

WYROK

z dnia 14 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2019 r. przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Budynków Miejskich i Towarzystwo Budownictwa Społecznego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach

przy udziale wykonawcy Z. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU „MATEO” W. Z. z siedzibą w Ustroniu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy - Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach na rzecz zamawiającego - Zarząd Budynków Miejskich i Towarzystwo Budownictwa Społecznego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Zarząd Budynków Miejskich i Towarzystwo Budownictwa Społecznego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa budynku mieszkalnego przy ul. Opolskiej 12 w Gliwicach. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej „ustawa Pzp” lub „Ustawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 maja 2019 r. pod numerem 553468-N-2019.

W dniu 29 lipca 2019 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 4 Ustawy wybierając jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Z. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PHU „MATEO” z siedzibą w Ustroniu, dalej „Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe MATEO-W. Z.”, mimo że w stosunku do wykonawcy zachodziły przesłanki wykluczenia, a ofertę wykonawcy wykluczonego należało uznać za odrzuconą,
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 Ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe MATEO-W. Z., mimo że wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu,
3. ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe MATEO-W. Z., który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
4. art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe MATEO - W. Z., który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz art. 24 ust. 4 Ustawy poprzez nieuwzględnienie, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą,
5. art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy (jedynie w przypadku gdyby uznać, wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe MATEO-W. Z. nie wprowadził Zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Ustawy) przez zaniechanie wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe MATEO-W. Z. do wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, ewentualnie zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia ww. oświadczeń i dokumentów,
6. w konsekwencji art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez wybór oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe MATEO-W. Z., mimo że wykonawca powinien być wykluczony, a jego oferta winna być uznana za odrzuconą, a jednocześnie zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, co narusza zasadę prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie przepisów Ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe MATEO-W. Z. z postępowania, powtórzenia badania i oceny ofert wykonawców niepodlegających wykluczeniu, wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert wykonawców niepodlegających wykluczeniu.

Odwołujący wskazywał, że wykazane w wykazie robót budowlanych zadania nie spełniają warunku udziału w postępowaniu. Odnosząc się do budowy budynku biurowego oraz stacji diagnostycznej w Gliwicach przy ul. Portowej 14 zwracał uwagę, że z decyzji o pozwoleniu na budowę wydanej na wykonanie ww. robót wynika, że pozwolenie na budowę zostało udzielone m.in. dla budynku stacji kontroli pojazdów oraz budynku biurowego, natomiast z pozwolenia na użytkowanie wynika, że kubatura budynku stacji kontroli pojazdów wynosi 1954,56 m³, a kubatura budynku biurowego 4065,55m³. Dodatkowo na dokumentacji

fotograficznej widać, iż budynek stacji kontroli pojazdów jest budynkiem jednokondygnacyjnym, a jedynie budynek biurowy jest budynkiem dwukondygnacyjnym. Wynika to również z dokumentacji geodezyjnej zamieszczonej na geoportalu Miasta Gliwice. Reasumując, budynek stacji kontroli pojazdów nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie minimalnej liczby kondygnacji, natomiast kubatura wskazanego obiektu dwukondygnacyjnego wynosi jedynie 4065,55 m³, co jest niezgodne z wymaganymi warunkami udziału w postępowaniu określonymi w SIWZ.

Odnosząc się do rozbudowy budynku w Gliwicach przy ul. Okrzei 20 wskazywał, że z dokumentacji projektowej architektury oraz decyzji o pozwoleniu na wykonanie robót budowlanych, zatwierdzającej projekt budowlany i udzielającej pozwolenia na wykonanie robót budowlanych, polegających na przebudowie wraz, ze zmianą sposobu użytkowania budynku

hali magazynowej położonej na działce nr 35 (obręb Żorek) na zespół pomieszczeń dydaktycznych wraz z zapleczem Śląskiego Centrum Edukacyjnego im. Marii Skłodowskiej-Curie przy ul. Okrzei 20 w Gliwicach wraz z rozbiórką przybudówki przylegającej do zachodniej ściany budynku hali magazynowej wynika, iż przedmiotowa realizacja polegała na przebudowie wraz ze zmianą sposobu użytkowania, a nie budowie (czy rozbudowie budynku, jak to wpisał wykonawca w wykazie robót). W związku z powyższym przedmiotowy obiekt nie odpowiada warunkom udziału w postępowaniu opisanych w SIWZ, ponieważ wskazane roboty nie polegały na budowie budynku. W decyzji o pozwoleniu na budowę wprost wskazano rodzaj robót budowlanych — przebudowa, rozbiórka, roboty instalacyjne.

