. czy była to budowa czy przebudowa budynku (liczba pojedyncza) czy na tym budynku były wykonywane prace budowlane, sanitarne i elektryczne za kwotę nie mniejszą niż 3.000.000,00 ?**

W związku z powyższym należało by zadać pytanie Zamawiającemu **na podstawie jakich informacji ocenił spełnienie przez wykonawcę warunku zdolności technicznej lub zawodowej** skoro ani z wykazu robót ani z referencji Głuchołaskich Zakładów Papierniczych – spółka z.o.o. **nie wynika w sposób jednoznaczny, że wykonał roboty budowlane, sanitarne, elektryczne na jednym budynku za kwotę nie mniejszą niż 3.000.000,00 zł.,** co

tym samym powoduje, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku posiadania wymaganej zdolności technicznej i tym samym jego oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 226 ust. 2 lit. a i b ustawy Pzp.

Podsumowując należy pamiętać o tym, że mimo tego iż ustawodawca wyposażył Zamawiającego w szereg uprawnień w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to nie oznacza, iż Zamawiający nie jest w żaden sposób ograniczony i może ustanawiać wymagania oraz ocenę ofert w sposób dowolny i całkowicie uznaniowy, tak jak w tym przypadku.

W związku z powyższym należy wskazać, że brak odrzucenia oferty „S.” R. S. stanowi naruszenie przepisów wskazanych na wstępie. Skutkiem powyższego było pozbawienie odwołującego (jako oferenta, którego oferta była najkorzystniejsza) zamówienia w niniejszym postępowaniu. Takie działanie Zamawiającego spowodowało naruszenie art. 16 ustawy Pzp i tym samym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców a czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jaką złożyła firma „S.” R. S. została dokonana z naruszeniem art. 239 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego powyższe potwierdza fakt, że swoim działaniem Zamawiający naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 czerwca 2022 r. wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu III wobec uwzględnienia przez Zamawiającego tego zarzutu oraz o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu I i II.

Zamawiający podniósł, że w dniu 3 czerwca 2022 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. **„Komisariat Policji w Otmuchowie - budowa nowej siedziby, ul. Krakowska, dz. nr 394/1”**, uznając za najkorzystniejszą ofertę Firmy Usługowo-Handlowej „S.” R. S..

W dniu 8 czerwca 2022 r. konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane MOBUD Sp. z o.o. i INVESTNET Sp. z o.o. wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od ww. wyboru, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- I. art. 226 ust. 1 pkt.2 lit. a, b ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „S.” R. S., gdyż Wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w

postępowaniu z działu XI pkt. 1 ppkt.2 lit c.A,

II. art. 239 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, oferta spełnia wszystkie wymogi formalne określone przepisami Pzp i postanowieniami SWZ oraz merytorycznie jest zgodna z treścią SWZ, a w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert jest ona ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu

III. art. 239 ustawy Pzp - poprzez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Firmę Usługowo-Handlową „S.” R. S., pomimo iż Wykonawca ten nie spełnia warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej i tym samym oferta złożona przez tę firmę nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu przez Krajową Izbę Odwoławczą:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Firmy Usługowo-Handlowa „S.” R. S.
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,
3. odrzucenie oferty Firma Usługowo-Handlowej „S.” R. S.
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert,
5. zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

Zamawiający wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego w części wobec uwzględnienia zarzutu nr III odwołania, tj. naruszenia art. 239 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Firmę Usługowo-Handlową „S.” R. S., pomimo iż Wykonawca ten nie spełnia warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej i tym samym oferta złożona przez tę firmę nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Dokonując analizy zarzutów zawartych w odwołaniu i ich uzasadnienia, inspektorzy nadzoru budowlanego KWP w Opolu, będący członkami komisji Zamawiającego, a tym samym Zamawiający, uznali argumenty przedstawione przez konsorcjum w odwołaniu dotyczące niezgodności warunku potwierdzającego posiadanie przez Firmę Usługowo-Handlową „S.” R. S. wiedzy i doświadczenia z wymaganiami stawianymi przez

Zamawiającego, określonymi w SWZ (dział XI, pkt.I ppkt. 2 lit. d.A.) za zasadne.

Komisja Zamawiającego oceniając pierwotnie dołączony przez Firmę Usługowo-Handlową „S.” R. S. wykaz robót budowlanych i referencje, skupiła się na ogólnym charakterze referencji, które potwierdzają, że firma posiada doświadczenie przy realizacji robót budowlanych inwestycyjnych o wartości robót nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł brutto i w ocenie komisji wykonałaby zadanie pn. „Komisariat Policji w Otmuchowie - budowa nowej siedziby, ul. Krakowska, dz. nr 394/1” zgodnie z dokumentacją i sztuką budowlaną.

