

WYROK

z dnia 12 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2020 r. przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: C. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą C. J. Zakład Robót Budowlanych i Instalacyjnych „Bausystem” C. J., D. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D. K. „Aabel” oraz

H. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Robót Instalacyjnych i Budowlanych H. W. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Żoliborz

przy udziale wykonawcy „Grom.Co” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kazuniu Bielany zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz uznania złożonej przez odwołującego oferty za odrzuconą.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:

2.1. 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;

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Żoliborz prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie przebudowy budynków Szkoły Podstawowej nr 92 przy ul. Przasnyskiej 18 A w Warszawie w związku z dostosowaniem do potrzeb ochrony ppoż.». Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 listopada 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 626573-N-2019.

I. W dniu 30 marca 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: C.

J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą C. J. Zakład Robót Budowlanych i Instalacyjnych „Bausystem” C. J., D. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D.

K. „Aabel” oraz H. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Robót Instalacyjnych i Budowlanych H. W. wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności zamawiającego podjęte w ww. postępowaniu, polegające na wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy Pzp oraz postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) dokonanie czynności polegającej na wezwaniu go do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w części X ust. 1 pkt 2 lit. a SIWZ, co następnie spowodowało wykluczenie go z postępowania oraz uznanie złożonej przez niego oferty za odrzuconą, wbrew temu, iż wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego przez zamawiającego w części II ust. 1.2 pkt 1 SIWZ.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegających na: wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, odrzuceniu jego oferty oraz zatrzymaniu wniesionego wadium.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący stwierdził w szczególności, iż wskazane w dokumencie referencji z dnia 16 maja 2017 r. zamówienie podstawowe, uzupełniające i dostawę należy traktować jako jedną robotę budowlaną realizowaną w ramach jednego zadania inwestycyjnego, w następujących po sobie okresach czasowych, w jednym obiekcie budowlanym. W związku z tym jako wartość robót budowlanych wskazanych przez niego w pozycji nr 1 wykazu robót należy przyjąć wartość wynikającą z wszystkich umów wskazanych w ww. dokumencie referencji, co w konsekwencji prowadzi do uznania, iż wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w części II ust. 1.2 pkt 1 SIWZ. Na rozprawie w dniu 10 czerwca 2020 r. odwołujący ograniczył argumentację przedstawioną na potwierdzenie zasadności swojego stanowiska do dwóch umów, tj. umowy (podstawowej) na roboty budowlane z dnia 25 czerwca 2020 r. oraz umowy z dnia 10 grudnia 2020 r., które przedmiotem były zamówienia uzupełniające do zamówienia podstawowego. Wyjaśnił, że w trakcie realizacji pierwszej umowy przeprowadzona była tzw. koordynacja, w wyniku której stwierdzono konieczność wykonania robót uzupełniających. Roboty uzupełniające zostały rozliczone w ramach kolejnej umowy, tj. umowy z dnia 10 grudnia 2015 r.

II. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 8 czerwca 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający w szczególności stwierdził, iż w treści SIWZ nie przewidział możliwości sumowania wartości kilku umów. Zdaniem zamawiającego przedmiot umów wskazanych w dokumencie referencji z dnia 16 maja 2017 r., a dotyczących pozycji nr 1 wykazu robót budowlanych, należy traktować jako odrębne roboty budowlane. Przedstawienie przez odwołującego tego samego wykazu robót budowlanych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp musiało skutkować uznaniem przez zamawiającego, iż odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w części II ust. 1.2 pkt 1 SIWZ, co stanowiło podstawę do wykluczenia go z postępowania i uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 3 kwietnia 2020 r. wykonawca „Grom.Co” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kazuniu Bielany zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Stanowisko w sprawie, popierające stanowisko zamawiającego zajęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przystępujący przedstawił w ww. piśmie z dnia 3 kwietnia 2020 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione na czynność wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą, co stanowi czynność zamawiającego wymienioną w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem czynność na którą przysługuje odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego wartość jest mniejsza od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

W części II ust. 1.2 pkt 1 SIWZ SIWZ zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w ten sposób, iż wymagał posiadania

doświadczenia w realizacji co najmniej 2 robót budowlanych - każda robota budowlana:

a) polegająca na wykonaniu remontu, przebudowy lub budowy budynku użyteczności publicznej; b) o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto.

Pismem z dnia 4 marca 2020 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust.