W zakresie budowy budynku Szkoły w Gliwicach przy ul. Elsnera 25 Odwołujący podnosił, że z decyzji nr 110/2018 z dnia 31 sierpnia 2018 r. o pozwolenie na użytkowanie inwestycji wynika, iż łączna kubatura budynku dydaktycznego, łącznika oraz wejścia głównego wynosi 6128 m³. Z kolei decyzja o pozwoleniu na budowę obejmuje projektowany łącznik oraz nowy budynek dydaktyczny. Z dokumentacji projektowej oraz dokumentacji zdjęciowej dostarczonej przez Przystępującego w innym postępowaniu wynika, że łącznik jest obiektem parterowym, niepodpiwniczonym, jednokondygnacyjnym, natomiast rozbudowany budynek szkoły to budynek trzykondygnacyjny, kubatura łącznika wynosi 463,05 m³, a kubatura budynku minimum dwukondygnacyjnego wynosi 5664,95 m³, zatem wskazany obiekt nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej kubatury min. 6000 m³.

W odniesieniu do budowy Domu Samotnej Matki i Kompleksu Żywniowego w Łodzi przy ul. Broniewskiego 1a Odwołujący wskazywał, że w 2011 r. zostało wydane pozwolenie na użytkowanie budynku Samotnej Matki, które dotyczyło budowy objętej pozwoleniem na budowę z 2007 r. oraz że w 2011 r. wydano decyzję o pozwolenie na budowę budynku Kompleksu Żywniowego, dla którego z kolei uzyskano pozwolenie na użytkowanie w 2015 r. Powyższe wskazuje, że budynki te były realizowane oddzielnie, w innych latach. Kubatura budynku Samotnej Matki wynosi 6475 m³, kubatura Kompleksu Żywniowego oraz Domu Samotnej Matki wskazane przez PHU Mateo to 8000 m³, więc kubatura Kompleksu Żywniowego wybudowanego w 2015 r. wynosi 1525 m³. Przedstawiona Rekomendacja wystawiona przez Centrum Służby Rodzinie w grudniu 2011 r., w którym Inwestor potwierdza, iż P.P.U. Inbud było generalnym wykonawcą inwestycji polegającej na budowie Domu Samotnej Matki w roku 2011, zatem ww. robota budowlana nie spełnia wymagań stawianych przez Zamawiającego w postępowaniu - zrealizowania dwóch oddzielnych zadań w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert oraz warunków kubaturowych. Dodatkowo ze strony internetowej firmy P.P.U Inbud oraz z dokumentacji zdjęciowej wynika, iż budynki Kompleksu Żywniowego i Domu Samotnej Matki to dwa niezależne budynki.

Ponadto referencja wydana w dniu 17 marca 2016 r. przez firmę P.P.U Inbud Sp. z o.o.

z siedzibą w Łodzi - dla firmy PHU Mateo obejmuje wykonanie prac o wartości 2 200 000,00 zł netto. Wartość ta podzielona przez powierzchnię użytkową całego obiektu Domu Samotnej Matki i Kompleksu Żywniowego daje 880 zł netto/ m² Powierzchni użytkowej (2 200 000,00 zł netto/ 2500,00 m² Powierzchni użytkowej), co wskazuje na ograniczony zakres faktycznie wykonanych przez PHU MATEO prac i przy całości wartości inwestycji podzielonej przez powierzchnię użytkową całego obiektu wynosi 3600,00 zł netto/ m² Powierzchni użytkowej (9 000 000,00 zł netto/ 2500,00 m² Powierzchni użytkowej), co stanowi jedynie 24,45% wartości inwestycji, czyli wykonanie ewentualnie jedynie stanu surowego otwartego, co nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący stwierdzał, że w niniejszym postępowaniu PHU MATEO nie tylko nie wykazał, że nabył doświadczenie wymagane przez Zamawiającego opisane w punkcie 6.2 SIWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, ale też składając ww. oświadczenie w wykazie robót, że spełnia warunki w zakresie niezbędnym do wykazania warunku wiedzy i doświadczenia, jak również w załączonym do oferty Oświadczeniu dotyczącym prawdziwości

podanych informacji oraz świadomości konsekwencji wprowadzania Zamawiającego w błąd - wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia ww. warunki udziału w postępowaniu - w sposób zamierzony lub na skutek rażącego niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 16 Ustawy), ewentualnie - w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy), co winno skutkować jego wykluczeniem z postępowania.

Zdaniem Odwołującego uzasadniony jest również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający nie wykluczył z postępowania Wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Złożenie przez wykonawcę dokumentu o nieprawdziwej treści ma charakter ostateczny. Taki dokument nie może zostać uzupełniony na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jedynie z ostrożności procesowej Odwołujący zarzucał również naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie do wezwania wyjaśnień, ewentualnie uzupełnienia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp i w pkt 6.2 SIWZ, jedynie gdyby można uznać, że PHU MATEO nie wprowadzał w złożonych oświadczeniach i dokumentach Zamawiającego w błąd (w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp).

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Z. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PHU „MATEO” z siedzibą w Ustroniu, dalej także „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości i podnosząc, że treścią przedmiotu umowy zawartej w dniu 23 grudnia 2013 r. pomiędzy Spółdzielnią Inwalidów Naprzód z siedzibą w Krakowie, a zgłaszającym przystąpienie było wykonanie dzieła pt.