Ponowna analiza postawionego przez Zamawiającego warunku, posiadania przez Wykonawcę wiedzy i doświadczenia, tj. wykonania co najmniej dwóch robót budowlanych, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, polegających na budowie lub przebudowie budynku w zakresie branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej o wartości każdej z nich nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł brutto, pozwoliła na stwierdzenie, że dotychczasowa ocena była błędna, gdyż przedstawione przez Firmę Usługowo-Handlową „S.” R. S. roboty wykazane w wykazie robót budowlanych nie spełniają tego warunku.

Robota nr 1 dotyczy rozbudowy i przebudowy zespołu budynków młyna w Nysie z przeznaczeniem na budynek usługowy - Obiekt WIELKI MLYN. Dołączona do tej roboty referencja wykazała, że roboty budowlane były wykonywane w 4 różnych budynkach, a nie jednym, a podana wartość robót 5 427 990,00 zł brutto dotyczy całego zadania (wszystkich budynków) i nie można określić jaka wartość robót dotyczyła poszczególnych budynków. Również wskazane w ww. referencji wykonywane roboty typu: toalety (czyli roboty sanitarne), montaż siedziska czy remont garaży, nie można w sposób jednoznaczny przyporządkować do jednego z czterech budynków. Brak również w referencji informacji na temat wykonywania jakichkolwiek instalacji elektrycznych. Tak przedstawiona referencja do roboty nr 1 nie spełnia warunku postawionego przez Zamawiającego.

Robota nr 2 dotyczy robót inwestycyjnych wykonywanych na rzecz Głuchołaskich Zakładów Papierniczych - spółka z.o.o., ul. Gen. W. Andersa 32, 48-340 Głuchołazy, jednak ich opis i zakres wskazuje, że były one realizowane na kilku budynkach, a nie na jednym, i nie można w sposób jednoznaczny wykazać, czy wartość robót któregoś z budynków, była wyższa niż 3 000 000,00 zł brutto, gdyż podana wartość robót w wysokości 3 078 000,00 zł brutto

dotyczy całego zakresu robót (wszystkich budynków). Podobnie nie można przyporządkować do któregoś z budynków, wykonywanej instalacji wodnej i kanalizacyjnej czy też instalacji elektrycznej. W referencji mowa jedynie o tym, że były wykonywane w ramach robót inwestycyjnych. Również wskazane w referencji roboty typu: prace ziemne pod drogi fundamentowe czy też wykonanie stóp żelbetowych pod silosy, nie mogą być zakwalifikowane jako roboty dotyczące budowy lub przebudowy budynku. Tak przedstawiana referencja do roboty nr 2 nie spełnia warunku postawionego przez Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego, komisja Zamawiającego dokonując oceny przedstawionych robót i referencji przez Firmę Usługowo-Handlową „S.” R. S., dokonała jej zbyt ogólnie, co w konsekwencji doprowadziło do przyjęcia błędnego założenia, że są one poprawne i zgodne z warunkiem postawionym przez Zamawiającego. Przedstawione roboty i referencje nie spełniają warunku określonego w dziale XI, pkt. I ppkt. 2 lit. d.A SWZ.

Tym samym nie można uznać za wystarczające roboty budowlane zrealizowane przez Firmę Usługowo-Handlową „S.” R. S., wskazane w wykazie oraz referencjach na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej Wykonawcy: *„Wykonawca musi wykazać się doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich pięciu latach przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch robót budowlanych, polegającej na budowie lub przebudowie budynku w zakresie branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej, każda o wartości nie mniejszej niż 3 000 000, 00 zł brutto”.*

W związku z powyższym Zamawiający powinien:

- 1) unieważnić czynność wyboru oferty Firmy Usługowo-Handlowej „S.” R. S. jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzyć czynność badania i oceny oferty ww. Wykonawcy. Z uwagi na prawny obowiązek, wynikający z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający powinien wystąpić do Firmy Usługowo-Handlowej „S.” R. S. z wezwaniem do poprawienia złożonych podmiotowych środków dowodowych, tj. 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.

Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w zakresie dotyczącym zarzutu nr I i II, tj. naruszenia przez Zamawiającego:

- I. art. 226 ust. 1 pkt.2 lit. a, b ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „S.” R. S., gdyż Wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu z działu XI pkt. 1 ppkt.2 lit d.A,SWZ
- II. art. 239 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, oferta spełnia wszystkie wymogi formalne określone przepisami Pzp i postanowieniami SWZ oraz merytorycznie jest zgodna z treścią SWZ, a w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert jest ona ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu

Zamawiający, pomimo stwierdzenia, że weryfikacja dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu Wykonawcy, którego ofertę najwyżej oceniono, została błędnie przeprowadzona, może uwzględnić odwołanie jedynie w części dotyczącej unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Firmę Usługowo-Handlową „S.” R. S. i powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu. Zamawiający nie może uwzględnić, na tym etapie postępowania, odwołania w pozostałym zakresie, tj. odrzucenie oferty Firmy Usługowo-Handlowej „S.” R. S. i wybór oferty Odwołującego, z uwagi na przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, obligujące Zamawiającego do wezwania Wykonawców do poprawiania/uzupełniania podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust.1 ustawy Pzp. Wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, musi być poprzedzony wezwaniem do złożenia podmiotowych środków dowodowych i ich oceną przez Zamawiającego w kontekście potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zatem dopiero w dalszej kolejności, po dokonaniu przez KIO oceny uwzględnienia przez Zamawiającego jednego zarzutu lub wyznaczenia przez KIO rozprawy i wydania rozstrzygnięcia, w zależności od czynności podjętych przez Odwołującego i Przystępującego do Zamawiającego oraz w zależności od wyniku ponownego badania udzielonej przez Wykonawcę odpowiedzi można:

- 1) w przypadku pozytywnej weryfikacji podmiotowych środków dowodowych ponownie wybrać ofertę Firmy Usługowo-Handlowej „S.” R. S. jako ofertę najkorzystniejszą lub
- 2) w przypadku negatywnej weryfikacji podmiotowych środków dowodowych odrzucić

ofertę Firmy Usługowo-Handlowej „S.” R. S. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) niespełniającej warunków udziału w postępowaniu, lub c) która nie złożyła w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Kontynuując procedurę badania ofert należy wezwać kolejnego w rankingu oceny ofert Wykonawcę, zgodnie z dyspozycją art. 274 ust.1 Pzp, do złożenia podmiotowych środków dowodowych, dokonać ich weryfikacji w kontekście postawionych warunków udziału i odpowiednio do efektu tego etapu dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnić postępowanie.

Na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (tj. oświadczenia wstępnego), 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 wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. W wyroku KIO z dnia 20.09.2021 r., KIO 2263/21, podkreślono, że z dokumentem lub oświadczeniem zawierającym błędy mamy do czynienia, w sytuacji gdy ich treść nie potwierdza spełnienia określonych przez zamawiającego w SWZ wymagań. Zatem gdy złożone przez wykonawcę podmiotowe środki dowodowe, np. wykaz robót budowlanych, wykaz usług, referencje itp., nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu, to po stronie zamawiającego co do zasady aktualizuje się obowiązek wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia.

Ustawodawca użył w art. 128 ust. 1 Pzp, określając sytuację, gdy m.in. podmiotowe środki dowodowe dotknięte są wymienionymi w przepisie „wadami” - wyrazu „wzywa”, co oznacza, że zamawiający ma obowiązek wezwać co do zasady wykonawcę do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia. Z obowiązku wezwania zwalnia zamawiającego jedynie sytuacja, w której oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W art. 128 ust. 5 Pzp przewidziano możliwość zwrócenia się przez zamawiającego, w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe budzą jego wątpliwości, bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Zamawiający nie jest obowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w sytuacji, gdy pomimo uzupełnienia wymaganych dokumentów wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferta podlegają odrzuceniu bez względu na złożenie, uzupełnienie lub poprawienie podmiotowych dokumentów. Podstawy odrzucenia wniosków określa art. 146 ust. 1 Pzp, a podstawy odrzucenia ofert - art. 226 ust. 1 Pzp

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 1) została złożona po terminie składania ofert;
- 2) została złożona przez wykonawcę:
  - a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
  - b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub
  - c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;
- 3) jest niezgodna z przepisami ustawy;
- 4) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;
- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 6) nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego;
- 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 9) została złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert;
- 10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;
- 11) wykonawca w wyznaczonym terminie zakwestionował poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3;
- 12) wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą;
- 13) wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą;
- 14) wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3;
- 15) oferta wariantowa nie została złożona lub nie spełnia minimalnych

wymagań określonych przez zamawiającego, w przypadku gdy zamawiający wymagał jej złożenia;

- 16) jej przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób;
- 17) obejmuje ona urządzenia infonnatyczne lub oprogramowanie wskazane w rekomendacji, o której mowa w art. 33 ust. 4 ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa (Dz. U. z 2020 r. poz. 1369), stwierdzającej ich negatywny wpływ na bezpieczeństwo publiczne lub bezpieczeństwo narodowe;
- 18) została złożona bez odbycia wizji lokalnej lub bez sprawdzenia dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego, w przypadku gdy zamawiający tego wymagał w dokumentach zamówienia.

