Sygn. akt: KIO 330/24

WYROK

z dnia 20 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2024 r. przez wykonawcę Hydratec sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Bursę Regionalną w Ostrołęce

przy udziale wykonawcy And-Bud A.K. z siedzibą w Ostrołęce zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 330/24 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę Hydratec sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Hydratec sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od wykonawcy Hydratec sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku na rzecz zamawiającego Bursy Regionalnej w Ostrołęce kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.) 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……

Sygn. akt: KIO 330/24

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

Zamawiający - Bursa Regionalna w Ostrołęce wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego pn. „Przebudowa i wyposażenie kuchni wraz z zapleczem w Bursie Regionalnej w Ostrołęce”, numer referencyjny: ZP.261.1.2023.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w dniu 1 grudnia 2023 r. pod numerem ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych: 2023/BZP 00527823/01.

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy And-Bud A.K.z siedzibą w Ostrołęce, zwanego dalej Przystępującym lub And-Bud została opublikowana na stronie prowadzonego postępowania i przekazana Odwołującemu: Hydratec sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku w dniu 23 stycznia 2024 r.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 29 stycznia 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejod niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp czynności i zaniechania dokonania czynności przez Zamawiającego w postaci:

1.przedwczesnego wyboru oferty wykonawcy AND-BUD jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy Zamawiający błędnie uznał, że wykonawca ten wykazał w sposób niebudzący wątpliwości, że spełnia warunki udziału w postępowaniu,

2.uznania, że AND-BUD wykazał spełnianie warunków udziałuw postępowaniu, gdy ze złożonych dokumentów jedynie pozornie wynika, aby wykonał zamówienie na budowę, przebudowę lub remont pomieszczeń kuchennych w placówkach żywienia zbiorowego takich jak: stołówka, restauracja, kantyna, o wartości nie mniejszej niż 800.000,00 zł brutto,

3.zaniechania wezwania Miasta Łomża do udzielenia informacji o wartości zadania, na które w wykazie robót powołuje się AND-BUD, w zakresie dotyczącym pomieszczeń kuchennych, a w konsekwencji zaniechania wezwania AND-BUD do złożenia wykazu robót budowlanych wrazz dowodami potwierdzającymi spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 2,

4.naruszenia podstawowej zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jaką jest obowiązek jego przeprowadzenia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

I.naruszenie art. 239 ustawy Pzp poprzez przedwczesny wybór jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez AND-BUD,

II.naruszenie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp poprzez odstąpienie od uzyskania od Miasta Łomża informacji o wartości zadania, na które w wykazie robót powołuje się AND-BUD, w zakresie dotyczącym pomieszczeń kuchennych, gdy wartość wskazana przez wykonawcę w wyjaśnieniach budzi uzasadnione wątpliwości,

III.naruszenie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania AND-BUD do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które potwierdzają spełnianie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia,

IV.naruszenie art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia istotnych dla wyniku postępowania okoliczności faktycznych w zakresie spełniania przez AND-BUD warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia, gdy z podmiotowych środków dowodowych wynikają uzasadnione wątpliwości co do prawdziwości złożonych wyjaśnień.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

a)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

b)ponowienie procedury badania i oceny ofert.

Ponadto, wnosił o:

I.orzeczenie od Zamawiającego na rzecz Odwołujących uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących w szczególności koszt wpisu oraz wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych, określonego na podstawie rachunku, który zostanie przedłożony do akt sprawy w przypadku ustanowienia pełnomocnika,

II.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów w odwołaniu powołanych, znajdujących się w posiadaniu i przekazanych przez Zamawiającego, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu,

III.zobowiązanie Zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający przewidział dla przedmiotowego postępowania określone warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, które szczegółowo zostały opisane w części IV SWZ.

Zauważył przy tym, że godnie z warunkami udziału w postępowaniu dotyczącymi doświadczenia wykonawcy, wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie na budowę, przebudowę lub remont pomieszczeń kuchennych w placówkach żywienia zbiorowego takich jak: stołówka, restauracja, kantyna, o wartości nie mniejszej niż 800.000,00 zł brutto.

Zaznaczył również, że przed upływem terminu składania ofert Zamawiający nie dokonał zmiany dokumentów zamówienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu i podstaw wykluczenia.

W terminie składania ofert ofertę złożyło 4 wykonawców.