„Wykonanie prac budowlanych stanu zero budynku biurowego wraz ze stacją diagnostyczną w Gliwicach przy ul. Portowej”. Zgodnie z treścią decyzji nr 1584/2013 z dnia 6 listopada 2013 r. zostało udzielone pozwolenie na budowę dla budynku stacji kontroli pojazdów, budynku biurowego, zjazdu z działki infrastruktury technicznej w ramach I etapu inwestycji. Realizacja prac budowlanych polegała na budowie jednego obiektu budowlanego w określonym miejscu obejmującego m. in. takie elementy jak stacja diagnostyczna i budynek biurowy. Pomieszczenia te, znajdujące się w jednym obiekcie budowlanym, bezpośrednio ze sobą sąsiadują, gdyż połączone są ścianą nośną pomieszczenia budynku biurowego. Dla ww. elementów jednocześnie wznoszono ławy i fundamenty, w związku z czym wpięrają się one na tych samych fundamentach.

Przystępujący wskazywał, że zgodnie z załącznikiem do umowy zawartej w dniu 28 grudnia 2017 r. nr 12/2017, stanowiącym dokumentację projektową i STWOiR dla budynku hali magazynowej położonej w Gliwicach przy ul. Okrzei 20, w ramach szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia - punkt 6.2 (str. 6) Układ funkcjonalny: „Planowana modernizacja budynku hali polegać będzie na stworzeniu dodatkowych przestrzeni dydaktycznych poprzez budowę wewnątrz istniejącej hali niezależnego obiektu/obiektów w którym będzie mieścić się zespół pracowni kształcenia zawodowego wraz z zapleczem”. Wbrew zarzutom Odwołującego realizacja ww. inwestycji wobec rzeczywistego zakresu prac budowlanych wykonanych przez Przystępującego polegała na budowie, nie na przebudowie. Realizacja zadania pod umowną nazwą „Przebudowa budynku hali magazynowej na zespół pomieszczeń dydaktycznych wraz z zapleczem w Górnośląskim Centrum Edukacyjnym w Gliwicach” polegała na wyburzeniu budynku od strony zachodniej oraz na budowie, nie tylko na przebudowie, wraz ze zmianą sposobu użytkowania. Realizacja tego zadania ujęta została pod nieścisłą terminologią, którą powielano min. w decyzjach administracyjnych wydawanych w sprawie. Przebudowa budynku jest pojęciem mieszczącym w sobie pojęcie budowy, a nawet szerszym — rozumianym jako wykonywanie robót budowlanych. Realizując tę inwestycję min. wykonano: nowe fundamenty żelbetowe, nowe żelbetowe konstrukcje ścienne, słupowe i stropowe parteru, I i II piętra, nowe wieńce żelbetowe dla oparcia nowej konstrukcji stalowej dachu. Pozostawiono ściany zewnętrzne, które zostały poddane gruntownej renowacji i dociepleniu. W budynku wykonano też windę trzyprzystankową z szybem w konstrukcji żelbetowej. W miejscu magazynowego budynku halowego, parterowego, w wyniku budowy powstał nowy obiekt: budynek trzykondygnacyjny z nowym dachem w konstrukcji stalowej, zbudowanym w rozwiązaniu umożliwiającym stworzenie trzeciej kondygnacji.

Przystępujący podnosił, że zgodnie z załącznikiem do zawartej w dniu 8 listopada 2017 r. umowy nr 4/2017, stanowiącym dokumentację projektową i STWOiR, szczegółowy zakres prac w ramach przedmiotu umowy obejmował rozbudowę istniejącej szkoły o nowe wejście

oraz budynek dydaktyczny z salami lekcyjnymi, świetlicą oraz zapleczem higieniczno-sanitarnym dla nowo projektowanej części. Na stronie 21 ww. dokumentu wskazano, że liczba kondygnacji — 3, kubatura brutto _ 6 127,9146 m³. Łącznik budynku, w którym znajduje się główne wejście do budynku jest integralną częścią budynku głównego. Bez wejścia głównego budynek nie mógłby funkcjonować.

Przystępujący wskazywał również, że budowa Domu Samotnej Matki i Kompleksu Żywniowego w istocie stanowiła jedną realizację, pomimo że budynki zostały wykonane w oparciu o odrębne decyzje. Inwestycje te były ze sobą w sposób funkcjonalny połączone.

Pismem z dnia 7 sierpnia 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. Podkreślał, że określił warunek udziału w postępowaniu w ścisłej korelacji do cech zamawianego obiektu. Kierując się zasadą proporcjonalności, uznał za zasadne oczekiwanie wykazania się przez Wykonawców doświadczeniem z dwóch różnych inwestycji, które jednak z osobna mogły obejmować kubaturę mniejszą, niż w projektowanym budynku. Postanowienia SIWZ w tym zakresie nie były kwestionowane przez żadnego wykonawcę. Zamawiający przed dokonaniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokładnie zweryfikował oświadczenia i dokumenty złożone przez Przystępującego, także poprzez wizję lokalną, przeprowadzoną przez przedstawiciela Zamawiającego na nieruchomościach położonych na terenie miasta Gliwice, na których posadowione są obiekty budowlane wymienione przez Przystępującego w załączonym do jego oferty wykazie wykonanych robót.