Na obecnym etapie postępowania, nawet po unieważnieniu czynności wyboru oferty Firmy Usługowo-Handlowej „S.” R. S. Zamawiający nie ma podstaw do odrzucenia tej oferty na podstawie ww przesłanek i wyboru oferty Odwołującego. Dopiero negatywna dla Firmy Usługowo-Handlowej „S.” R. S. weryfikacja podmiotowych środków dowodowych pozwoliłaby wezwać kolejnego w rankingu oceny ofert Wykonawcę, tj. Odwołującego, do złożenia podmiotowych środków dowodowych i dokonania ich weryfikacji

Do tej pory Zamawiający wzywał Firmę Usługowo-Handlową „S.” R. S.:

- 1) pismem z dnia 13 maja 2022 r. na podstawie art. 128 ust. I Pzp do poprawienia i uzupełnienia oświadczenia, którym mowa w art. 125 ust. I Pzp o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, złożonego wraz z ofertą, w związku z brakiem w oświadczeniu przesłanki wykluczenia wynikającej z art. 7 ust. I ustawy z 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach służących ochronie bezpieczeństwa narodowego oraz błędnie wypełnionym oświadczeniem dot. podmiotu udostępniającego zasoby, tj. Zakładu Budowlanego B. K.
- 2) pismem z 24 maja 2022 r. na podstawie art. 122 Pzp do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub wykazania, że Wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający nie wzywał Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie złożonych podmiotowych środków dowodowych, tj. referencji ani nie zwracał się bezpośrednio do podmiotów, które są w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla

oceny spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Zamawiający ma obowiązek przeprowadzić weryfikację podmiotowych środków dowodowych, które wzbudziły jego wątpliwości. Także z treści uzasadnienia odwołania wynika, że Odwołujący nie widzi możliwości oceny warunku spełniania przez Wykonawcę zdolności technicznej lub zawodowej bez dodatkowej weryfikacji referencji Firmy Usługowo-Handlowej „S.” R. S..

Warto zwrócić uwagę na wyrok KIO z dnia 26.08.2021 r., KIO 2348/21, w którym Izba uznała, że pierwsze wystosowane przez zamawiającego do wykonawcy wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, dotyczyło uzupełnienia oświadczenia w związku z wadą formalną oświadczenia złożonego wraz z ofertą, tj. braku wymaganego podpisu w formie elektronicznej. Natomiast drugie wezwanie do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, zamawiający wystosował do wykonawcy na podstawie art. 110 ust. 2 i art. 128 ust. 1 Pzp w ramach zainicjowania przez zamawiającego dokonania przez wykonawcę procedury samooczyszczenia. Zostało skierowane w oparciu o nowe, uzyskane przez zamawiającego informacje, które zamawiający szczegółowo przeanalizował i precyzyjnie opisał w treści tego wezwania. Tym samym ponowne wezwanie do uzupełnienia oświadczenia było zatem wynikiem ujawnienia nowych okoliczności oraz dotyczyło innego zakresu uzupełnienia w porównaniu z pierwszym wezwaniem.

Zamawiający, po unieważnieniu czynności wyboru oferty Firmy Usługowo-Handlowej „S.” R. S. ma obowiązek ponownego wystąpienia do tego Wykonawcy z wezwaniem do poprawienia złożonych podmiotowych środków dowodowych, tj. 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.

Odnosząc się do argumentacji zawartej w przystąpieniu do Zamawiającego Firmy Usługowo- Handlowej „S.” R. S., Zamawiający nie może zgodzić się z dokonaną przez Przystępującego interpretacją warunku udziału w postępowaniu adekwatną do sytuacji Wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą. Takie postępowanie w oczywisty sposób nie tylko zaprzecza prowadzeniu postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ale również nie zapewnia przejrzystości tego postępowania, czyli narusza zasady, o których *de lege lata* mowa w art. 16 pkt 1-2 Pzp

Zamawiający wobec jednoznacznie sformułowanego warunku zgadza się ze stanowiskiem, że użyte w warunku pojęcie *"budynek"* nie może być interpretowane rozszerzająco w rozumieniu definicji zawartej w Pzp jako *„wynik całości robot budowlanych, który może samodzielnie spełniać funkcje gospodarczą i techniczną”*.

Zamawiający stoi na stanowisku, że ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie określonych w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości Zamawiającego na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczalna rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, które nie znalazły wyrazu w formie pisemnej, niezależnie od tego czy dany opis oceny sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu należałoby uznać za bardziej adekwatny do przedmiotu zamówienia (wyrok z 17 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 33/12, wyrok z 21 października 2013 r. sygn. akt KIO 2384/13).