2 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym wykazu robót budowlanych wraz z dowodami potwierdzającymi, że roboty te zostały wykonane należyście, w szczególności że zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

Odpowiadając na ww. wezwanie odwołujący złożył między innymi wykaz robót budowlanych, w którym pod pozycją nr 1 wskazał roboty wykonane na rzecz zamawiającego - Dzielnicę Żoliborz (miejsce wykonania robót: Przedszkole nr 109 Pl. Henkła 2; rodzaj wykonanych robót: roboty remontowo budowlane; wartość brutto robót: 1 096 522 zł; data wykonania robót: 18.12.2015 r.; dowód: referencje 16.05.2017). Do wykazu odwołujący załączył między innymi dokument referencji z dnia 16 maja 2017 r. wystawiony przez zamawiającego (Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Żoliborz). Referencje dotyczyły robót budowlanych wykonanych w ramach zadania inwestycyjnego p.n. „Przebudowa Przedszkola Nr 109, Pl. Henkła 2 wraz z zagospodarowaniem terenu” - Etap III (realizacja od 25 czerwca 2015 r. do 30 października 2015 r., wartość: 983 022,00 zł brutto), a ponadto: dostawy z montażem elementów wyposażenia przedszkola w ramach ww. zadania inwestycyjnego (realizacja: od 13 listopada 2015 r. do 30 listopada 2015 r., wartość: 37 000,00 zł brutto) oraz zamówienia uzupełniającego do ww. zamówienia podstawowego (realizacja: od 10 grudnia 2015 r. do 18 grudnia 2015 r., wartość: 76 500,00 zł brutto) - łączna wartość: 1 096 522,00 zł brutto.

Pismem z dnia 13 marca 2020 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust.

3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonego w części II ust. 1.2 pkt 1 SIWZ, tj. wykazu robót budowlanych wraz z dowodami potwierdzającymi, że roboty te zostały wykonane należyście, w szczególności że zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Zamawiający poinformował, iż za odpowiadającą treści ww. warunku uznał robotę wskazaną w pozycji nr 2 wykazu, natomiast nie uznał roboty wskazanej w pozycji nr 1 wykazu. Uzasadniając przyczyny nieuznania roboty z pozycji nr 1 wykazu zamawiający wskazał, iż w tym przypadku mamy do czynienia z dwoma niezależnymi zamówieniami, tj. zamówieniem podstawowym i zamówieniem uzupełniającym, i żadne z tych zamówień nie spełnia postawionego przez zamawiającego wymagania co do wartości (1 000 000,00 zł brutto), gdyż wartość jednego zamówienia to 986 958 zł brutto, a drugiego to 76 500 zł brutto.

Odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący udzielił pismem z dnia 16 marca 2020 r., stanowiącym jednocześnie poinformowanie zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy

czynności podjętej przez zamawiającego, zgodnie z przepisem art. 181 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał dlaczego jego zdaniem stanowisko zamawiającego przedstawione w piśmie z dnia 13 marca 2020 r. uznaje za nieprawidłowe. Do pisma odwołujący załączył kopie uprzednio złożonego wykazu oraz dokumentów referencji.

Pismem z dnia 25 marca 2020 r. poinformował odwołującego, iż jego stanowisko przedstawione w piśmie z dnia 16 marca 2020 r. uznał za niezasadne.

Kolejnym pismem z dnia 25 marca 2020 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż złożone przez niego oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonego w części II ust. 1.2 pkt 1 SIWZ. Zamawiający stwierdził, iż w ramach pierwszej pozycji wykazu robót budowlanych odwołujący w sposób nieuprawniony zsumował wartość dwóch robót budowlanych oraz jednej dostawy, które stanowią niezależne od siebie zamówienia. Odwołujący nie przedstawił innego wykazu robót budowlanych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto zamawiający poinformował odwołującego o zatrzymaniu wniesionego przez niego wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp oraz postanowień części V ust. 3 SIWZ.

Ponadto Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 25 czerwca 2015 r. pomiędzy Miastem Stołecznym Warszawa Dzielnica Żoliborz a Panem C. J. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Robót Budowlanych i Instalacyjnych „Bausystem” C. J. została zawarta umowa, której przedmiotem było wykonanie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego p.n. „Przebudowa Przedszkola Nr 109,

Pl. Henkła 2 wraz z zagospodarowaniem terenu” - ETAP III. W dniu 10 grudnia 2015 r.

pomiędzy Miastem Stołecznym Warszawa Dzielnica Żoliborz a Panem C. J. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Robót Budowlanych i Instalacyjnych „Bausystem”

C. J. została zawarta umowa, której przedmiotem było zamówienie uzupełniające do wykonania robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego p.n. „Przebudowa Przedszkola Nr 109, Pl. Henkła 2 wraz z zagospodarowaniem terenu” - ETAP III [kopie ww. umów bez załączników - dowody przedstawione przez odwołującego]. W trakcie realizacji pierwszej z ww. umów została przeprowadzona tzw. koordynacja, w trakcie której stwierdzono między innymi konieczność zlecenia robót uzupełniających [kopie notatek z koordynacji - dowody przedstawione przez odwołującego]. W tym zakresie Izba w szczególności wzięła pod uwagę, iż w notatce z koordynacji z dnia 23 września 2015 r. zostało zawarte ustalenie, że do dnia 30 września 2015 r. zostanie sprecyzowany zakres robót uzupełniających ze wstępnym skosztorysowaniem, natomiast w notatce z koordynacji z dnia 30 września 2015 r. stwierdzono, iż tego dnia sprecyzowano zakres robót uzupełniających ze wstępnym skosztorysowaniem części robót (pozostałe - do końca tygodnia). Dodatkowo: w notatce z koordynacji z dnia 5 sierpnia 2015 r. mowa jest o konieczności przeprojektowania instalacji gazu, natomiast w notatkach z koordynacji z dnia 9 oraz 16 września 2015 r. mowa jest o konieczności wymiany instalacji teletechnicznej.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączników do odpowiedzi na odwołanie z uwagi na fakt, iż nie zostały one przekazane drugiej stronie [oświadczenie odwołującego, brak zaprzeczenia i dowodu przeciwnego]. Uwzględnienie ww. dokumentów jako dowodów mających potwierdzać twierdzenia przedstawione przez zamawiającego stanowiłoby naruszenie zasady równości stron postępowania odwoławczego. Izba wzięła jednak pod uwagę okoliczność, iż treść złożonych przez zamawiającego kosztorysów inwestorskich do umowy z dnia 10 grudnia 2015 r. potwierdza stanowisko odwołującego, tj. że stwierdzenie konieczności zlecenia zamówień uzupełniających - co najmniej w pewnym zakresie - miało miejsce jeszcze w trakcie realizacji pierwszej umowy (z dnia 25 czerwca 2015 r.). W tym zakresie Izba w szczególności wzięła pod uwagę, iż z treści ww. kosztorysów inwestorskich wynika, że przedmiotem robót uzupełniających był między innymi remont instalacji gazowej oraz oprzewodowanie instalacji teletechnicznych, co koresponduje z treścią ww. notatek z koordynacji z dnia 5 sierpnia 2015 r. oraz 9 i 16 września 2015 r.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wymaga zauważenia, iż w treści SIWZ zamawiający nie zawarł postanowienia, w którym zostałyby wykluczona możliwość powołania się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych na podstawie więcej niż jednej umowy, których dopiero łączna wartość odpowiadałaby treści postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Takie ograniczenie nie wynika również z samej treści opisu warunku, który odwołuje się jedynie do pojęcia robót budowlanych. Nie można go również wywieść z definicji pojęcia roboty budowlane zawartej w art. 2 pkt 8 ustawy Pzp czy art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7

lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. z 2019 r. poz. 1186, ze zm.). Niemniej jednak należy podzielić przedstawione przez zamawiającego stanowisko, iż tego rodzaju sumowanie

wartości robót z kilku umów nie jest zasadą, lecz wyjątkiem od tej zasady. Jak słusznie

wskazywał zamawiający każdy przypadek należy rozpatrywać indywidualnie, z uwzględnieniem charakteru i przebiegu realizacji zamówienia. W szczególności chodzi o przypadki, gdy kilka umów, w sposób istotny powiązanych ze sobą przedmiotowo, wykonywanych jest równocześnie lub bezpośrednio jedna po drugiej. W ocenie składu orzekającego Izby z taką sytuacją mamy do czynienia w odniesieniu do umowy z dnia 25 czerwca 2015 r. na wykonanie robót budowlanych oraz umowy z dnia 10 grudnia 2015 r. na realizację zamówienia uzupełniającego. Przedmiot tych robót pozostaje ze sobą w ścisłym związku - dotyczy wykonania robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego p.n. Przebudowa Przedszkola Nr 109, Pl. Henkla 2, wraz z zagospodarowaniem terenu" - ETAP III. Jak wynika z informacji przekazanych przez zamawiającego realizacja pierwszej umowy ostatecznie zakończyła się pod koniec listopada 2015 r., natomiast druga umowa została zawarta w pierwszej połowie kolejnego miesiąca. Przedmiot tych umów odnosi się zatem do jednego zadania inwestycyjnego, tego samego etapu (III), tego samego obiektu budowlanego. Ponadto, został zrealizowany w bardzo zbliżonym czasie i mógłby zostać objęty jedną umową. Jak wynika z treści złożonych przez odwołującego notatek z koordynacji stwierdzenie konieczności zlecenia zamówień uzupełniających - co najmniej w pewnym zakresie - miało miejsce jeszcze w trakcie realizacji pierwszej umowy (ustalenia faktyczne przedstawione powyżej).

Mając na uwadze wartość ww. umów należy stwierdzić, iż roboty budowlane wykonane na ich podstawie odpowiadają robotom wskazanym przez zamawiającego w treści warunku udziału w postępowaniu określonego w części II ust. 1.2 pkt 1 SIWZ w odniesieniu do wymagania wskazanego pod lit. b). W związku z tym, iż zamawiający uznał drugą ze wskazanych przez

odwołującego robót jako odpowiadającą ww. warunkowi udziału w postępowaniu, a w

odniesieniu do pierwszej pozycji wykazu spełnianie wymagania wskazanego pod lit. a) części II ust. 1.2 pkt 1 SIWZ nie było przez zamawiającego kwestionowane, w konsekwencji należało stwierdzić, iż odwołujący wykazał spełnianie ww. warunku. Czynność wykluczenia

odwołującego z postępowania oraz uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą winna

zatem zostać przez zamawiającego unieważniona.

Sentencją wyroku nie została objęta czynność zatrzymania na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp wniesionego przez odwołującego wadium, albowiem czynność zatrzymania wadium nie należy do czynności zamawiającego, na które przysługuje wykonawcom odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego wartość jest mniejsza od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (art. 180 ust. 2 ustawy Pzp).

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 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), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