Według Zamawiającego, nieuprawniona jest taka interpretacja postanowień SIWZ, wedle której wymóg dwukondygnacyjności miałby odnosić się do całej kubatury budynku lub budynków przedstawionych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. SIWZ nie zawiera postanowień, które mogłyby o tym przesądzać, np. poprzez posłużenie się sformułowaniem minimum dwukondygnacyjnych w całej bryle lub podobnym. Budynek biurowy i stacji diagnostycznej jako jedna całość o zróżnicowanej bryle jest dwukondygnacyjny w większej części, posiada łączną kubaturę ponad 6.000m³, z czego 66% przypada na część dwukondygnacyjną.

W odniesieniu do drugiego zadania Zamawiający wskazywał, że jest to zarzut nietrafny w świetle faktycznego zakresu i charakteru prac budowlanych przeprowadzonych przez Przystępującego, który został przez Zamawiającego zweryfikowany także w drodze wizji lokalnej na terenie przedmiotowego obiektu. Rysunki przedstawione przez Odwołującego jasno dowodzą, a okoliczności tej Odwołujący nie zanegował, że budynek o charakterze parterowym stał się po zakończeniu prac budowlanych prowadzonych przez Przystępującego obiektem trzykondygnacyjnym. Skoro tak, to rzeczony prace budowlane nie miały w rozumieniu prawa budowlanego charakteru przebudowy, lecz rozbudowy, która jest rodzajem budowy w rozumieniu art. 3 pkt 7 ustawy prawo budowlane. Nie można przyjmować, że decydujące znaczenie dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu będzie miała terminologia, jaką posłużył się organ administracyjny w wytworzonej przez siebie dokumentacji. Zadaniem Zamawiającego jest weryfikacja doświadczenia pozyskanego przez wykonawcę w toku wykonywania określonego zadania i zestawienie go z wymaganiami określonymi w treści SIWZ.

Zamawiający podnosił również, że kwestionowany łącznik ma charakter akcesoryjny względem dwóch budynków dydaktycznych — istniejącego już wcześniej oraz wzniesionego przez Przystępującego. Drugi budynek bez cienia wątpliwości jest dwukondygnacyjny, więc spełnienie w tym zakresie warunku postawionego przez Zamawiającego jest niewątpliwe. Skoro zaś łącznik i budynek szkoły stanowią integralną całość o łącznej kubaturze ponad 6.000 m³, to nie ma żadnych podstaw kwestionowanie przedmiotowej realizacji jako nieodpowiadającej postanowieniom SIWZ.

Zamawiający wskazywał także, że nie ma podstaw do kwestionowania zawartego w wykazie wykonanych robót oświadczenia Przystępującego, iż budowa Domu Samotnej Matki i Kompleksu Żywniowego stanowiła jedną realizację. Nawet jeżeli poszczególne obiekty wzniesiono na podstawie odrębnych pozwoleń na budowę, to zarówno inwestor, jak i generalny wykonawca byli tożsami, a budynki łączy więź funkcjonalna, zaś inwestycja zakończyła się w lutym 2016 r., czyli krócej, niż pięć lat przed upływem terminu składania ofert. Także wartość zrealizowanych przez Przystępującego prac nie powinna budzić wątpliwości, jeżeli weźmie się pod uwagę okoliczność, że zgodnie z treścią oświadczenia zawartego w wykazie wykonanych robót, prace budowlane były wykonywane z użyciem materiałów powierzonych.

Kierując się względami ostrożności procesowej, na wypadek uznania, że jedna lub więcej spośród realizacji przedstawionych przez Przystępującego nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający wskazywał, że Zamawiający w żadnym aspekcie nie został wprowadzony w błąd przez Przystępującego. Wszystkie elementy sposobu wykazania przez Przystępującego spełniania warunku udziału w postępowaniu, które w tym świetle zostały przedstawione w odwołaniu, mogą być uznawane li tylko za wątpliwości natury interpretacyjnej, dające się w klarowny i zgodny z przepisami ustawy Pzp sposób wyjaśnić.

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

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odpowiedzi na pytania wykonawców, oferty oraz dokumentów złożonych przez Przystępującego, informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, piśmie procesowym Przystępującego oraz odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 12 sierpnia 2019 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na budowie budynku mieszkalnego przy ul. Opolskiej 12 w Gliwicach. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określają załączniki, które stanowią integralną część Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”:

Zgodnie z pkt 6.2 SIWZ O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia. Zamawiający uzna warunek za 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 dwa oddzielne zamówienia: Pierwsze zamówienie polegające na wybudowaniu budynku/budynków mieszkalnych, usługowych, biurowych, handlowych, użyteczności publicznej; minimum dwukondygnacyjnych o łącznej kubaturze minimum 6000 m³ w stanie minimum developerskim (całkowite wykończenie budynku z zewnątrz oraz częściowe wykończenie obejmujące: ściany otynkowane i przygotowane do malowania, sufit, wylewki, okna, parapety wewnętrzne, rozprowadzenie wszystkich instalacji ale bez ich zakończenia odpowiednią armaturą). Drugie zamówienie polegające na wybudowaniu budynku/budynków mieszkalnych, usługowych, biurowych, handlowych, użyteczności publicznej; minimum dwukondygnacyjnych o łącznej kubaturze minimum 6.000 m³ w stanie minimum developerskim (całkowite wykończenie budynku z zewnątrz oraz częściowe wykończenie wewnątrz obejmujące: ściany otynkowane i przygotowane do malowania, sufit, wylewki, okna, parapety wewnętrzne, rozprowadzenie wszystkich instalacji ale bez ich zakończenia odpowiednią armaturą).

Zgodnie z pkt 8.7 SIWZ w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu należało przedłożyć m.in. wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, 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 (Załącznik nr 6).

W postępowaniu złożono trzy oferty. Odwołujący za realizację zamówienia zaproponował cenę 10.332.997,84 zł. Przystępujący zaproponował cenę 10.199.296,60 zł. Trzeci wykonawca Firma Budowlana J&A Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach zaoferował cenę 11.640.000 zł. Pozostałe kryteria zostały zaoferowane w sposób tożsamy przez wszystkich wykonawców.

Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp (pismo z dnia 2 lipca 2019 r.) do złożenia stosownych dokumentów i oświadczeń. Wykonawca pismem z dnia 8 lipca 2019 r. przedłożył m.in. Załącznik nr 6 - Wykaz wykonanych robót wykonanych przez wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat (w zakresie niezbędnym do wykazania warunku wiedzy i doświadczenia). W ww. wykazie robót Przystępujący przedstawił cztery roboty budowlane z następującym opisem:

1. Budowa budynku biurowego oraz stacji diagnostycznej w Gliwicach przy ul. Portowej 14 - wskazany zakres prac: stabilizacja terenu metodą palowania, wszystkie roboty budowlane (ziemne, izolacyjne, konstrukcyjno-murowe), wykonanie tynków, posadzek, wykonanie stolarki okiennej i drzwiowej, malowanie, roboty instalacyjne (wod.-kan., gaz, wentylacja mechaniczna), zagospodarowanie terenu; inwestor: Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód”, ul. Żabiniec 46, Kraków; kubatura: 6 800 m³; termin wykonania: od listopada 2013 r. do stycznia 2015 r.

2. Rozbudowa budynku w Gliwicach przy ul. Okrzei 20 - wskazany zakres prac: wszystkie roboty budowlane (izolacyjne, konstrukcyjno-murowe, żelbetowe), wykonanie tynków, posadzek, wykonanie stolarki okiennej i drzwiowej, malowanie, roboty instalacyjne (wod.-kan., gazowe, wentylacja mechaniczna), zagospodarowanie terenu, montaż dźwigu hydraulicznego, wykonanie konstrukcji stalowej dachu wraz z pokryciem blachą; inwestor:

Gómośląskie Centrum Edukacji ul. Okrzei 20, Gliwice; kubatura: 10 587 m³; termin wykonania: od grudnia 2017 r. do października 2018 r.

3. Budowa budynku Szkoły w Gliwicach przy ul. Elsnera 25 - wskazany zakres prac: roboty rozbiórkowe, wszystkie roboty budowlane (ziemne, izolacyjne konstrukcyjno-murowe), wykonanie tynków, posadzek, wykonanie stolarki okiennej i drzwiowej, malowanie, roboty instalacyjne (wod.-kan., gaz, wentylacja mechaniczna), zagospodarowanie terenu; inwestor: Szkoła Podstawowa nr 13 im. Krystyny Bochenek, ul. Elsnera 25, Gliwice; kubatura 6127 m³; termin realizacji: od listopada 2017 r. do sierpnia 2018 r.

4. Budowa Domu Samotnej Matki i Kompleksu Żywniowego w Łodzi przy ul. Broniewskiego 1a - wskazany Generalny Wykonawca PPU Inbud Sp. z o.o. ul. Poznańska 8/10, Łódź; kubatura: 8000 m³; okres realizacji: od stycznia 2015 r. do lutego 2016 r.

Dnia 23 lipca 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy Z. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PHU „MATEO” z siedzibą w Ustroniu jako najkorzystniejszej oraz odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp oferty wykonawcy Firma Budowlana J&A Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Za niezasadny Izba uznała zarzut niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, jak również nie uwzględniła zarzutów dotyczących przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Czynność wykluczenia musi być jednak poprzedzona procedurą określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W ocenie Izby Przystępujący w ramach dwóch zadań, tj. roboty budowlanej polegającej na budowie budynku biurowego oraz stacji diagnostycznej w Gliwicach, a także roboty budowlanej polegającej na budowie budynku Szkoły w Gliwicach przy ul. Elsnera 25 wykazał,

że spełnia warunek udziału w postępowaniu, bowiem wystarczające było wykazanie się realizowaniem dwóch oddzielnych zamówień.