Należy zauważyć, że ustawodawca nie wymaga ani nie nakłada na Zamawiającego obowiązku formułowania opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, aby w pełni, jednoznacznie odzwierciedlał i pokrywał się z przedmiotem zamówienia, ma być on proporcjonalny w stosunku do tego przedmiotu zamówienia (wyrok z 14 marca 2012 r. sygn. akt KIO 411/12). Przyjęcie przez Zamawiającego na etapie oceny ofert interpretacji wskazanej przez Przystępującego-Firmę Usługowo-Handlową „S.” R. S. prowadziłoby do rażącego naruszenia przepisów, w szczególności zasad Prawa zamówień publicznych zobowiązujących do przygotowywania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców.

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

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca **R. S.**, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **Firma Usługowo – Handlowa „S.” R. S. z siedzibą w Piotrowicach Nyskich**, Piotrowice Nyskie 15, 48-385 Otmuchów.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

#### **Stan faktyczny:**

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr: 2022/BZP 00120742/01 w dniu 13.04.2022 r.

W dniu 8 czerwca 2022 r. c wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- I. Art. 226 ust. 1 pkt.2 lit. a, b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa „S.” R. S. gdyż wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu z działu XI pkt. 1 ppkt.2 lit d.A,
- II. Art. 239 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, oferta spełnia wszystkie wymogi formalne określone przepisami Pzp i postanowieniami SWZ oraz merytorycznie jest zgodna z treścią SWZ, a w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert jest ona ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.
- III. Art. 239 ustawy Pzp poprzez dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Firma Usługowo-Handlowa „S.” R. S. pomimo iż wykonawca ten nie spełnia warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej i tym samym oferta złożona przez tę firmę nie jest ofertą najkorzystniejszą.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: konsorcjum firm **Przedsiębiorstwo Budowlane MOBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Nysie** oraz **INWESTNET Sp. z o.o. z siedzibą w Nysie**, Zamawiający wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu III wobec uwzględnienia przez Zamawiającego tego zarzutu oraz o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu I i II.

Przystępujący do postępowania wykonawca **R. S.**, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **Firma Usługowo – Handlowa „S.” R. S. z siedzibą w Piotrowicach Nyskich** pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2022 r. (pismo z dnia 22 czerwca 2022 r.) zgłosił sprzeciw wobec częściowego uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w zakresie zarzutu III.

#### **Stan prawny:**

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt.2 lit. a, b ustawy PZP,

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
- 2) została złożona przez wykonawcę:
  - a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
  - b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy PZP,

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

#### **Stanowisko Izby:**

Zarzut Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę R.a S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo – Handlowa „S.” R. S. z siedzibą w Piotrowicach Nyskich, jest zdaniem Izby zasadny.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy PZP:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zgodnie zaś z pkt XI ust.1 ppkt 2 lit. d. A SWZ, Wykonawca musi wykazać się doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich pięciu latach przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch robót budowlanych, polegającej na budowie lub przebudowie budynku w zakresie branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej, każda o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł brutto.

Zdaniem Izby oznacza to, że Zamawiający wymagał wykonania dwóch robót budowlanych, która każda z nich ma polegać na przebudowie lub budowie budynku (w liczbie pojedynczej) w zakresie branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej o wartości równej lub większej niż 3 000 000,00 zł brutto.

Izba zważa, że Przystępujący przedstawił wykaz wykonanych robót budowlanych z dnia 25 maja 2022 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 maja 2022 r. (nr WS-ZF.2380.17.2022), obejmujący roboty budowlane wynikające z referencji :

1. Izolacja fundamentów;
2. Elewacja budynku 1;
3. Pokrycie dachu budynku 1;
4. Konstrukcja żelbetowa nośna budynku 1;
5. Roboty wykończeniowe budynku 1;
6. Pokrycie dachu budynku 2, 3, 4;
7. Elewacja budynku 2 i 3;
8. Roboty wykończeniowe budynku 2, 3, 4 - parter;
9. Roboty wykończeniowe budynku 2, 3, 4 - I piętro;
10. Remont istniejących garaży;
11. Dostawa i montaż siedziska;
12. Wykonanie dodatkowej toalety w sklepie;
13. Wykonanie toalet w restauracji

, a nadto, że były one wykonywane w ramach inwestycji pn.: „Rozbudowa i przebudowa zespołu budynków młyna w Nysie z przeznaczeniem na budynek usługowy”, który to obiekt „Wielki Młyn” jest wpisany do rejestru zabytków. Wartość wykonanych robót wyniosła 5.427.990,00 zł brutto i były one wykonywane na rzecz

Zamawiającego - BESTA Przedsiębiorstwo Budowlane sp. z o.o. ul. Przemysłowa 23, 35-105 Rzeszów.

