

WYROK
z dnia 22 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2021 r. przez odwołującego Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A. w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiat Olkusiński, w imieniu którego działa Zarząd Powiatu w Olkuszu, przy udziale wykonawcy ZRB P. Sp. z o.o. w Olkuszu przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert, w tym wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. wykonawcy ZRB P. Sp. z o.o. w Olkuszu do uzupełnienia potwierdzenia spełnienia warunku udziału w przetargu dotyczącego posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia z pkt 2.3.2. rozdziału V SIWZ – wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej odpowiadającej swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. budowy sali lub hali gimnastycznej lub sportowej lub widowiskowo-sportowej lub auli, o kubaturze 5000 m³,
2. w pozostałym zakresie oddać odwołanie,
3. kosztami postępowania odwoławczego w części 1/2 obciąża zamawiającego Powiat Olkusiński oraz w części 1/2 odwołującego Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A. w Katowicach i:
 - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A. w Katowicach tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od zamawiającego Powiatu Olkusińskiego na rzecz odwołującego Przedsiębiorstwa Budowlanego „DOMBUD” S.A. w Katowicach kwotę 6 800,00 zł (sześć tysięcy osiemset złotych) tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019, poz. 2020) 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

wyroku z dnia 22 marca 2021 r. w sprawie o sygn. akt: 341/21

Zamawiający Powiat Olkusiński – Zarząd Powiatu w Olkuszu ul. Mickiewicza 2, 32-300 Olkusz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa sali gimnastycznej przy Zespole Szkół nr 3 w Olkuszu”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16 grudnia 2020 r. pod numerem 767501-N-2020.

Izba ustaliła, że postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej 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 ze zm.) zwanej dalej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 1 lutego 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A. ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice (dalej zwany „odwołujący”) We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22a ust. 4 i art. 36a ust. 2 pkt 1) PZP - poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Wykonawcy ZRB P. Sp. z o.o., mimo, że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej opisanej w SIWZ - Rozdział V pkt 2.3.2. w zw. treścią pkt 1 i 2.1. z Rozdziału VII,
2. art. 24 ust. 4 PZP - poprzez zaniechania uznania oferty Wykonawcy ZRB P. Sp. z o.o. za odrzuconą,
3. art. 91 ust. 1 w zw. - poprzez wybór oferty Wykonawcy ZRB P. Sp. z o.o., mimo, że jego oferta winna być uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 PZP, a jednocześnie zaniechanie wyboru oferty odwołującego, mimo że na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ oferta odwołującego jest najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,
4. art. 26 ust. 3 i 4 PZP - przez zaniechanie wezwania ZRB P. Sp. z o.o. do wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, ewentualnie zaniechania wezwania tego Wykonawcy do uzupełnienia ww. oświadczeń i dokumentów - w skutek czego nie zweryfikowano posiadanego doświadczenia zawodowego Wykonawcy w zakresie wystarczającym do uznania, że spełniania on warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisany w SIWZ (Rozdział V pkt 2.3.2. w zw. z Rozdziałem VII pkt 1 i 2.1.),
5. w konsekwencji - art. 7 ust. 1 i 3 PZP - poprzez wybór oferty ZRB P. Sp. z o.o., mimo, że Wykonawca ten powinien być wykluczony, a jego oferta winna być uznana za odrzuconą, a jednocześnie zaniechanie wyboru jako