Odnosząc się do roboty budowlanej polegającej na budowie budynku biurowego oraz stacji diagnostycznej w Gliwicach Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że ww. zamówienie nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie minimalnej liczby kondygnacji oraz kubatury. Zgodnie z pkt 6.2 SIWZ Zamawiający wymagał, aby przedstawić zamówienie polegające na wybudowaniu budynku/budynków mieszkalnych, usługowych, biurowych, handlowych, użyteczności publicznej; minimum dwukondygnacyjnych o łącznej kubaturze minimum 6000 m³ w stanie minimum devel o perskim. Tak sformułowany warunek niewątpliwie może wzbudzać wątpliwości interpretacyjne związane z wymogiem dwukondygnacyjności, bowiem nie precyzuje, czy dotyczy całej kubatury budynku lub budynków, tym bardziej, że wyrażenie „o łącznej” odnosi się jedynie do kubatury. Niejasności treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy tłumaczyć na korzyść wykonawców. Aby stwierdzić, że one zaistniały, należy wprawdzie odnieść się do całokształtu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i uznać, że wątpliwości takie można było powziąć lub przyjąć inne rozumienie danych postanowień i wymogów. Tutaj taka sytuacja niewątpliwie zaistniała. Warunek udziału w postępowaniu dotyczący wymogu dwukondygnacyjności został sformułowany nieprecyzyjnie, niejednoznacznie. W takim przypadku wątpliwość winna zostać rozstrzygnięta na korzyść wykonawcy, nawet jeśli prowadziłaby do złagodzenia warunku.

Izba podzieliła argumentację Zamawiającego wskazującą, iż z literalnego brzmienia warunku nie wynika, aby całość kubatury musiała mieć charakter dwukondygnacyjny. Rację należy również przyznać Przystępującemu, że przedstawione zadanie zostało wykonane w ramach jednej inwestycji. Jest to jeden obiekt budowlany, na który składają się takie elementy jak budynek biurowy oraz stacja kontroli pojazdów. Przystępujący wyjaśnił, że są one połączone ścianą nośną pomieszczenia budynku biurowego. Równocześnie ze str. 6 dokumentu pn. Opis do projektu zagospodarowania działki wynika, że budynek stacji kontroli pojazdów będzie przylegać do wschodniej elewacji budynku biurowego. Z pisma procesowego Przystępującego wynika także, że dla obu elementów jednocześnie wnoszono ławy i fundamenty, zatem opierają się na tych samych fundamentach, czego Odwołujący nie negował.

Izba ustaliła, że z decyzji o pozwoleniu na budowę nr 1584/2013 z dnia 6 listopada 2013 r. wydanej przez Prezydenta Miasta Gliwice wynika, że pozwolenie na budowę zostało udzielone m.in. w pkt 1 decyzji dla budynku stacji kontroli pojazdów oraz w pkt 2 decyzji dla budynku biurowego. Decyzja o pozwoleniu na użytkowanie nr 33/2015 z dnia 18 lutego 2015 r. wydana przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla Miasta Gliwice zawiera w pkt 1 podstawowe dane budynku stacji kontroli pojazdów, takie jak powierzchnia zabudowy, powierzchnia użytkowa i kubatura, która wynosi 1954,56 m³ oraz dane podstawowe budynku biurowego, gdzie wskazano jego kubaturę 4065,55 m³, co daje łącznie 6020 m³. W ocenie Izby przedmiotowy obiekt stanowiący całość o zróżnicowanej bryle jest dwukondygnacyjny, a jego kubatura wynosi 6020 m³.

W odniesieniu do zamówienia pn. rozbudowa budynku w Gliwicach przy ul. Okrzei 20 Izba podzieliła stanowiska Odwołującego, że ww. zamówienie nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie wybudowania budynku. Zgodnie z pkt 6.2 SIWZ Zamawiający wymagał, aby przedstawić zamówienie polegające na wybudowaniu budynku/budynków mieszkalnych, usługowych, biurowych, handlowych, użyteczności publicznej. Z decyzji nr 204/2015 z dnia 25 lutego 2015 r. wydanej przez Prezydenta Miasta Gliwice wynika, iż zatwierdzono projekt budowlany i udzielono pozwolenia na rozbiórkę/wykonanie robót budowlanych, polegających na przebudowie oraz na zmianie sposobu użytkowania budynku hali magazynowej położonej na działce nr 35 (obręb Żorek) na zespół pomieszczeń dydaktycznych wraz z zapleczem Śląskiego Centrum Edukacyjnego im. Marii Skłodowskiej-Curie przy ul. Okrzei 20 w Gliwicach wraz z budową instalacji wewnętrznych oraz rozbiórką przybudówki przylegającej do zachodniej ściany budynku hali magazynowej. Decyzja wprost wskazuje, że realizacja inwestycji polegała na przebudowie wraz ze zmianą sposobu użytkowania budynku, a nie na budowie, czy rozbudowie budynku, jak to określił Przystępujący w wykazie robót. Izba uznała za irrelewantne dla niniejszego postępowania odwoławczego wykazywanie zakresu prac skoro organ administracyjny wskazał w decyzji na robotę budowlaną polegającą na przebudowie. Izba nie jest uprawniona do badania okoliczności, które doprowadziły do takich, a nie innych okoliczności skutkujących wydaniem decyzji administracyjnej z prawa budowlanego. Izba była związana zatem informacją zawartą w decyzji nr 204/2015 z dnia 25 lutego 2015 r. wydaną przez Prezydenta Miasta Gliwice, podobnie jak Zamawiający winien być związany taką decyzją.