Przystępujący złożył również ww. wykazie wykonanie robót budowlanych na rzecz Zamawiającego - Głuchołaskie Zakłady Papiernicze Spółka z o.o., ul. Gen. Andersa 32, 48-340 Głuchołazy - obejmujący w referencji poniższe prace:

- prace ziemne pod drogi betonowe,
- prace fundamentowe w konstrukcji żelbetowej i płyty posadzkowej z kostki betonowej hali magazynowej,
- wykonanie instalacji wodnej i kanalizacji,
- prace murarskie, tynkarskie i wykończeniowe na budynkach,
- wykonanie stóp żelbetowych pod silosy,
- prace rozbiórkowe ścian i podłóży betonowych,
- wykonanie instalacji elektrycznych,
- wznoszenie budynków technicznych,
- montaż stolarki okiennej i drzwiowej na wznoszonych budynkach technicznych,
- wykonanie montażu płyt warstwowych na dachach wznoszonych budynkach,

Wartość ww. prac wyniosła 3 078 000,00 zł brutto.

Izba wskazuje, że zgodnie z pkt IV ust. 1 SWZ, przedmiotem zamówienia jest robota budowlana polegająca na budowie nowej siedziby Komisariatu Policji w Otmuchowie przy ul. Krakowskiej dz. nr 394/1. Zakres robót obejmuje m.in.:

- 1) Budowę budynku administracyjnego wraz z instalacjami (*sanitarnymi, instalacja wodno-kanalizacyjna, instalacja wentylacji, instalacja c.o, gazowa*), instalacjami elektrycznymi, instalacjami niskoprądowymi (*instalacja kontroli dostępu KD, instalacja CCTV, instalacja SSWiN*) i instalacjami strukturalnymi (*instalacja LAN*),
- 2) Budowę wolnostojącego masztu antenowego wraz instalacją antenową,
- 3) Budowę budynku garażowego wraz z instalacją oświetleniową i gniazd wtykowych,
- 4) Wykonanie nowego zagospodarowania terenu i małej architektury,
- 5) Wykonanie nowych nawierzchni drogowych,
- 6) Wykonanie nowych terenów zielonych wraz z nasadzeniami,
- 7) Wykonanie nowych zewnętrznych sieci sanitarnych (*kanalizacja grawitacyjna, ciśnieniowa kanalizacja, sieć wodociągowa*),
- 8) Wykonanie nowych zewnętrznych sieci elektrycznych i teletechnicznych.

Izba zważa, że głównym przedmiotem zamówienia niniejszego postępowania jest robota budowlana polegająca na budowie nowej siedziby Komisariatu Policji w Otmuchowie, zgodnie z pkt IV ust. 1 pkt 1 SWZ obejmująca: „Budowę budynku administracyjnego wraz z instalacjami (*sanitarnymi, instalacja wodno-kanalizacyjna, instalacja wentylacji, instalacja c.o., gazowa*), instalacjami elektrycznymi, instalacjami niskoprądowymi (*instalacja kontroli dostępu KD, instalacja CCTV, instalacja SSWiN*) i instalacjami strukturalnymi (*instalacja LAN*).

Z referencji wydanej przez BESTA Przedsiębiorstwo Budowlane sp. z o.o. wynika, że roboty budowlane były wykonywane w 4 różnych budynkach, a nie jednym, a podana wartość robót 5 427 990,00 zł brutto dotyczy całego zadania, tj. zespołu budynków (wszystkich budynków) i nie można określić jaka wartość robót dotyczyła poszczególnych budynków.

Nadto wskazane w ww. referencji wykonywane roboty w postaci wykonania dodatkowej toalety w sklepie, wykonanie toalet w restauracji, dostawa i montaż siedziska czy remont istniejących garaży, nie można w sposób jednoznaczny przyporządkować do jednego z czterech budynków. W ww. referencji brak jest też informacji na temat wykonywania jakichkolwiek instalacji elektrycznych.

Izba zwraca uwagę, że dopiero instalacje elektryczne zostały przedstawione jako „roboty wykończeniowe” w informacji uzupełniającej do referencji z dnia 24 lutego 2022 r. (pismo z dnia 20 czerwca 2022 r.). Nie zmienia to jednak faktu, zdaniem Izby, że cały czas jest mowa w ww. referencji o zespole budynków o numerach 1, 2, 3, 4, a nie o wykonaniu zadań z zakresu robót budowlanych, sanitarnych i elektrycznych w jednym budynku.