najkorzystniejszej oferty odwołującego, mimo że na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ oferta odwołującego jest najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, co narusza zasadę prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie przepisów Ustawy.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia wykonawcy ZRB P. Sp. z o.o. z postępowania oraz uznanie jego oferty za odrzuconą, a także wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał co następuje. Zamawiający wymagał wg treści rozdziału V warunki udziału w postępowaniu, pkt 2.3.2. SIWZ spełniania przez wykonawców warunku w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia polegającego na wykazaniu: „wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: co najmniej jednej roboty budowlanej odpowiadającej swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. budowa sali lub hali gimnastycznej lub sportowej lub widowiskowo-sportowej lub auli o kubaturze min. 5000 m³”. Ponadto w pkt 1 i 2.1 rozdziału VII SIWZ (warunki w zakresie powierzenia części zamówienia do wykonania przez podwykonawców) wskazano: „1. Zamawiający zgodnie z art. 36a ust. 2 ustawy Pzp zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowej części Zamówienia tj. budowę stanu surowego zamkniętego. Przez stan surowy zamknięty zamawiający rozumie budynek, który posiada już kompletną konstrukcję nośną, dach, stropy, okna oraz drzwi zewnętrzne. Pomieszczenia nie muszą być jeszcze w żaden sposób wykończone i nie muszą posiadać instalacji”. I dalej „2. Wymagania dotyczące podwykonawstwa: 2.1. Zamawiający dopuszcza udział podwykonawców przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia, z zastrzeżeniem postanowień pkt 1.” W ocenie odwołującego zamawiający zastrzegł więc obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowej części zamówienia, tj. budowy stanu surowego zamkniętego (rozumianego jako: budynek, który posiada już kompletną konstrukcję nośną, dach, stropy, okna oraz drzwi zewnętrzne), czyli z zakresu podwykonawstwa wyłączył realizację budowy ww. stanu surowego zamkniętego.

Wykonawca ZRB P. Sp. z o.o. w Olkuszu na potwierdzenie spełnienia ww. warunku przedłożył wykaz robót budowlanych, w którym wskazano jedną robotę „Rozbudowę Zespołu Szkolno-Przedszkolnego NR 8 przy ul. Wysokiej 13 w Żorach”. Natomiast ze złożonych w postępowaniu referencji wynika, że inwestycję tą realizowało Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane BUDECON S.A. z Sosnowca, które złożyło pisemne zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia zgodnie z art. 22a p.z.p. (wykaz robót budowlanych z dnia 18.01.2021 r., referencje z dnia 01.12.2020 r. i pisemne zobowiązanie podmiotu z dnia 29.12.2020 r.). Wykonawca w ofercie oświadczył (pkt 11 oferty z 5 stycznia 2021 r.), że polega na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego (Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane BUDECON S.A.), któremu zamierza powierzyć na zasadzie podwykonawstwa wykonanie części zamówienia, tj. prac wykończeniowych (pkt 12 oferty). Natomiast z oświadczenia wykonawcy z dnia 18.01.2021 r. wynika, że kluczową część zamówienia wykona on osobiście, jednocześnie oświadcza, że korzysta z doświadczenia podmiotu trzeciego w zakresie określonym w załączniku do oferty.

Z powyższego dla odwołującego wynika, że wybrany wykonawca nie posiada samodzielnie wiedzy i doświadczenia opisanego w SIWZ w rozdziale V pkt 2.3.2., polegającego na wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej odpowiadającej swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. budowa sali lub hali gimnastycznej lub sportowej lub widowiskowo-sportowej lub auli o kubaturze min. 5000 m³ (wiedzy i doświadczenia w budowie „stanu surowego zamkniętego” w rozumieniu SIWZ). Zaś wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego, na zdolności którego w tym zakresie wykonawca się powołuje na podstawie art. 22a p.z.p., nie może być wykorzystana w realizacji ww. zamówienia w zakresie kluczowych części zamówienia, ponieważ budowa stanu surowego zamkniętego sali gimnastycznej została zastrzeżona do osobistego wykonania przez wykonawcę na podstawie art. 36a p.z.p. - punktu 1 i 2.1. rozdziału VII SIWZ. Jak również zdolności podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia z warunku udziału w przetargu (pkt 2.3.2. SIWZ) nie zostały ZRB P. Sp. z o.o. w Olkuszu udostępnione. Jednocześnie wykonawca chce zrealizować całość robót budowlanych samodzielnie oprócz robót wykończeniowych, które powierzy podmiotowi trzeciemu na zasadzie podwykonawstwa, jest to sprzeczne z art. 22a ust. 4 p.z.p. Zgodnie bowiem z art. 22a ust. 1 p.z.p. wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu może polegać na zdolnościach innych podmiotów, tylko wtedy, gdy podmioty te zrealizują roboty budowlane do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 22a ust. 4 p.z.p.).

Jedynie na marginesie należy dodać, że doświadczenie podmiotu trzeciego Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego BUDECON S.A. również nie spełnia warunków udziału opisanych w rozdziale V pkt 2.3.2. SIWZ, ponieważ kubatura sali gimnastycznej w Żorach (nawet liczona wraz z kubaturą pomieszczeń z nią związanych) jest niższa niż wymagane przez zamawiającego minimum 5000 m³). Sala gimnastyczna wraz z pomieszczeniami funkcjonalnie z nią związanymi posiada kubaturę 4678,08 m³, co wynika z wyciągu z dokumentacji technicznej zamówienia załączony przez wykonawcę do pisma z dnia 18.01.2021 r. oraz rzutów niskiego i wysokiego parteru (rysunki A1-A4).

Odwołujący dodał, że zamawiający, mimo powyższych wątpliwości nasuwających się wobec treści przedstawionych przez wykonawcę dokumentów, przepisów p.z.p. oraz treści SIWZ, nie wezwał wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p. do złożenia wyjaśnień (ewentualnie do uzupełnienia) oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Zatem zamawiający nie zweryfikował posiadanego doświadczenia zawodowego ZRB P. Sp. z o.o. w Olkuszu w zakresie wystarczającym do uznania, że spełniania on warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisany w SIWZ (rozdział V pkt 2.3.2. w zw. z rozdziałem VII. pkt 1 i 2.1. SIWZ) Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy, który dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia zamierza skorzystać z potencjału podmiotu trzeciego - bez podwykonawstwa w tym zakresie, czyli wbrew treści przepisu art. 22a ust. 4 p.z.p., który zezwala na posiłkowanie się cudzym doświadczeniem tylko w przypadku jednoczesnego powierzenia podwykonawcy realizacji robót budowlanych do których te zdolności są wymagane, czyli w tym przypadku powierzenia budowy sali gimnastycznej (w tym budowy „stanu surowego zamkniętego”), co wobec treści SIWZ i przepisów ustawy jest niedopuszczalne.

Ponadto, podstawowa zasada postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyrażona w art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. doznaje uszczegółowienia m.in. w przepisach nakładających na zamawiającego obowiązki, których realizacja zapewnia wykonawcom konkurowanie w warunkach równości, w tym właściwego badania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wezwania wykonawców do wyjaśnień, czy uzupełnienia, a w razie ich niespełnienia wykluczenia wykonawcy i niedopuszczenia jego oferty do dalszego konkurowania oraz uznania za odrzuconą oferty wykonawcy wykluczonego. Zamawiający w niniejszym postępowaniu przy wyborze oferty najkorzystniejszej powinien brać pod uwagę jedynie oferty niepodlegające odrzuceniu, czego nie wykonano. Zaś odwołujący miał prawo spodziewać się, że

zamawiający kreując warunki udziału w postępowaniu, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej (w których treści wymagano doświadczenia w realizacji określonej rodzaju i wartości robót budowlanych), będzie wymagał od wszystkich wykonawców takiego właśnie doświadczenia i je odpowiednio weryfikuje. Zamawiający, wbrew ciężącemu na nim obowiązki, zaniechał wykluczenia wykonawcy ZRB P. Sp. z o.o. w Olkuszu, mimo że nie spełnia on warunków udziału opisanych w pkt 2.3.2. SIWZ. Wybrano więc ofertę wykonawcy podlegającego wykluczeniu, którego oferta winna zostać odrzucona, a nie ofertę odwołującego, czyli w konsekwencji zamawiający zamierza udzielić zamówienia wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy p.z.p.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego stanowisku procesowym. Ponadto, wniesiono o przeprowadzenie dowodów z SIWZ, oferty wykonawcy ZRB P. z o.o. w Olkuszu i odpowiedzi wykonawcy na wezwanie w trybie 26 ust. 2 p.z.p. wraz z załączoną dokumentacją, na okoliczność ich treści, procedowania zamawiającego zgodnie z uporządkowaną treścią SIWZ, z uwzględnieniem oświadczeń i dokumentów wykonawcy, bez dopuszczenia się zarzucanych mu zaniechań, a także na potwierdzenie, że wykonawca ZRB P. Sp. z o.o. w Olkuszu spełnia warunki udziału w postępowaniu, więc wybór na podstawie ww. dowodów był konieczny i uzasadniony.

Mając na uwadze datę wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do postępowania odwoławczego – zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) – znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), dalej zwanej „n.p.z.p.”.

Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 n.p.z.p. i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę ZRB P. Sp. z o.o. ul. Osiecka 3a, 32-300 Olkusz (dalej zwanego jako „przystępujący”), zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku przetargu oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ust. 1 n.p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ust. 1 n.p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 528 n.p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto, w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 n.p.z.p.

Postawione przez odwołującego zarzuty sprowadzały sprawę do rozstrzygnięcia, czy zamawiający w sposób prawidłowy ocenił ofertę przystępującego, wybierając ją jako najkorzystniejszą w przetargu, w tym czy właściwie ją zbadano w zakresie doświadczenia zawodowego przystępującego dotyczącego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu – posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia – z pkt 2.3.2. rozdziału V SIWZ w zw. z pkt 1 i pkt 2.1. rozdziału VII SIWZ (art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p.), czy nie zaniechano wykluczenia przystępującego z postępowania z powodu niewykazania spełnienia rzeczowego warunku (art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 22a ust. 4 i art. 36 ust. 2 pkt 1 p.z.p.) i nie zaniechano uznania jego oferty za odrzuconą (art. 24 ust. 4 p.z.p.). Zaś w konsekwencji, czy nie naruszono art. 91 ust. 1 p.z.p. i art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p., poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady naczelne p.z.p. i dokonanie wyboru oferty, która powinna zostać odrzucona, w miejsce oferty odwołującego będącej jego zdaniem ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 n.p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem odwołanie posiada uzasadnione podstawy i jako takie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą częściowo uwzględnione. W konsekwencji powyższego skład orzekający nakazał zamawiającemu unieważnienie przedwczesnego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwanie przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. do uzupełnienia potwierdzenia spełnienia warunku udziału w przetargu z pkt 2.3.2. rozdziału V SIWZ. Natomiast zarzuty zaniechania wykluczenia przystępującego z powodu niewykazania spełnienia spornego warunku są przedwczesne i jako takie zostały przez Izbę oddalone. Odwołujący pominął, że przed wykluczeniem wykonawcy z postępowania ustawodawca zobligował jednostkę zamawiającą do wezwania wykonawcy do uzupełnienia potencjału podmiotowego, stąd także nie było podstaw do odrzucenia tej oferty (art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p.).

Skład rozpoznający spór ustalił, że w dokumentacji postępowania w pkt 2.3.2. rozdziału V SIWZ zamawiający wymagał posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej odpowiadającej swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. budowy sali lub hali gimnastycznej lub sportowej lub widowiskowo-sportowej lub auli, o kubaturze 5000 m³. Przy tym, w pkt 1 rozdziału VII SIWZ wskazano, że zamawiający, zgodnie z art. 36a ust. 2 p.z.p., zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowej części zamówienia, tj. budowy stanu surowego zamkniętego, przez który rozumie się budynek posiadający kompletną konstrukcję nośną, stropy, okna oraz drzwi zewnętrzne. Pomieszczenia nie muszą być w żaden sposób wykończone i nie muszą posiadać instalacji. Natomiast w pkt 2.1. rozdziału VII SIWZ zamawiający wskazał, że dopuszcza udział podwykonawców przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia, z zastrzeżeniem postanowień ww. pkt 1.

Na podstawie materiału procesowego Izba ustaliła także, iż w formularzu ofertowym (pkt 11) przystępujący wskazał, że polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia czterech podmiotów, w tym co istotne polega na potencjale Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego BUDECON S.A w Sosnowcu (dalej jako „Budecon”), któremu przystępujący powierzył, jako podwykonawcy, prace wykończeniowe (pkt 12 formularza ofertowego). Do oferty załączono pisemne zobowiązania podmiotów trzecich, gdzie zgodnie z zobowiązaniem z dnia 29 grudnia 2020 r. Budecon zobowiązuje się do oddania zasobu wiedzy i doświadczenia w

postaci udostępnienia personelu i wykonania roboty budowlanej dotyczącej rozbudowy Zespołu Szkolno-Przedszkolnego Nr 8 w Żorach (dalej jako „ZSP w Żorach”). W zobowiązaniu dodano też, że podmiot ten będzie uczestniczył w zamówieniu jako podwykonawca. Dalej Izba ustaliła, że wyniku wezwania zamawiającego z dnia 15 stycznia 2021 r., w trybie art. 26 ust. 2 p.z.p., pismem z dnia 18 stycznia 2021 r. przystępujący przedłożył zamawiającemu wykaz robót budowlanych z referencjami dotyczącymi rozbudowy ZSP w Żorach oraz oświadczenie, zgodnie z którym wskazał, że kluczową część zamówienia, tj. budowę stanu surowego zamkniętego przystępujący wykona osobiście, zaś w zakresie określonym w załącznikach do oferty korzysta z wiedzy i doświadczenia firmy Budecon, a sam sposób udostępnienia zasobów reguluje odrębny stosunek prawny.

W konsekwencji powyższego z dokumentacji przetargu wynika, że przystępujący wskazał na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia zawodowego (pkt 2.3.2. rozdział V SIWZ) zasoby Budecon, który miał być podwykonawcą przystępującego jedynie w zakresie robót wykończeniowych. Budecon udostępnił więc swoją wiedzę i doświadczenie przystępującemu (budowa sali gimnastycznej), ale nie wykona robót związanych z udostępnianym zasobem, a prace wykończeniowe. Ustalony stan faktyczny nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena prawna dotycząca oceny oferty przystępującego dokonana przez zamawiającego.

W ramach uwag ogólnych krótko wskazać należy, że zgodnie z art. 22a ust. 1 w zw. z art. 22a ust. 4 p.z.p. wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu może polegać na zdolnościach innych podmiotów. Jeżeli zaś wykonawca korzysta z doświadczenia podmiotu trzeciego, to podmiot ten musi zrealizować roboty budowlane, do realizacji których udostępniane doświadczenie jest wymagane. Innymi słowy, jeżeli wykonawca nie posiada własnego doświadczenia i chce skorzystać z doświadczenia innego wykonawcy, to jest to dozwolone. Jednakże w takim przypadku, mając na uwadze charakter używanego potencjału, ustawodawca wprowadził obostrzenie w postaci wymogu, aby to doświadczony przedsiębiorca wykonywał te roboty. Możliwość polegania na zasobie doświadczenia została więc uzależniona od tego, czy podmiot trzeci zrealizuje roboty budowlane, do realizacji których udostępniany zasób jest potrzebny, co *de facto* oznacza obowiązek zapewnienia w tej części podwykonawstwa (lub istnienia innego stosunku prawnego) w trakcie wykonywania inwestycji. Natomiast brak powierzenia podmiotowi używającemu doświadczenie realizacji części zamówienia, do realizacji której rzeczony zasób jest wymagany, powoduje – w związku z treścią art. 22a ust. 4 p.z.p. – niewykazanie spełnienia warunku udziału w przetargu.

Jeżeli przystępujący chciał skorzystać z doświadczenia podwykonawcy Budecon, aby wykazać warunek posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej w postaci budowy sali gimnastycznej o kubaturze 5000 m³, to zgodnie z omawianymi przepisami, podwykonawca musiałby wykonać roboty budowlane polegające na budowie sali gimnastycznej dla zamawiającego. Zaś w ustalonym stanie rzeczy podwykonawca Budecon zobowiązał się jedynie do wykonania robót wykończeniowych, czyli do wykonania części zamówienia, która nie jest tożsama z udostępnianym doświadczeniem. Skoro więc przystępujący nie posiada własnego doświadczenia i chce skorzystać z doświadczenia podwykonawcy Budecon, a podwykonawca nie będzie zaangażowany w roboty, co do których udostępnia doświadczenie, to takie doświadczenie nie wykazuje w sposób prawidłowy spełnienia warunku udziału w przetargu.

Poleganie na doświadczeniu podmiotu trzeciego wyłącznie na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia, a nie na etapie realizacji zamówienia, jest sprzeczne z art. 22a ust. 4 p.z.p. i w związku z faktem, że podwykonawca Budecon nie będzie realizował prac dotyczących budowy stanu surowego sali gimnastycznej, a miałby wykonać wyłącznie roboty wykończeniowe, powoduje – jak trafnie wskazał odwołujący – że ocena oferty przystępującego dokonana przez zamawiającego jest nieprawidłowa. Takie udostępnienie zasobu wiedzy i doświadczenia nie spełnia ustawowych wymagań w zakresie zasad udostępnienia spornego zasobu podmiotowego, ponieważ w ustalonym stanie rzeczy omawiane normy nakazują przymusowe podwykonawstwo podmiotu udostępniającego doświadczenie, w zakresie w jakim je udostępnia.

Przenosząc rozważania na grunt dokumentacji postępowania, Izba wskazuje, że możliwość posłużenia się przez wykonawców podwykonawcą w zakresie budowy sali, a tym samym w zakresie wykazywania doświadczenia wymaganego w warunku udziału w przetargu, została zablokowana przez zamawiającego, który w pkt 2.1. rozdziału VII SIWZ ustanowił zakaz udziału podwykonawcy przy wykonaniu kluczowej części zamówienia. Zamawiający zastrzegając obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę jego kluczowej części (art. 36a ust. 2 pkt 1 p.z.p.), którą jest budowa stanu surowego zamkniętego, uniemożliwił skorzystanie w tym zakresie z potencjału podmiotu trzeciego. Udostępnienie doświadczenia zawodowego – którym jest budowa sali, hali, lub auli – musi się wiązać z wykonaniem prac w udostępnianym zakresie, co uniemożliwiono w SIWZ, ponieważ zamawiający wykluczył udział podwykonawcy w budowie stanu surowego zamkniętego (pozostawiając podwykonawcy do wykonania roboty wykończeniowe i inne).

Jak wcześniej wspomniano, warunkiem skorzystania z doświadczenia zawodowego podmiotu trzeciego w zakresie budowy sali gimnastycznej jest zaangażowanie go do realizacji tej części zamówienia, nie swobodnie wybranej części inwestycji i nie do jakichkolwiek robót, a konieczne jest wykonanie robót w takim zakresie w jakim udostępnia się wiedzę i doświadczenie (tu robota budowlana dotycząca rozbudowy Zespołu Szkolno-Przedszkolnego Nr 8 w Żorach). W części, w której zamawiający wyłącza podwykonawstwo, wykonawca nie może powołać na takie zasoby podmiotów trzecich, które wymagają ich udziału, jako podwykonawcy. Wobec tego, we wszystkich wypadkach, gdy powołanie się na potencjał podmiotów trzecich wymaga podwykonawstwa kluczowych części zamówienia, a zamawiający zastrzegł wykonanie tych części do osobistego wykonania, to wykonawca musi dane warunki udziału w postępowaniu spełnić samodzielnie.

Konkludując, zgodnie z ofertą przystępującego i zobowiązaniem podwykonawcy, Budecon nie będzie realizował budowy sali gimnastycznej, powierzono mu do wykonania wyłącznie roboty wykończeniowe, więc przystępujący nie może powołać się na jego doświadczenie dotyczące budowy ZSP w Żorach, czyli doświadczenie wymagane w pkt 2.3.2. rozdziału V SIWZ. Warto także dodać, że w otwarcu ofert, kiedy nie ma już możliwości zmiany dokumentacji postępowania, a jej treść wiąże wykonawców, zamawiającego i Krajową Izbę Odwoławczą, przystępujący, który nie zdecydował się na zaskarżenie SIWZ we właściwym terminie, czy chociażby na zadanie pytania zamawiającemu w trybie art. 38 ust. 1 p.z.p., utracił możliwość powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego w ramach roboty referencyjnej.

Izba nie zgodziła się natomiast z twierdzeniami odwołującego, jakoby wadliwe wykazanie potencjału zawodowego przystępującego miało powodować konieczność wykluczenia go z przetargu. Odwołujący pomija, że na zamawiającym spoczywają ustawowe obowiązki, kiedy wykonawca nie wykaże, że posiada właściwą zdolności podmiotową do udziału w postępowaniu. Zgodnie z dokumentacją postępowania nie wzywano przystępującego do uzupełnienia w tym zakresie, zatem jednostka zamawiająca ma obligatoryjny nakaz wynikający z art. 26 ust. 3 p.z.p., aby w sytuacji, gdy złożone oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 p.z.p., wezwać przystępującego do uzupełnienia w tym przedmiocie, co skład orzekający nakazał zamawiającemu w sentencji wyroku. I

dopiero brak wykazania doświadczenia na obowiązkowe wezwanie do uzupełnienia może spowodować eliminację przystępującego z przetargu.

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22a ust. 4 i art. 36 ust. 2 pkt 1 p.z.p., a także art. 7 ust. 1 pkt 3 p.z.p., poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia wykazania zdolności zawodowej w postaci doświadczenia. Nie potwierdziły się natomiast zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia przystępującego z przetargu i odrzucenia jego ofert, zarzuty te zostały oddalone przez skład orzekający, jako zarzuty przedwczesne.

Ponadto, Izba włączyła w poczet materiału dowodowego złożone przez odwołującego i przystępującego rysunki, zdjęcia i wyczenia dotyczące kubatury budowy ZSP w Żorach, jednak dowody te okazały się nieprzydatne dla rozstrzygnięcia w związku z potwierdzeniem się zarzutów dotyczących zakazu posiłkowania się potencjałem podmiotów trzecich w wykazywaniu warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia.

Jedynie na marginesie należy wspomnieć, że skład orzekający podziela stanowisko odwołującego w zakresie rozumienia treści warunku, a hipotezy zamawiającego o włączeniu do wielkości kubatury jakichkolwiek innych pomieszczeń, które nie są salą, halą czy aulą, znacząco wykraczają poza brzmienie warunku, który należy odczytywać literalnie, bez poszukiwania jego rozumienia poza jego treścią. Wymagana kubatura wprost dotyczy budowy ww. elementów, a nie dodatkowych pomieszczeń, nawet jeżeli są one połączone funkcjonalnie lub przynależą do sali gimnastycznej. Jeżeli zamawiający chciał wykazania się doświadczeniem w budowie obiektu sportowego o określonej kubaturze to należało to wskazać w warunku, a nie po terminie na składanie ofert modyfikować treść SIWZ, tak aby bezpodstawnie uprzywilejować jednego z wykonawców. Można także krótko dodać, że umknęło zamawiającemu, że zupełnie czym innym jest doświadczenie pracowników (osób, które miały zostać przystępującemu udostępnione), a czym innym doświadczenie podmiotu, który osoby te zatrudnia. Pkt 2.3.2. SIWZ dotyczy potencjału podmiotowego wykonawcy, przedsiębiorcy, a nie doświadczenia kadry, czyli osób realizujących roboty budowlane.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, gdyż wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 n.p.z.p. Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy miały istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. przedwczesny wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania skład orzekający wydał na podstawie art. 575 n.p.z.p. obciążając strony kosztami, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 2 pkt 1 i § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia 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. z 2020 r. poz. 2437).

Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie, spośród dwóch grup rozpoznawanych zarzutów zasadna okazała się jedna grupa, zaś bezzasadna grupa druga. Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 1/2 do 1/2, zatem odpowiedzialność za połowę kosztów postępowania odwoławczego ponosił odwołujący, zaś za drugą połowę zamawiający. Na koszty postępowaniałożył się uiszczony przez odwołującego wpis (10 000,00 zł) oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, na podstawie złożonego do akt rachunku (3 600,00 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania w wysokości 13 600,00 zł, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 6 800,00 zł. Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego różnicę pomiędzy kosztami dotychczas poniesionymi, a kosztami za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Izba nie uwzględniła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, ponieważ umknęło uwadze strony, że są one ustalane na podstawie rachunków lub spisu kosztów złożonych do akt sprawy, kiedy zamawiający ograniczył się do wniosku o ich zasądzenie w kwocie 3 600,00 zł, bez złożenia żadnego dokumentu wymaganego zgodnie z § 5 ust. 2 lit. b ww. rozporządzenia. W tym zakresie Izba orzeka w oparciu o szczególne regulacje, wprowadzone do systemu prawa na potrzeby postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, które wymagają nie tylko złożenia formalnego wniosku, a warunkują uwzględnienie wniosku strony od przedłożenia do akt sprawy rachunku – dowodu poniesienia tych kosztów. W przypadku więc braku (lub niemożliwości przedłożenia takiego dowodu) skład orzekający nie ma podstaw do uwzględnienia rzeczonych kosztów, co w tej sprawie – gdyby zamawiający złożył rachunek do akt – mogłoby skutkować wzajemnym zniesieniem kosztów zastępstwa prawnego.

Przewodniczący:

.....