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 23 stycznia 2024 r. Zamawiający dokonał ponownego (po uchyleniu się pierwotnie wybranego wykonawcy od podpisania umowy) wyboru oferty najkorzystniejszej, wybierając wykonawcę AND-BUD.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że wybór oferty AND-BUD poprzedzony został wezwaniem tego wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu robót budowlanych wraz z załączeniem dowodów potwierdzających, że roboty te zostały należycie wykonane.

Odwołujący podniósł, że w złożonym wykazie robót budowlanych AND-BUD powołał się na inwestycję pn. „Modernizacja budynku przedszkola nr 9, ul. B. Prusa 11A w Łomży", realizowaną na rzecz Miasta Łomża w okresie 6 marca – 28 sierpnia 2020 r. Zgodnie z treścią wykazu robót, wartość całego zadania wyniosła 981 823,11 zł brutto. Z informacji zamieszczonych przez AND-BUD w wykazie robót wynika, że zakres prac obejmował m.in. remont pomieszczeń kuchni wraz z wymianą wyposażenia technologii kuchni i wentylacji mechanicznej.

Do wspomnianego wykazu robót budowlanych AND-BUD dołączył referencję z których wynikał zakres wykonanych prac.

Ponadto, Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający pismem datowanym na 22 stycznia 20224 r. wezwał AND-BUD do wyjaśnienia jaki zakres cenowy wykonanego zamówienia na modernizację budynku przedszkola (wskazanego w wykazie robót budowlanych) dotyczył prac obejmujących pomieszczenia kuchenne.

Wykonawca w odpowiedzi oświadczył, że wartość robót dotyczących tylko pionu żywieniowego wynosi: 801 569,06 zł brutto.

Zdaniem Odwołującego - wskazana przez wykonawcę kwota jest nieznacznie wyższa od minimum wskazanego w warunku, co już powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Zestawienie tej kwoty z całkowitą wartością zamówienia wskazuje, że pozostały zakres prac miał wartość 180 254,05 zł brutto.

Według Odwołującego - analiza publicznie dostępnych dokumentów postępowania, na które powołuje się AND-BUD , nie pozwala uznać, aby kwota wskazana w wyjaśnieniach tego Wykonawcy została podana prawidłowo.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ postępowania pn. „Modernizacja budynku Przedszkola Publicznego nr 9 przy ul. Bolesława Prusa 11A w Łomży", zadanie obejmowało:

1.1. Dostosowanie budynku do przepisów ppoż

- wydzielenie klatek schodowych ewakuacyjnych (4 klatki schodowe)
- montaż drzwi ppoż. do sal w obrębie klatek schodowych
- wykonanie dodatkowych wyjść z budynku zgodnie z projektem
- wykonanie nowych wyjść na patio – drzwi EI 15
- wymiana stolarki okiennej w patio okna EI 15 (okna O2)
- wymiana stolarki okiennej w łazienkach na EI 30 zgodnie z dokumentacją
- wymiana stolarki okiennej klatek schodowych zgodnie z projektem
- wymiana stolarki drzwiowej wewnętrznej zgodnie z projektem
- zamurowanie otworów zgodnie z dokumentacją

1.2. Remont pomieszczeń kuchni

- Rozebranie okładzin ściennych i podłogowych w pomieszczeniach kuchni

Parter pomieszczenia - 0.4a i 0.4b

Piętro pomieszczenia – 1.9; 1.10; 1.11; 1.12

- wykonanie nowych okładzin ściennych i podłogowych
- montaż wyposażenia i nowych urządzeń pionu żywieniowego zgodnie z wykazem i technologią kuchni
- szpachlowanie i malowanie ścian i sufitów
- wymiana stolarki drzwiowej

1.3. Modernizacja pomieszczeń łazienek

- wykonanie podziału i przebudowy łazienek nr 030 na parterze i 1.31 na piętrze
- dostosowanie łazienek dla osób niepełnosprawnych zgodnie z dokumentacją
- montaż nowych urządzeń sanitarnych
- montaż nowych drzwi zgodnie z dokumentacją
- wykonanie nowych okładzin ściennych (glazura do 2.0 m wysokości)
- wykonanie nowej podłogi z płytek gresu
- szpachlowanie i malowanie ścian i sufitów

III. Modernizacja budynku w zakresie sanitarnym:

1.Wykonanie instalacji wentylacji mechanicznej nawiewno-wywiewnej obsługującej pion żywieniowy wraz z zasilaniem, automatyką oraz montaż wentylatorów wyciągowych.

2.Wykonanie prac demontażowych istniejących instalacji wentylacji.

3.Wykonanie prac budowlanych polegających na zabudowie poszczególnych instalacji, montażu osłon, odtworzeniu posadzek, tynków, zamurowaniu przejść przez przegrody budowlane, szpachlowaniu i malowaniu (po przeprowadzonych robotach instalacyjnych).

IV. Modernizacja części budynku w zakresie elektrycznym:

1. Podłączenie i montaż urządzeń elektrycznych w kuchni do sieci el. wewnętrznej 230/400 V.

W ocenie Odwołującego - tak szeroki zakres prac, który nie dotyczy pomieszczeń kuchennych, nie mógł zostać wyceniony przez AND-BUD na kwotę ok. 180 000 zł brutto. Wskazana w wyjaśnieniach kwota zmierza tylko do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, ale jest czynność pozorna i nieprawdziwa.

Odwołujący poinformował, że zwrócił się do Miasta Łomża o udzielenie informacji co do kosztów wykonania inwestycji, na która powołuje się AND-BUD, jednak z uwagi na ustawowytermin na udzielenie informacji publicznej, nie jest możliwe dołączenie tych dokumentów do odwołania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią umowy zawartej pomiędzy AND-BUDa Miastem Łomża, w ramach umowy sporządzony powinien zostać harmonogram rzeczowo-finansowy (§ 1 ust. 4). Z kolei zgodnie z Rozdziałem XII ust. 5 SIWZ- Cena ofertowa powinna zostać obliczona w kosztorysie ofertowym (dołączanym przed podpisaniem umowy z wybranym Wykonawcą) na podstawie załączonej dokumentacji projektowej stanowiącej Zał. nr 9 do SIWZ.

Zdaniem Odwołującego - dokumenty te pozwolą stwierdzić jaka była wartość robót, na których wykonanie w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu powołuje się AND-BUD. Powołał się w tym względzie na dowody: SIWZ postępowania „Modernizacja budynku Przedszkola Publicznego nr 9przy ul. Bolesława Prusa 11A w Łomży"; Projekt umowy tego postępowania; Dokumentacja projektowa.

Dalej, Odwołujący argumentował, że zgodnie z art. 16 pkt 1) Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Wskazał przy tym, że zapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego oznacza stworzenie warunków umożliwiających wykonawcom konkurowanie między sobą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na uczciwych zasadach. Z zasady zachowania uczciwej konkurencji wynika potrzeba eliminowania przez zamawiającego sytuacji godzących w uczciwą konkurencję.

Nie jest możliwe zapewnienie uczciwej konkurencji, gdy Zamawiający mając podstawy do wszczęcia postępowania wyjaśniającego, odstępuje od takiego działania umożliwiając uzyskanie zamówienia wykonawcy, który nie posiada wymaganych zdolności. Orzecznictwo Izby potwierdza, że prawo zamawiającego do korzystania z określonych instytucji zmienia się w obowiązek, gdy ich niezastosowanie może wypaczyć wynik postępowania, co ma miejsce w niniejszej sprawie.

Odwołujący podniósł, ze na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, gdy Zamawiający ma wątpliwości względem złożonych przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowych środków dowodowych, może zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Wyraził pogląd, że Zamawiający jest zatem powołany do samodzielnej oceny dostarczanych przez wykonawcę dowodów zdolności podmiotowej i nie musi uważać ich za wystarczające.

Według Odwołującego - w określonych sytuacjach, w świetle poważnych wątpliwości co do prawdziwości oświadczenia własnego AND-BUD, prawozamawiającego do żądania wyjaśnień bezpośrednio od podmiotu wydającego referencje przekształciło się w obowiązek.

Odwołujący oświadczył, że przedstawił rzeczywisty zakres prac, jakie do wykonania w ramach inwestycji wskazanej w wykazie robót budowlanych miał AND-BUD.

Wykonanie ich w taki sposób, aby koszty prac związanych z kuchnią wyniosły ponad 800 000 zł nie jest - w ocenie Odwołującego - możliwe.

Zdaniem Odwołującego - do powstania wątpliwości w tym zakresie nie jest również niezbędna specjalistyczna wiedza, gdyż sam przebieg postępowania i treść wyjaśnień AND-BUD powinny skłonić Zamawiającego do próby uzyskania informacji bezpośrednio od inwestora, którym jest przecież podmiot publiczny.

W związku z przedstawionym powyżej zarzutem naruszenia art. 128 ust. 5 Pzp - zdaniem Odwołującego - doszło również do naruszenia art. 128 ust. 1 tej ustawy z uwagi na oczywiście nieprawdziwe oświadczenie złożone w drodze wyjaśnień.

Wyraził pogląd, że na podstawie powołanego przepisu Zamawiający zobowiązany jest żądać od Wykonawcy złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie wadliwie złożonych podmiotowych środków dowodowych.

W ocenie Odwołującego - wadliwość dokumentów złożonych przez ANDBUD potwierdzą dokumenty otrzymane od Miasta Łomża.

Odwołujący uznał, że Zamawiający wadliwie dokonał wyboru oferty AND-BUD odstępując od obowiązku usunięcia

wszystkich wątpliwości, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Złożone wyjaśnienia w świetle całego zakresu inwestycji, na którą powołuje się wykonawca w celu potwierdzenia posiadanego doświadczenia w sposób naturalny powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i skłonić go do podjęcia postępowania wyjaśniającego z wykorzystaniem wezwania do udzielenia informacji przez Miasto Łomża.

Zarzucił Zamawiającemu, że ten w sposób oderwany od istniejących okoliczności, w sposób automatyczny uznał, że literalna treść wyjaśnień pozwala na bezrefleksyjne przyjęcie ich prawidłowości.

Pismem z dnia 15 lutego 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W przedmiotowej sprawie Przystępujący zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, oferty Przystępującego, wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 15 stycznia 2024 r., odpowiedzi Przystępującego na powyższe wezwanie z dnia 18 stycznia 2024 r. wraz z wykazem wykonanych zamówień i referencją Miasta Łomży z dnia 24 lutego 2022 r., pisma Zamawiającego z dnia 22 stycznia 2024 r. wzywającego do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych, odpowiedzi Przystępującego z dnia 22 stycznia 2024 r. wyjaśniającego podmiotowe środki dowodowe, zawiadomienia o ponownym wyborze z dnia 23 stycznia 2024 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 15 lutego 2024 r., pisma procesowego Odwołującego z dnia 15 lutego 2024 r., jak również na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.16 pkt 1 ustawy Pzp, art.128 ust.1 w związku z art.266 ustawy Pzp, art.128 ust.5 w związku z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, art.239 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający był zobowiązany do zwrócenia się do wystawcy referencji o udzielenie informacji dotyczących zadeklarowanego w wykazie zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 1.1.rozdziału IV. SWZ - Opis warunków udziału w postępowaniu oraz podstaw wykluczenia postanowił, że o zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu posiadają doświadczenie, tj. wykonali w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie na budowę, przebudowę lub remont pomieszczeń kuchennych w placówkach żywienia zbiorowego takich jak: stołówka, restauracja, kantyna, o wartości nie mniejszej niż 800.000,00 zł brutto.

Ponadto, Izba stwierdziła, że Zamawiający w pkt 1 rozdziału V. SWZ - Wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz niepodleganie wykluczeniu postanowił, że „do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu służą następujące oświadczenia i dokumenty:

1.1oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu [wg załącznika nr 2a do SWZ];

1.2oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu [wg załącznika nr 2b do SWZ];

1.3wykaz wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówień spełniających warunki określone w rozdziale IV pkt 1.1 SWZ, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty budowlane zostały wykonane [wg załącznika nr 3 do SWZ];

1.4referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane ujęte w wykazie wykonanych zamówień zostały wykonane, określające, czy roboty te zostały wykonane należycie (oświadczenie Wykonawcy, jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów); (…)”.

W wykonaniu powyższych postanowień SWZ Zamawiający pismem z dnia 15 stycznia 2024 r. wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, to jest wykazu wykonanych zamówień wraz potwierdzającymi je referencjami.

Przystępujący żądane powołane wyżej dokumenty przedłożył przy piśmie z dnia 18 stycznia 2024 r.

Ustalono, że Przystępujący w powyższym wykazie wykonanych zamówień zadeklarował wykonanie Modernizacji budynku przedszkola nr 9, ul. B. Prusa 11A w Łomżyz zakresem prac obejmującym m.in. remont pomieszczeń kuchni wraz z wymianą wyposażenia technologii kuchni i wentylacji mechanicznej o wartości zamówienia na kwotę 981 823,11 zł, które zostało wykonane w okresie 06.03.2020 r. - 28.08.2020 r. na rzecz Urzędu Miasta Łomża.

Jednocześnie do przedmiotowego wykazu Przystępujący załączył referencję Miasta Łomża z dnia 24 lutego 2022 r., gdzie Urząd poinformował, że „(…)firma AND-BUD A.K. z siedzibą Ostrołęce ul. Błękitna 14 wykonała roboty budowlane zgodnie z umową WIR.272.2.19.2020 i aneksem nr 1 z dnia 29.06.2020 r. związane z realizacją zadania pn: „Modernizacja budynku Przedszkola Publicznego nr 9 przy ul. Bolesława Prusa 11A w Łomży."

Termin realizacji: od dnia 06.03.2020 r. do dnia 28.08.2020 r.

Dane techniczne modernizowanego budynku:

a.powierzchnia użytkowa - 1882,14 m2

b.powierzchnia zabudowy - 902,60 m2

c.kubatura - 8 558,60 m3

Zakres robót obejmował wykonanie remont pomieszczeń w zakresie:

1.Wydzielenie klatek schodowych ewakuacyjnych poprzez wykonanie ścianek oddzielenia pożarowego i montaż drzwi p.poż.

2.Montaż nowych okien i drzwi p.poż.

3.Wymiana stolarki drzwiowej płytowej

4.Rozebranie okładzin ściennych i podłogowych w pomieszczeniach kuchni i łazienek

5.Wykonanie nowych okładzin ściennych i podłogowych

6.Montaż wyposażenia i nowych urządzeń pionu żywieniowego

7.Szpachlowanie i malowanie ścian i sufitów

8.Montaż nowych urządzeń sanitarnych

9.Wykonanie instalacji wentylacji mechanicznej nawiewno-wywiewnej obsługującej pion żywieniowy wraz z zasilaniem, automatyką oraz montaż wentylatorów wyciągowych

10.Podłączenie i montaż urządzeń elektrycznych w kuchni do sieci el. wewnętrznej 230/400 V.

Wartość wykonanych robót wyniosła 981 823,11 zł brutto

Poświadczam, że roboty zostały wykonane bez zastrzeżeń, należycie i terminowo zgodnie z zasadami sztuki budowlanej.".

Zamawiający mając wątpliwości, co do treści przedmiotowej referencji pismem z dnia 22 stycznia 2024 r. skierował do Przystępującego wezwanie następującej treści: „Bursa Regionalna w Ostrołęce, ul. Traugutta 9A, 07-410 Ostrołęka, działając w oparciu o art. 128 ust. 4 w związku z art. 266 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. 2023 poz. 1605 ze zm.), wzywa Państwa do wyjaśnienia treści złożonego wykazu wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówień spełniających warunki określone w rozdziale IV pkt 1.1 SWZ, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty budowlane zostały wykonane [wg załącznika nr 3 do SWZ] wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówienia.

Wątpliwości Zamawiającego budzi określenie w treści referencji zamówienia jako modernizacja budynku Przedszkola Publicznego nr 9 przy ul. Bolesława Prusa 11A w Łomży, podczas gdy Zamawiający w rozdziale IV pkt 1.1 SWZ postawił wymóg posiadania przez wykonawców doświadczenia w wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej jednego zamówienia na budowę, przebudowę lub remont pomieszczeń kuchennych w placówkach żywienia zbiorowego takich jak: stołówka, restauracja, kantyna, o wartości nie mniejszej niż 800.000,00 zł brutto. W związku z powyższym Zamawiający zwraca się z prośbą o wyjaśnienie, jaki zakres cenowy wykonanego zamówienia na modernizację budynku przedszkola dotyczył prac obejmujących pomieszczenia kuchenne.(…)".

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych Przystępujący pismem z dnia 22 stycznia 2024 r. przesłał wyjaśnienie następującej treści:

„(…)Wykazane doświadczenie, potwierdzone referencjami spełnia wymóg posiadania przez wykonawcę doświadczenia co najmniej jednego zamówienia na budowę, przebudowę lub remont pomieszczeń kuchennych w

placówkach zbiorowego żywienia takich jak: stołówka, restauracja, kantyna o wartości nie mniejszej niż 800 000,00 zł brutto.

Zamawiający Urząd Miasta w Łomży realizowałzadanie pod nazwą „Modernizacja budynku przedszkola nr 9, ul. B. Prusa 11A w Łomży" w kilku etapach.

Zakres postępowania przetargowego realizowany przez moją firmę obejmował m.in.

modernizację pionu kuchennego w następującym zakresie:

1.Prace budowlane o wartości 338 705,30 zł brutto

•Rozebranie okładzin ściennych i podłogowych w pomieszczeniach kuchni na parterze i piętrze

•Wykonanie nowych okładzin ściennych i podłogowych

•Wymiana windy kuchennej

•Szpachlowanie i malowanie ścian i sufitów

•Wymiana stolarki drzwiowej

2.Roboty sanitarne o wartości 196 800,00 zł brutto

•Wymiana instalacji wentylacji mechanicznej wraz z okapem kuchennym

3.Wymiana urządzeń technologicznych pionu żywieniowego o wartości 266 063,76 zł brutto

•Montaż wyposażenia i nowych urządzeń pionu żywieniowego zgodnie z wykazem i technologią kuchni

Razem wartość robót dotyczących tylko pionu żywieniowego wynosi: 801 569,06 zł brutto

Pozostała kwota dotyczy wymiany okien w klatkach schodowych i wstawienie przegród drzwiowych.".

Rozpoznając przedmiotową sprawę należy wyraźnie podkreślić, że Zamawiający dokonując oceny spełniania przez Przystępującego powyższych warunków udziału w postępowaniu dysponował jedynie powyższym materiałem dokumentacyjnym.

Wymaga wskazania, że zgodnie z art.112 ust.1 ustawy Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Jednocześnie w myśl przepisu art. 124 pkt 2) ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Bezsporna w rozpoznawanej sprawie jest okoliczność, że wykonawcy byli zobowiązani do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu na zasadach określonych w SWZ.

Nie budzi również wątpliwości Izby, że Zamawiający prawidłowo skorzystał z dyspozycji przepisu art.128 ust.4 ustawy Pzp, który to stanowi, że może on żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w , lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Należy zaznaczyć, że Odwołujący przedmiotowej czynności Zamawiającego zmierzającej do wyjaśnienia złożonych przez Przystępującego podmiotowych środków dowodowych dokonanej w trybie powołanego wyżej przepisu prawa nie zakwestionował.

W związku z tym - w przekonaniu Izby – Przystępujący zastosował się do wezwań Zamawiającego mających na celu wykazanie spełniania spornego warunku podmiotowego dotyczącego zdolności zawodowej wykonawcy przedkładając podmiotowe środki dowodowe w postaci wykazu wykonanych zamówień wraz z referencją, a także wyjaśniając ich treść co do zakresu i wartości wykonanych na stołówce przedszkolnej robót remontowych.

Należy zauważyć, że Odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące treści załączonego wykazu i referencji, z których wynikało, że „Razem wartość robót dotyczących tylko pionu żywieniowego wynosi: 801 569,06 zł brutto", a zatem wartość ta mieściła się w kwocie warunku zamówienia określonego w SWZ i nie była niższa niż 800 000 zł.

Jeżeli zatem wartość zadeklarowana przez Przystępującego w treści wyjaśnień mieściła się w wartości referencyjnej warunku zamówienia, to Zamawiający mógł przyjąć, że sporny warunek udziału w postępowaniu został spełniony.

Nie zachodziła więc sytuacja, o której mowa w art.128 ust.1 ustawy Pzp, stosownie do którego to przepisu jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, (…).

Izba nie dostrzegła braku złożenia przez Przystępującego wykazu czy referencji, ich niekompletności czy błędów, a wobec tego Zamawiający nie był zobowiązany do skorzystania z powołanego wyżej przepisu prawa.

Jednocześnie Izba uznała, że Zamawiający dysponując powyższymi, szczegółowymi wyjaśnieniami z dnia 22 stycznia 2024 r. Przystępującego mógł stwierdzić, że wykonawca ten spełnił wymagany treścią SWZ warunek udziału w postępowaniu.

Przechodząc do omówienia kolejnego zarzutu odwołania Izba doszła do przekonania, że przepis art.128 ust.5 ustawy Pzp ma charakter wyjątkowy i fakultatywny.

Powyższy przepis ma zastosowanie jedynie w przypadku, jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w , lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego i w takim przypadku może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

W rozpoznawanej sprawie samo zbliżenie się do siebie wartości granicznych kwoty referencyjnej z warunku w wysokości 800 000 zł i tej wskazanej w wyjaśnieniach Przystępującego 801 569,06 zł, na co wskazał Odwołujący, nie musiały obiektywnie wzbudzić u Zamawiającego wątpliwości, które prowadziłyby do podjęcia przez niego dodatkowych czynności w trybie powołanego wyżej przepisu prawa.

Na szczególną uwagę zasługuje okoliczność, że w dacie rozstrzygania przez Zamawiającego zagadnienia spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nie miał dostępu do dokumentacji inwestorskiej zamówienia realizowanego na rzecz Miasta Łomży, która pozwoliłaby mu na ewentualną dodatkową ocenę spełniania warunku.

Wymaga podkreślenia, że taka dokumentacja inwestorska spornego zamówienia nie stanowiła podmiotowego środka dowodowego, nie była ona również wymagana treścią SWZ, a jeżeli tak, to Zamawiający nie był zobowiązany do jej żądania od wykonawcy czy osoby trzeciej i mógł się oprzeć na oświadczeniu wiedzy Przystępującego, skoro nie budziło ono jego wątpliwości.

Według zapatrywania Izby – dokumenty inwestorskie (aneks nr 1 do umowy z dnia 26 lutego 2020 r., kosztorysy ofertowe branży budowlanej, sanitarnej i wyposażenia kuchni) pozyskane przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego na podstawie telefonicznego zapytania skierowanego do Urzędu Miasta Łomży przez Odwołującego, na które to dokumenty się obecnie powołuje, jako nie znane Zamawiającemu w dacie wyboru najkorzystniejszej oferty należało uznać za dowody nieprzydatne do rozstrzygnięcia sprawy na zasadzie art.541 ustawy Pzp z racji potwierdzenia istotnych faktów w tej sprawie na podstawie treści wyjaśnień Przystępującego z dnia 22 stycznia 2024 r., które były Zamawiającemu znane w tej dacie i nie wzbudziły jego wątpliwości co do zgodności ze stanem rzeczywistym.

Reasumując, jeżeli Zamawiający oparł swoje rozstrzygnięcie na kompletnym i niewadliwym oświadczeniu wiedzy Przystępującego, które nie wzbudziło jego wątpliwości, to nie był zobowiązany do zastosowania zarówno przepisu art.128 ust.1 ustawy Pzp, jak i przepisu art.128 ust.5 ustawy Pzp.

Odwołujący również nie udowodnił, że zakres zastosowania ustawy Pzp przez Zamawiającego był sprzeczny z art. 266 ustawy Pzp, a także Izba nie stwierdziła naruszenia przez niego przepisu art.239 ustawy Pzp uznając, że Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, przy czym oferta ta przedstawiała najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny i była ofertą z najniższą ceną.

Ostatecznie, Izba nie podzieliła podglądu Odwołującego o możliwym naruszeniu przez niego art.16 ust.1 i 2 ustawy Pzp, z powodu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieprzejrzysty.

Zdaniem Izby – o nierównym i niegwarantującym zachowania uczciwej konkurencji postępowania prowadzonego przez Zamawiającego można byłoby mówić wtedy, gdyby Odwołujący znajdował się w podobnej sytuacji faktyczno-prawnej jak Przystępujący, a Zamawiający podejmowałby określone czynności lub dopuściłby się ich zaniechania jedynie wobec Odwołującego, podczas gdy w stosunku do Przystępującego takich samych czynności by nie podejmował lub ich zaniechał.

W ocenie Izby – nie byłoby również przejrzyste postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, gdy Zamawiający w dokumentach zamówienia komunikuje wszystkim wykonawcom na równych zasadach na podstawie jakich podmiotowych środków dowodowych dokona oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a następnie będzie prowadził czynności wyjaśniające taki środek dowodowy ponad osnowę treści oświadczenia wiedzy wykonawcy,

pomimo braku wątpliwości co do jego prawdziwości i rzetelności.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania .

Przewodniczący:……..