Izba zważa, że zgodnie z definicją „budynku” (brak definicji w ustawie PZP) zawartą w art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U z 2021 r. poz. 2351) należy rozumieć obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. Natomiast obiekt budowlany ma swoją definicję zarówno w prawie budowlanym, jak i w ustawie PZP.

Zgodnie z art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, przez obiekt budowlany należy rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych. Natomiast stosownie do art. 7 pkt 14 ustawy PZP, przez obiekt budowlany należy rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję

gospodarczą lub techniczną.

Izba stoi na stanowisku, że definicja budynku zawarta w prawie budowlanym nie może być interpretowana rozszerzająco w rozumieniu definicji obiektu budowlanego zawartej w ustawie PZP jako wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną, na co wskazywał także Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Izba dodatkowo zwraca uwagę, że sam Zamawiający na rozprawie oświadczył, że: „nie wskazał w specyfikacji definicji obiektu budowlanego wynikającego z art. 7 pkt 14 Pzp. Zdaniem Zamawiającego należy się odnieść do definicji budynku z art. 3 Prawa budowlanego”.

Nadto Izba wskazuje, że uzupełnione referencje z dnia 24 lutego 2022r . (pismo z dnia 20 czerwca 2022 r.) przedłożone przez Przystępującego również na rozprawie i stwierdzenia w nim zawarte, że prace budowlane dotyczące zespołu budynków doprowadziły do stworzenia jednego budynku usługowego funkcjonującego pod nazwą „Wielki Młyn – Dom Wenecki” nie korespondują z definicją budynku zawartą w prawie budowlanym. Ciężko jest bowiem mówić, że ten jeden budynek usługowy funkcjonujący pod nazwą „Wielki Młyn - Dom Wenecki” obejmujący zespół budynków jest wydzielony za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach, bowiem elementy te może zawierać wyłącznie budynek a nie zespół budynków funkcjonujący wyłącznie w nazwie inwestycji „z przeznaczeniem na budynek usługowy”.

W przypadku referencji z dnia 25 maja 2022 r. wydanej przez Głuchołaskie Zakłady Papiernicze spółka z.o.o. wynika, że roboty w niej określone były realizowane na kilku budynkach, a nie na jednym. Dodatkowo Izba wskazuje, że nie można w sposób jednoznaczny ustalić, czy wartość robót była równa lub wyższa niż 3 000 000,00 zł brutto w odniesieniu do któregośkolwiek budynku, gdyż podana wartość robót w wysokości 3 078 000,00 zł brutto dotyczy całego zakresu robót (wszystkich budynków). Nie zmienia tego faktu również dowód wniesiony przez Przystępującego na rozprawie w postaci pisma zatytułowanego „referencje” z dnia 20 czerwca 2022 r., bowiem mowa w nim jest o pracach budowlanych wykonanych na kompleksach budynków, na co zwrócił uwagę także Odwołujący na rozprawie.

Izba wskazuje, że nie można również przyporządkować wykonanie instalacji wodnej i kanalizacyjnej czy też instalacji elektrycznej do któregośkolwiek z budynków. W referencji

mowa jedynie jest o tym, że były one wykonywane w ramach robót inwestycyjnych. Ponadto wskazane w referencji roboty w postaci prac ziemnych pod drogi betonowe, czy też wykonanie stóp żelbetowych pod silosy, zdaniem Izby, nie mogą być zakwalifikowane jako roboty dotyczące budowy lub przebudowy budynku (zgodnie z definicją „budynek” zawartą w prawie budowlanym). Powyższe nie zmienia również pismo zatytułowane „referencje” z dnia 20 czerwca 2022 r. wniesione przez Przystępującego na rozprawie.

Zdaniem Izby z ww. pisma w dalszym ciągu nie wiadomo, czy w danym, konkretnym budynku były wykonywane zarówno prace budowlane, sanitarne i elektryczne o wartości nie mniejszej niż 3 000 000, 00 zł brutto, ponieważ mowa w nim jest, że Przystępujący „wykonywał prace budowlane we wszystkich branżach związanych z budową i modernizacją budynków, w pełnym zakresie, od fundamentów aż po dach, wraz z instalacjami wodno-kanalizacyjnymi i elektrycznymi”.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, możemy mówić wyłącznie o „obiekcie budowlanym” a nie „budynek”.

Izba dodatkowo wskazuje, że zgodnie z art. 135 ust. 1 ustawy PZP, wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. Jednak ani Przystępujący ani inni Wykonawcy nie zwrócili się z wnioskiem do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nadto sam Zamawiający oświadczył na rozprawie, że ze strony Wykonawców żadnych pytań nie było co do warunków udziału w postępowaniu zawartych w SWZ, a Odwołujący, jak i Przystępujący tego nie kwestionowali.

Tym samym, zdaniem Izby, wykaz robót budowlanych i referencje przedstawione przez Przystępującego nie spełniają warunku postawionego przez Zamawiającego w pkt. XI ust. 1 ppkt 2 lit. d. A SWZ.

Co do zarzutów w pkt I i II odwołania wskazujące naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego oraz art. 239 ustawy PZP poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, są zdaniem Izby niezasadne.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania lub niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Izba wskazuje, że przed odrzuceniem oferty wykonawcy, Zamawiający jest zobowiązany wezwać Wykonawcę do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP.

Zgodnie z art. 128 ust. 1, 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.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 września 2021 r., sygn. akt. KIO 2263/21 podkreślono: „Wskazać należy, iż z dokumentem/oświadczeniem zawierającym błędy będziemy mieć do czynienia, w sytuacji gdy ich treść nie będzie potwierdzała spełnienia określonych przez zamawiającego w SWZ wymagań. Tym samym wówczas gdy złożone przez wykonawcę dokumenty np. wykaz robót budowlanych, wykaz usług, referencje itp. nie będą potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu, to po stronie zamawiającego co do zasady będzie aktualizował się obowiązek wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia”.

Ponadto zgodnie z art. 128 ust. 5 ustawy PZP, jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Tym samym Izba zważa, że wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej musi być poprzedzony wezwaniem do poprawienia podmiotowych środków dowodowych w stosunku do Przystępującego.

Izba zwraca uwagę, że na podstawie dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający wzywał wykonawcę R.a S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo – Handlowa „S.” R. S. z siedzibą w Piotrowicach Nyskich dwa razy.

W pierwszym wezwaniu Zamawiający pismem z dnia 13 maja 2022 r. (nr. WS-ZF.2380.17.2022) wezwał Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP do poprawienia i uzupełnienia oświadczenia, którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, złożonego wraz z ofertą, w związku z brakiem w oświadczeniu przesłanki wykluczenia wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy z 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach służących ochronie bezpieczeństwa narodowego oraz błędnie wypełnionym oświadczeniem dot. podmiotu udostępniającego zasoby, tj. Zakładu Budowlanego B. K.

Drugie wezwanie Zamawiający pismem z dnia 24 maja 2022 r. (nr. WS-ZF.2380.17.2022) wezwał Przystępującego na podstawie art. 122 ustawy PZP do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby (Zakładu Budowlanego B. K. ) innym podmiotem lub podmiotami lub wykazania, że Wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Izba dodatkowo wskazuje, że z dokumentacji postępowania nie wynika, aby Zamawiający wzywał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie złożonych podmiotowych środków dowodowych, tj. referencji ani nie zwracał się bezpośrednio do podmiotów, które są w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Izba zwraca uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2021 r., sygn. akt. KIO 2348/21, w którym Izba uznała, że „pierwsze wystosowane przez zamawiającego do wykonawcy wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, dotyczyło uzupełnienia oświadczenia w związku z wadą formalną oświadczenia złożonego wraz z ofertą, tj. braku wymaganego podpisu w formie elektronicznej. Natomiast drugie wezwanie do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, zamawiający wystosował do wykonawcy na podstawie art. 110 ust. 2 i art. 128 ust. 1 Pzp w ramach zainicjowania przez zamawiającego dokonania przez wykonawcę procedury samooczyszczenia. Zostało skierowane w oparciu o nowe, uzyskane przez zamawiającego informacje, które zamawiający szczegółowo przeanalizował i precyzyjnie opisał w treści tego wezwania. Tym samym ponowne wezwanie do uzupełnienia oświadczenia było zatem wynikiem ujawnienia nowych okoliczności oraz dotyczyło innego zakresu uzupełnienia w porównaniu z pierwszym wezwaniem”.

W związku z powyższym, Izba stoi na stanowisku, że z takim stanem rzeczy mamy do

czynienia w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Izba dodatkowo zwraca uwagę, że nie ma racji Odwołujący, że dowody składane przez Przystępującego na rozprawie (informacja uzupełniająca do referencji z dnia 24.02.2022 r. – pismo z dnia 20 czerwca 2022 r. oraz pismo zatytułowane „referencje” z dnia 20 czerwca 2022 r.) należy uznać za spóźnione. Izba zważa, że zgodnie z art. 535 ustawy PZP, dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a i b oraz § 7 ust. 2 pkt 3 w zw. z § 7 ust. 4 pkt 1 i 2 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego w części 2/3 i uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw wykonawcę R. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo – Handlowa „S.” R. S. z siedzibą w Piotrowicach Nyskich w części 1/3.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....