Odnosząc się do budowy budynku Szkoły w Gliwicach przy ul. Elsnera 25 Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że ww. zamówienie nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie kubatury. Odwołujący podnosił, że łącznik, będący elementem budynku szkoły, jest obiektem jednokondygnacyjnym, zatem nie należy go uwzględniać przy kubaturze, co powoduje, że kubatura budynku szkoły jest mniejsza od wymaganych 6000 m³. Zgodnie z pkt 6.2 SIWZ Zamawiający wymagał, aby przedstawić zamówienie polegające na

wybudowaniu budynku/budynków mieszkalnych, usługowych, biurowych, handlowych, użyteczności publicznej; minimum dwukondygnacyjnych o łącznej kubaturze minimum 6000 m³ w stanie minimum develop o perskim. Z decyzji nr 110/2018 z dnia 31 sierpnia 2018 r. o pozwolenie na użytkowanie budynku dydaktycznego wraz z łącznikiem oraz wejściem głównym - stanowiącym rozbudowę budynku Szkoły Podstawowej nr 13, wydanej przez Inspektora Nadzoru Budowlanego dla miasta Gliwice, wynika wprost, iż łączna kubatura rozbudowanej części budynku szkoły wynosi 6128 m³. Oznacza to, iż budynek szkoły, w skład którego wchodzi budynek dydaktyczny, łącznik oraz wejście główne spełnia wymagania Zamawiającego co do kubatury. Jak słusznie zauważył Przystępujący Odwołujący bezpodstawnie wprowadza sztuczny podział jednego budynku. Należy również podzielić pogląd Zamawiającego, że przedmiotowy łącznik niewątpliwie ma charakter akcesoryjny i jest integralną częścią budynku głównego. W związku z powyższym ww. obiekt spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej kubatury minimum 6000 m³. Równocześnie Izba wskazuje, że stanowisko Izby przedstawione przy zarzucie dwukondygnacyjności w zakresie zadania pierwszego znajduje zastosowanie również w odniesieniu do niniejszego zarzutu.

W zakresie budowy Domu Samotnej Matki i Kompleksu Żywniowego w Łodzi przy ul. Broniewskiego 1a Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że ww. zamówienie nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie cezur czasowej. Zgodnie z pkt 6.2 SIWZ Zamawiający wymagał zrealizowania zamówień w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. Izba ustaliła, że zgodnie z Decyzją nr 695/2011 z dnia 5 października 2011 r. wydano pozwolenie na użytkowanie budynku Domu Samotnej Matki oraz że decyzją z 2015 r. wydano pozwolenie na użytkowanie budynku Kompleksu Żywniowego. Oznacza to, że ww. budynki były realizowane oddzielnie, w innym okresie. Skoro kubatura budynku Domu Samotnej Matki wynosi 6475 m³, a kubatura Kompleksu Żywniowego oraz Domu Samotnej Matki podana przez Przystępującego w wykazie robót wynosi 8000 m³, to kubatura Kompleksu Żywniowego zrealizowanego w 2015 r. wynosi 1525 m³. W związku z powyższym ww. zadanie nie spełnia wymagań Zamawiającego co do kubatury, bowiem nie sposób dwóch niezależnych budynków uznać za jedną inwestycję. W konsekwencji zamówienie polegające na budowie Domu Samotnej Matki z uwagi na realizację w okresie starszym niż pięć ostatnich lat nie zasługuje na uwzględnienie, a sama budowa budynku Kompleksu Żywniowego charakteryzuje się zbyt małą kubaturą.

Izba nie podzieliła natomiast argumentacji Odwołującego odnośnie wykonania ewentualnie jedynie przez Przystępującego stanu surowego otwartego. Zgodnie z pkt 6.2 SIWZ Zamawiający wymagał, aby zamówienia zostały zrealizowane w stanie minimum developerskim. Odwołujący wskazywał, że referencja wydana w dniu 17 marca 2016 r. przez spółkę P.P.U Inbud Sp. z o.o. dla Przystępującego obejmuje wykonanie prac o wartości 2 200 000,00 zł netto. W jego ocenie wartość ta podzielona przez powierzchnię użytkową całego obiektu Domu Samotnej Matki i Kompleksu Żywniowego daje 880 zł netto/ m² powierzchni użytkowej, co wskazuje na ograniczony zakres faktycznie wykonanych prac i przy całości wartości inwestycji stanowi jedynie 24,45% wartości inwestycji, czyli wykonanie ewentualnie jedynie stanu surowego otwartego, co nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Izba uznała, że powyższy zarzut w ogóle nie został przez Odwołującego udowodniony. Odwołujący ograniczył się do zasygnalizowania prawdopodobieństwa niewykonania budynku w stanie developerskim, nie podejmując w tym zakresie jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej. Złożone przez Odwołującego dowody nie zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem. Przedłożone niepoświadczony kserokopie nie są dokumentem. Kserokopia, jako mająca cechy dowodu wtórego, wymaga potwierdzenia jej zgodności z oryginałem.

Postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny, a ciężar dowodu co do twierdzeń przedstawionych w odwołaniu spoczywa na Odwołującym. W zakresie zaś powoływania się na cennik Sekocenbud, jak powszechnie wiadomo, ceny wskazywane w tej publikacji i ceny oferowane przez wykonawców zamawiającym znacząco się różnią, więc nie mogą być porównywane bezpośrednio. Oczywiście publikacja ta zbiera informacje z rynku budowlanego i może być pewnym wyznacznikiem, ale nie powinna stanowić jedynego punktu odniesienia. Niemniej dywagacje Odwołującego w powyższym zakresie pozostają bez wpływu na uznanie, iż ww. inwestycja nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Reasumując, Izba doszła do przekonania, że wykazanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zostało potwierdzone przez Przystępującego przez dwie pozycje wskazane w wykazie robót, a dotyczące budowy budynku biurowego oraz stacji diagnostycznej w Gliwicach oraz budowy budynku Szkoły w Gliwicach przy ul. Elsnera 25. Skoro zaś Przystępujący wykazał prawidłowo zrealizowanie dwóch zadań, wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 w zakresie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu byłoby nieuprawnione.

Izba nie znalazła również podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania

na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, 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 (pkt 16); - wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pkt 17).

W ocenie Izby nie może być mowy o przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd w sytuacji, gdy wykonawca prawidłowo wykazuje spełnienie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do dwóch z czterech przedstawionych robót budowlanych. Przystępujący złożył w postępowaniu odwoławczym dokumenty potwierdzające, że budynek stacji kontroli pojazdów będzie przylegać do wschodniej elewacji budynku biurowego. Co więcej, sam Odwołujący jako załącznik do odwołania przedłożył decyzję o pozwolenie na użytkowanie budynku dydaktycznego wraz z łącznikiem oraz wejściem głównym, w której stwierdzono, iż łączna kubatura rozbudowanej części budynku szkoły wynosi 6128 m³.

Niewątpliwie Przystępujący błędnie uznał, że ma możliwość powołania się też na doświadczenie w rozbudowie budynku w Gliwicach przy ul. Okrzei 20 interpretując zakres wykonanych prac na swoją korzyść. Zamieszczenie zaś w wykazie zadania pod nazwą budowy Domu Samotnej Matki i Kompleksu Żywniowego w Łodzi przy ul. Broniewskiego 1a mogło być spowodowane tym, że Przystępujący w korzystny dla siebie sposób zinterpretował warunek udziału w postępowaniu, błędnie uznając, że ma możliwość powołania się też na doświadczenie w realizowaniu obiektów stanowiących dwie odrębne inwestycje. Tym samym nie zostały spełnione przesłanki wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, które wymagają przypisania wykonawcy zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (pkt 16) albo lekkomyślności lub niedbalstwa (pkt 17).

Nadto, Izba wskazuje, że nie jest uprawnione utożsamianie niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu z zaistnieniem podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Inny sposób rozumienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w sytuacji gdy był on nieprecyzyjny nie przesądza automatycznie o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego.

Izba uznała, że zarzut braku stanu deweloperskiego oraz dat zakończenia inwestycji dotyczący zadania na budowę budynku biurowego oraz stacji kontroli pojazdów nie był formalnie podniesiony przez Odwołującego w odwołaniu, zaś niedopuszczalne byłoby rozszerzenie zarzutów w toku rozprawy. Nie mogła zatem być brana pod uwagę argumentacja podniesiona dopiero na rozprawie w odniesieniu do ww. kwestii - w istocie stanowiła ona niedopuszczalne, w myśl art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozszerzenie zarzutów odwołania.

Jako chybiony należy uznać również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem nie może on stanowić samodzielnej podstawy zarzutu odwołania. Zasady prowadzenia postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego ulegają konkretyzacji na gruncie dalszych przepisów ustawy Pzp, odnoszących się do określonych uprawnień i obowiązków zamawiającego. Jeśli czynność lub zaniechanie zamawiającego dotyczy konkretnych przepisów to odwołujący powinien skonstruować zarzut poprzez wskazanie zasady i konkretnego przepisu.

W zakresie naruszenia przez Zamawiającego zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z art. 7 ust. 3, należy wskazać, że jest to zarzut niezasadny już przez sam fakt, że przywołany przepis można naruszyć poprzez udzielenie zamówienia (zawarcie umowy), co w rozpatrywanej sprawie na dzień orzekania nie miało miejsca.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: