

Sygn. akt:KIO 1365/23

WYROK

z dnia 25 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2023 r. przez wykonawcę **VIKBUD W. sp. k., z siedzibą w Łaskach**,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Teatr Wielki w Łodzi**,

przy udziale wykonawcy **M.A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.P.H.U. Progress M.A.**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **VIKBUD W. sp. k., z siedzibą w Łaskach** 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 odwołującego **VIKBUD W. sp. k., z siedzibą w Łaskach** na rzecz zamawiającego kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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 2022 r., poz. 1710 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 1365/23

UZASADNIENIE

W dniu 15 maja 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy **VIKBUD W. sp. k., z siedzibą w Łaskach** (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu – **Teatr Wielki w Łodzi** (dalej „Zamawiający”) naruszenie: (1) art. 17 ust. 2 Ustawy Pzp, poprzez dokonanie czynności zmierzających do udzielenia zamówienia publicznego

Markowi Adamczykowi prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą **F.P.H.U. Progress M.A.** (dalej „Progress”), jako wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Ustawy Pzp; (2) art. 128 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3) i 4) Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Progressu do poprawienia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez tego Wykonawcę opisanych w SWZ warunków udziału w postępowaniu:

a) posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, w zakresie doświadczenia wykonawcy oraz osób skierowanych do realizacji zamówienia,

b) wymaganej sytuacji ekonomicznej lub finansowej, w zakresie sytuacji finansowej wykonawcy.

Odwołujący wniósł o wydanie przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku nakazującego Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie Progress do poprawienia lub uzupełnienia dokumentów:

a) informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej,

b) wykazu robót (załącznik 2d do SWZ) wraz dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie robót wskazanych w wykazie,

c) wykazu osób (załącznik 2e do SWZ)

ponowne badanie i ocenę ofert po poprawieniu lub uzupełnieniu przez Progress ww. dokumentów albo po bezskutecznym upływie terminu wyznaczonego przez Zamawiającego na ich poprawienie lub uzupełnienie, zwrot Odwołującemu kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisowego od odwołania, a także kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z fakturą/fakturami przedstawionymi przez pełnomocnika na rozprawie.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia określił dla wykonawców warunki udziału w postępowaniu, między innymi:

1.warunek zdolności finansowej wykonawcy (Rozdział 4 ust. 2 SWZ), określając go: wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową umożliwiającą realizację przedmiotowego zamówienia w wysokości co najmniej 1.000.000 zł;

2.warunek posiadania zdolności technicznej lub zawodowej (Rozdział 4 ust. 3 SWZ):

a)(Rozdział 4 ust. 3 pkt 3.1) doświadczenie w wykonaniu w sposób należyty co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na wymianie ślusarki okiennej lub drzwiowej na kwotę netto nie mniejszą niż 700.000 zł każda lub co najmniej jednej roboty polegającej na wymianie ślusarki okiennej lub drzwiowej na kwotę netto nie mniejszą niż 1.300.000 zł,

b)(Rozdział 4 ust. 3 pkt 3.2) dysponowanie lub dysponowanie w przyszłości minimum jedną osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika budowy przy realizacji niniejszego zamówienia (osoba ta musi posiadać wymienione w SWZ uprawnienia i doświadczenie tam określone).

dowód: specyfikacja warunków zamówienia – znajduje się dokumentacji przetargowej.

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego wyżej w punkcie 1, Progress złożył Zamawiającemu trzy wyciągi bankowe (informacje różnie nazwane) dotyczące trzech różnych kont. Wyciąg z konta banku PKO BP S.A. z dnia 4 maja 2023 r. wskazuje posiadanie przez Progress środków w kwocie 500.691,94 zł, z tym że wpływ na to konto w kwocie 500.000 zł nastąpił w dniu 4 maja 2023 r., a więc po terminie składania ofert. Oznacza to, że w terminie składania ofert, Progress nie posiadał znajdujących na tym koncie środków w kwocie 500.000 zł. Zatem, tych środków Zamawiający nie mógł zaliczyć do oczekiwanej minimalnej kwoty określonej w warunku udziału w postępowaniu. Z zaświadczenia o posiadaniu konta z dnia 9 maja 2023 r. godz. 2:16 pochodzącego od ING Bank Śląski wynika, że Progress na dzień 16 marca 2023 r. posiadał środki w kwocie 764.346,43 zł. Z wyciągu z konta z dnia 9 maja 2023 r. godz. 2:27 pochodzącego od ING Bank Śląski (wyciąg nazwano listą transakcji, a konto wskazane na tej liście określono jako rachunek VAT, którego użytkownikiem jest A.M., zamieszkały: Polna 18B, 43-178 Ornontowice), wynika, że z konta rozliczeniowego Progressu, którego dotyczy zaświadczenie o posiadaniu konta w ING Bank Śląski, w dniu 16 marca 2023 r. dokonano przelewu środków w kwocie 261.788,62 zł na rachunek VAT.

Zatem, w ocenie Odwołującego, z wykonawcą Progress mamy taką sytuację, że Progress wykazał posiadanie na koncie kwoty 764.346,43 zł na dzień 16 marca 2023 r. i jednocześnie wykazał, że w tym samym dniu dokonał przelewu z tego konta kwoty 261.788,62 zł na rachunek VAT A.M..

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, powstają wątpliwości:

i)po pierwsze, czy ta sama kwota 261.788,62 zł nie jest dwukrotnie wykazywana jako będąca w posiadaniu Progressu na dzień 16 marca 2023 r. (na rachunku rozliczeniowym i na rachunku VAT),

ii)po drugie, czy właścicielem rachunku VAT jest właściciel Progressu.

W ocenie Odwołującego, istotnym w sprawie jest, że ani z zaświadczenia o posiadaniu konta, ani z listy transakcji, nie wynika informacja, czy konta w nich wskazane należą do tego samego właściciela. Właścicielem konta wskazanego w zaświadczeniu o posiadaniu konta z dnia 9 maja 2023 r. godz. 2:16 jest F.P.H.U. Progress M.A.. Właścicielem konta (rachunku VAT) wskazanego w liście transakcji z dnia 9 maja 2023 r. godz. 2:27 jest A.M.. W obydwu dokumentach występuje zbieżność pierwszych imion i nazwisk właścicieli, ale brak jest zbieżności adresów. Z CEIDG można powziąć informację o dwóch adresach prowadzenia działalności gospodarczej przez p. M.A.. Są to adresy: ul. Wrocławska nr 21, 44-100 Gliwice oraz ul. Cieszyńska nr 4, Zabrze 41-800. W CEIDG nie występuje jednak adres: Polna 18B, 43-178 Ornontowice, który widnieje na liście transakcji rachunku VAT. Dodatkową okolicznością wskazującą raczej na innego właściciela konta (rachunku VAT), niż konta rozliczeniowego F.P.H.U. Progress M.A., jest fakt, iż, zgodnie z art. 62a. ust. 1 ustawy Prawo bankowe (Dz.U.2022.2324 t.j.), dla rachunku rozliczeniowego bank prowadzi rachunek VAT. Rachunek VAT jest przypisany do rachunku podstawowego (rozliczeniowego) i jego właścicielem jest właściciel konta rozliczeniowego. Jeśli w tym samym banku, ta sama osoba ma konto rozliczeniowe i przypisany do niego rachunek VAT, to obydwa te konta winny być na wyciągach opisane jako należące do tego samego właściciela z tym samym adresem. W ocenie Odwołującego, nie można też przyjąć, że p. M.A. posiada prywatny rachunek VAT jako osoba fizyczna, a adresem przypisanym do tego rachunku jest np. adres jego miejsca zamieszkania, a to dlatego, że rachunek VAT jest ściśle powiązany z prowadzeniem działalności gospodarczej i rachunkiem rozliczeniowym wykorzystywanym przy jej prowadzeniu. W informacji CEIDG, dotyczącej F.P.H.U. Progress M.A., nie występuje adres: Polna 18B, 43-178 Ornontowice jako miejsce prowadzenia działalności gospodarczej, czy też choćby jako adres korespondencyjny.

Zdaniem Odwołującego, można domyślać się, że Zamawiający uznał, że środki na koncie rozliczeniowym F.P.H.U. Progress M.A. i środki na rachunku VAT A.M. sumują się, a więc ich ilość przekracza wymagany 1.000.000 zł. Można dziwić się Zamawiającemu, że nawet nie podjął próby wyjaśnienia rozbieżności w zakresie właścicieli tych kont i adresów. A być może Zamawiający nie dokonał sprawdzenia lub wyjaśnienia tej kwestii, bo bezpodstawnie uznał, że Progress w terminie składania ofert dysponował środkami w kwocie 500.000 zł przelanyymi w dniu 4 maja 2023 r. na konto PKO BP S.A., i że razem ze środkami w kwocie 764.346,43 zł na koncie rozliczeniowym w ING Bank Śląski

posiada środki w łącznej kwocie przekraczającej wymagany 1.000.000 zł. Zamawiający nie miał prawa tak ocenić sytuacji finansowej Progressu.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że inną kwestią jest, że możliwość dysponowania środkami na rachunku VAT jest ograniczona ustawowo. Ograniczenia takie wprowadza art. 62b ust. 2 ustawy Prawo bankowe. Przepis ten enumeratywnie wylicza cele, jakim służyć mogą środki zgromadzone na rachunku VAT (rachunek VAT może być obciążony wyłącznie w celu wskazanym w tym przepisie). Nie ma wśród nich celu, który mógłby być powiązany z finansowaniem realizacji zamówienia publicznego. Jeśli nawet kwota wskazana na rachunku VAT jest w posiadaniu Progressu (przy założeniu, że rachunek VAT należy do właściciela Progressu), to i tak tej kwoty nie można byłoby zaliczyć do kwoty wymaganej w warunku udziału w postępowaniu. Istotą określenia warunku zdolności finansowej jest to, aby wykonawca dysponował środkami na realizację zamówienia, a nie to, aby posiadał środki w ogóle.

Dalej Odwołujący wskazał, że z art. 112 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp w zw. z art. 115 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wynika, że zamawiający może określić w ramach warunków udziału w postępowaniu niezbędną do realizacji zamówienia zdolność finansową wykonawcy, polegającą na posiadaniu przez wykonawcę zdolności kredytowej lub środków finansowych na określonym poziomie. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu określił warunek zdolności finansowej w Rozdziale 4 ust. 2 słowami: Zamawiający uzna, że Wykonawca spełni określony w art. 115 ust. 1 uPzp, jeżeli Wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową umożliwiającą realizację przedmiotowego zamówienia w wysokości co najmniej 1 000 000 złotych. Progress, dokumentami złożonym Zamawiającemu, nie wykazał zdolności do wykonania przedmiotowego zamówienia, nie wykazał posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w kwocie minimum 1.000.000 zł, które mógłby następnie użyć przy realizacji zamówienia. Progress nie wykazał spełnienia warunku określonego w Rozdziale 4 ust. 2 SWZ. W związku z takim stanem rzeczy, Zamawiający winien wezwać tego Wykonawcę do poprawienia lub uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Poprzez zaniechanie wezwania, Zamawiający naruszył art. 128 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3) Ustawy Pzp. dowód: wyciąg z będącego w posiadaniu F.P.H.U. Progress M.A. konta banku PKO BP S.A. – znajduje się w dokumentacji przetargowej, zaświadczenie o posiadaniu konta ING Bank Śląski przez F.P.H.U. Progress M.A. – znajduje się w dokumentacji przetargowej, lista transakcji na będącym w posiadaniu A.M. rachunku VAT ING Bank Śląski – znajduje się w dokumentacji przetargowej, odpis z CEIDG dotyczący F.P.H.U. Progress M.A. – załącznik nr 1.

Następnie Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia wykonawcy, Progress złożył Zamawiającemu wykaz robót, do którego wpisał trzy wykonane przez siebie roboty budowlane oraz załączył trzy referencje odnoszące się do wykonania tych robót. Do wykazu tego wpisał roboty budowlane obejmujące wymianę stolarki okiennej, tymczasem Zamawiający w Rozdziale 4 ust. 3 pkt 3.1 wskazał, że oczekuje od wykonawcy wykazania posiadania doświadczenia w zakresie wykonania robót budowlanych polegających na wymianie ślusarki okiennej lub drzwiowej. Ten opisany przez Zamawiającego warunek w zakresie posiadania przez wykonawcę doświadczenia jest jak najbardziej zgodny z przedmiotem zamówienia, bowiem w przedmiot zamówienia wchodzi właśnie wymiana aluminiowej ślusarki okiennej i drzwiowej. W STWiOR, w zakresie specyfikacji szczegółowej SST-2 (wymiana ślusarki aluminiowej – okien i drzwi zewnętrznych oraz witryn), czytamy:

„3.2. Wymagania szczegółowe

3.2.1. Okna

Wykonane ze stopu aluminium, na profilach wielokomorowych ciepłych, w kolorze od zewnątrz RAL1036 (oliwka), od wewnątrz RAL 9006, ocieplone w ościeżach przekładkami termicznymi.

3.2.3 Drzwi

Drzwi wejściowe zewnętrzne aluminiowe z przekładką termiczną. Drzwi dwuskrzydłowe kolor od zewnątrz RAL1036 (oliwka), od wewnątrz RAL 9006.”.

Odwołujący wskazał, że w nomenklaturze fachowej, dla okien i drzwi wykonanych z drewna lub PCV używa się określenia „stolarka okienna i drzwiowa”, zaś dla okien i drzwi wykonanych z aluminium lub stali używa się określenia „ślusarka okienna i drzwiowa”. Zdarzają się przypadki określenia okien i drzwi, wykonanych ze wszystkich rodzajów materiału, mianem „stolarka okienna i drzwiowa”, ale nigdy nie zdarzają się w nomenklaturze fachowej i w projektach budowlanych przypadki określenia „ślusarka okienna i drzwiowa” dla okien i drzwi wykonanych z drewna lub PCV. Zdaniem Odwołującego, nie ma zatem wątpliwości, że Zamawiający oczekiwał od wykonawcy doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych polegających na wymianie ślusarki okiennej lub drzwiowej, czyli na wymianie okien lub drzwi wykonanych z aluminium lub stali. Fakt, że Progress zaprezentował w wykazie robót wyłącznie roboty budowlane polegające na wymianie stolarki okiennej, potwierdzają same opisy robót zwarte w wykazie i opisy zawarte w załączonych referencjach, jednak dla rozwiania wszelkich ewentualnych wątpliwości, poniżej wykazę, że rzeczywiście tak jest. Dowód: wykaz robót – znajduje się w dokumentacji przetargowej, specyfikacja szczegółowa SST-2 (wymiana ślusarki aluminiowej – okien i drzwi zewnętrznych oraz witryn) – znajduje się w dokumentacji przetargowej

Odwołujący wskazał, że robota budowlana, opisana w wykazie robót pod pozycją 1, polegała na MODERNIZACJ

TERMOIZOLACYJNEJ BUDYNKU GŁÓWNEGO CENTRALNEJ STACJI RATOWNICTWA GÓRNICZEGO ramach której należało wymienić stolarkę okienną na stolarkę z PCV. Potwierdza to dokonany przez Progress w wykazie robót opis tej roboty, a także SZCZEGÓŁOWA SPECYFIKACJA TECHNICZNA B-45-421000-4 wymiana stolarki okien załączona przez CENTRALNĄ STACJĘ RATOWNICTWA GÓRNICZEGO S.A. do dokumentacji przetargowej postępowaniu na wyłonienie wykonawcy tej roboty. dowód: wykaz robót – znajduje się w dokumentacji przetargowej, załączona przez CENTRALNĄ STACJĘ RATOWNICTWA GÓRNICZEGO S.A. do dokumentacji przetargowej SZCZEGÓŁOWA SPECYFIKACJA TECHNICZNA B-45421000-4 wymiana stolarki okiennej – załącznik nr 2

Robota budowlana, opisana w wykazie robót pod pozycją 2, polegała także na wymianie stolarki okiennej na stolarkę z PCV. Potwierdza to dokonany przez Progress w wykazie robót opis tej roboty, referencja z dnia 4 kwietnia 2022 r. wystawiona przez Akademię Nauk Stosowanych w Tarnowie, a także zestawienie materiałów załączone przez Akademię Nauk Stosowanych w Tarnowie do dokumentacji przetargowej w postępowaniu na wyłonienie wykonawcy tej roboty. dowód: wykaz robót – znajduje się w dokumentacji przetargowej, referencja z dnia 4 kwietnia 2022 r. wystawiona przez Akademię Nauk Stosowanych w Tarnowie – znajduje się w dokumentacji przetargowej, zestawienie materiałów załączone przez Akademię Nauk Stosowanych w Tarnowie do dokumentacji przetargowej – załącznik nr 3.

Robota budowlana, opisana w wykazie robót pod pozycją 3, polegała także na wymianie stolarki okiennej na stolarkę z PCV. Potwierdza to dokonany przez Progress w wykazie robót opis tej roboty, referencja z dnia 13 czerwca 2022 r. wystawiona przez Narodowy Instytut Onkologii w Gliwicach, a także zapytanie ofertowe z dnia 8 maja 2018 r. Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Curie Skłodowskiej Oddział w Gliwicach na wykonanie pełnobrańowego projektu budowlano-wykonawczego wraz z kosztorysem i przedmiarami oraz pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją zadania pn. „Przebudowa elewacji zewnętrznej budynku Kliniki poprzez zabudowę balkonów wraz z wymianą stolarki okiennej Kliniki i łączników 1-2, 2-3”. W zapytaniu tym jest wskazanie dla projektanta w punkcie 2, że wymiana stolarki okiennej ma polegać na montażu nowej stolarki okiennej PCV. Wykonany przez projektanta projekt budowlano-montażowy obejmował wymianę starej stolarki okiennej na nową stolarkę okienną PCV, i ten zakres robót wykonał właśnie Progress. Wyjaśnić należy, że Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Curie Skłodowskiej w Warszawie Oddział w Gliwicach był uprzednio Oddziałem Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Curie Skłodowskiej w Warszawie. Z dniem 1 stycznia 2020 r., na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów, nastąpiła zmiana nazwy z Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Curie Skłodowskiej w Warszawie na Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Curie Skłodowskiej w Warszawie. dowód: wykaz robót – znajduje się w dokumentacji przetargowej, referencja z dnia 13 czerwca 2022 r. wystawiona przez Narodowy Instytut Onkologii – znajduje się w dokumentacji przetargowej, zapytanie ofertowe z dnia 8 maja 2018 r. Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Curie Skłodowskiej Oddział w Gliwicach – załącznik nr 4.

W ocenie Odwołującego, Progress wykazem robót i załączonymi do niego referencjami nie wykazał spełnienia warunku posiadania wymaganej zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia. Zamawiający winien wezwać Progress do poprawienia lub uzupełnienia dokumentu – wykaz robót i dokumentów potwierdzających, że roboty budowlane wskazane w poprawionym lub uzupełnionym wykazie robót zostały wykonane należycie. Poprzez zaniechanie wezwania, Zamawiający naruszył art. 128 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) Ustawy Pzp.

Dalej Odwołujący wskazał, że Progress do wykazu osób wpisał p. P.F. i oświadczył, że skieruje tę osobę do realizacji przedmiotowego zamówienia i przydzieli mu zakres czynności do wykonania właściwych dla: kierownik robót-nadzór, tymczasem Zamawiający oczekiwał, co wskazał w Rozdziale 4 ust. 3 pkt 3.2 SWZ, że wykonawca wykaże, iż dysponuje lub będzie dysponował osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika budowy przy realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego. W prawie budowlanym rozróżnia się zakres obowiązków właściwych dla kierownika budowy, dla kierownika robót i dla inspektora nadzoru inwestorskiego. Wskazanie osoby P.F. do wykonywania czynności: kierownik robót-nadzór, nie jest tożsamym ze wskazaniem osoby do wykonywania czynności właściwych dla funkcji: kierownik budowy. Progress, złożonym Zamawiającemu wykazem osób, nie wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika budowy przy realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego, Zamawiający winien wezwać Progress do poprawienia lub uzupełnienia dokumentu – wykaz osób. Poprzez zaniechanie wezwania, Zamawiający naruszył art. 128 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) Ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający jest związany specyfikacją warunków zamówienia, którą sam sporządził i którą przekazał wykonawcom do stosowania w postępowaniu przetargowym. Zamawiający ustalił warunki udziału w postępowaniu i w związku z nimi nie jeden potencjalny wykonawca nie złożył oferty, bo uznał, że ich nie spełnia. Progress złożył ofertę, załączył do niej oświadczenie o spełnianiu warunków zamówienia, a teraz Zamawiający, stosując w stosunku do niego taryfę ulgową, bezpodstawnie uznaje ich spełnienie i przez to narusza interes nie tylko Odwołującego, ale także tych potencjalnych wykonawców, którzy nie złożyli ofert. Najważniejszym jest, że warunki udziału w postępowaniu mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania

zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dochował należytej staranności by tego ryzyka uniknąć.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie podstawowym bez przeprowadzania negocjacji na wymianę ślusarki okiennej i drzwiowej w budynku głównym w części frontowej w ramach projektu pn.: Wymiana ślusarki okiennej i drzwiowej w budynku głównym Teatru Wielkiego w Łodzi, wpisanego do rejestru zabytków pod nr A/202 w ramach zadania inwestycyjnego: Modernizacja Teatru Wielkiego w Łodzi, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 marca 2023 roku.

Izba ustaliła, że w Rozdziale 4 SWZ – Informacje o warunkach udziału w postępowaniu, Zamawiający wskazał:

- 1.O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:
 - 1.1.zdolności do występowania w obrocie gospodarczym – potwierdzeniem spełnienia tego warunku będzie oświadczenie Wykonawcy złożone zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2a do SWZ,
 - 1.2.uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów – potwierdzeniem spełnienia tego warunku będzie oświadczenie Wykonawcy złożone zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2a do SWZ;
 - 1.3.sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
 - 1.4.zdolności technicznej lub zawodowej.
- 2.Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek określony w art. 115 ust. 1 uPzp, jeżeli Wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową umożliwiającą realizację przedmiotowego zamówienia w wysokości co najmniej 1 000 000 (jeden milion) złotych.
- 3.Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek określony w art. 116 ust. 1 uPzp, jeżeli:
 - 3.1.w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, Wykonawca wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył nie mniej niż dwie roboty które polegały na wymianie ślusarki okiennej lub drzwiowej na kwotę netto nie mniejszą niż 700 000 (siedemset tysięcy) złotych każda z nich lub jedną robotę, która polegała na wymianie ślusarki okiennej lub drzwiowej na kwotę netto nie mniejszą niż 1 300 000 (jeden milion trzysta tysięcy) złotych.
 - 3.2.Wykonawca dysponuje lub będzie dysponował minimum 1 (jedną) osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika budowy przy realizacji niniejszego zamówienia, posiadającą uprawnienia budowlane określone przepisami Prawa budowlanego, do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno – budowlanej, a ponadto odbyła co najmniej 18-miesięczną praktykę zawodową na budowie przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru zabytków oraz posiadającą doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy co najmniej dwóch robotach budowlanych polegających na remoncie/przebudowie, obejmujących swoim zakresem roboty konstrukcyjno - budowlane, remontowe lub renowacyjne. Uprawnienia, o których mowa powyżej powinny być zgodne z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 z późn. zm.) oraz Ustawą z dnia 23 lipca 2003r o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U. 2022r. poz.840)

Izba ustaliła, że w załączniku do SWZ – Przedmiar robót – kosztorys ślepy- Zamawiający jako nazwę robót wskazał „Wymiana stolarki okiennej i drzwiowej w budynku Teatru Wielkiego w Łodzi”, Zadanie nr 2 – Wymiana stolarki okiennej i drzwiowej. W kosztorysie, w poszczególnych pozycjach, Zamawiający posłużył się nazwą stolarki. Izba ustaliła, że w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, pojęcia ślusarka i stolarka są używane do opis wykonania robót. Autor posługuje się pojęciem „Stolarki PCV, drewnianej i stalowej”. Ponadto Izba ustaliła, że w Projekcie Budowlanym Wykonawczym zostało wskazane, że obejmuje on aktualizację projektu „Modernizacja Teatru Wielkiego w Łodzi” w zakresie: wymiany ślusarki okiennej i drzwiowej w budynku głównym TWŁ zlokalizowanym przy Placu Dąbrowskiego Łodzi pod kątem dostosowania do obecnie obowiązujących przepisów i wymogów”. Pojęcia ślusarka okienna i stolarka okienna używane są do opisu prac.

Izba ustaliła, że w postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

Numer oferty	Nazwa i adres Wykonawcy	Cena	Okres gwarancji
1	FENSTERBAU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa 64-600 Oborniki ul. Krańcowa 10 NIP 6060093043	2.751.460,80	84 miesiące
2	Defero Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 98-200 Sieradz, ul. Wojska Polskiego 102 lok. 112 NIP 8272307768	3.979.050,00	84 miesiące

3	VIK-BUD W. Sp. Komandytowa 98-100 Łask ul. Flekarnicza 7 NIP 8311638631	2.742.900,00	84 miesiące
4	Igloopol System Sp. z o.o. 91-603 Łódź, ul. A. Książka 25A NIP 7262678623	3.255.342,91	84 miesiące
5	F.P.H.U. „Progress” MA. ul. Wrocławska 21, 44-100 Gliwice NIP 635-16-25-415	2.435.400,00	84 miesiące
6	F.H.U.P. DOMREX Jacek Rupa 37-114 Białobrzegi 3g NIP 815 107 56 03	2.928.390,62	84 miesiące
7	VENED Jan Powierski 86-140 Gródek Łukowa 1 NIP 957 023 56 73	3.100.830,00	84 miesiące
8	Przedsiębiorstwo Remontowo – Budowlane „AGAD” Sp. z o.o. 87-100 Toruń, ul. Chrzanowskiego 23 B NIP 8792350948	2.819.868,22	84 miesiące
9	AMERBUD Jabłońscy Spółka Jawna 95-050 Konstantynów Łódzki, ul. Działkowa 3a NIP 731-17-15-130	3.688.770,00	84 miesiące

Izba ustaliła, że wykonawca Progress złożył wykaz robót budowlanych – Załącznik nr 2d do SWZ. Wykonawca powołał się na doświadczenie w realizacji 3 zadań.

LP.	PODMIOT, NA RZECZ KTOREGO ROBOTA BUDOWLANA ZOSTAŁA WYKONANA	MEJSCE WYKONANIA ROBOTY BUDOWLANEJ	RODZAJ / PRZEDMIOT ROBOTY BUDOWLANEJ	DATA WYKONANIA	WARTOŚĆ BRUTTO
1.	CENTRALNA STACJA RATOWNICTWA GÓRNICZEGO S.A.	BYTOM UL. CHORZOWSKA 25	TERMO-MODERNIZACJA BUDYNKU GŁÓWNEGO CSRG S.A. WYMANA STOLARKI OKIENNEJ DOCIĘCIE ELEWACJI	11.2021-10.2022R	2516104,83 BRUTTO WYMANA STOLARKI 160%-1509 662,90ZŁ
2.	AKADEMIA NAUK STOSOWANYCH	TARNÓW UL. MICKIEWICZA 8	WYMANA OKIEN DREWNIANYCH SKRZYNKOWYCH NA OKNA PCV W BUDYNKU A PWSZ W TARNOWIE	08.2021-01.2022R	1 190 308,05ZŁ
3	NARODOWY INSTYTUT ONKOLOGII	GLIWICE UL. WYBRZEŻY ARMII KRAJOWEJ 15	WYMANA STOLARKI OKIENNEJ W BUDYNKU KLINIKI WRAZ Z ŁĄCZNIKAMI	22.08.2019-30.12.2019R	1 694 931,28ZŁ

Izba ustaliła, że w Wykazie osób – Załącznik nr 2e do SWZ, wykonawca Progress wskazał p. P.F., określając zakres wykonywanych czynności – „Kierownik robót – Nadzór”.

Ponadto, Izba ustaliła, że wykonawca Progress złożył zaświadczenie z Banku ING, dotyczące rachunku F.P.H.U Progress M.A., z saldem dostępnym na dzień 16 marca 2023 r. wysokości 764 346,43 zł., zaświadczenie dla konta posiadanego przez A.M., z saldem na dzień 16 marca 2023 r. w wysokości 262 388,62 zł.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zarzuty podniesione przez Odwołującego są niezasadne, co skutkowało oddaleniem odwołania przez Izbę.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej. Zgodnie zaś z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Odwołujący zakwestionował ocenę spełnienia przez wykonawcę Progress warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej oraz w zakresie doświadczenia. Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo dokonał oceny dokumentów złożonych przez wykonawcę Progress.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wymaganego doświadczenia w zakresie realizacji inwestycji polegających na wymianie „ślusarki okiennej”, Izba uznała stanowisko Odwołującego za niezasadne. Istota argumentacji Odwołującego

sprawdzała się do twierdzenia, że w nomenklaturze fachowej, dla okien i drzwi wykonanych z drewna lub PCV używa się określenia „stolarka okienna i drzwiowa”, zaś dla okien i drzwi wykonanych z aluminium lub stali używa się określenia „ślusarka okienna i drzwiowa”. Zdaniem Izby takie podział czy rozróżnienie pomiędzy stolarką z drewna, PCV, aluminium czy stali nie zostało wprowadzone do SWZ, a zatem nie może stanowić podstawy do oceny doświadczenia wykonawcy Progress. W tym zakresie Izba wskazuje po pierwsze, że Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „ślusarka okienna”, którym posłużył się w pkt 3.1 SWZ. Zatem wobec braku określenia przez Zamawiającego co rozumie pod powyższym pojęciem, należy je interpretować z uwzględnieniem całości dokumentacji postępowania. Z dokumentacji zaś postępowania wynika, że Zamawiający posługiwał się zamiennie pojęciem „ślusarki okiennej”, „stolarki okiennej”. Tym samym zgodzić się należy z Zamawiającym, że pojęcia te były dla Zamawiającego pojęciami synonimicznymi, czemu dał wyraz w dokumentacji postępowania. Po drugie, Izba wskazuje, że gdyby celem Zamawiającego było ograniczenia doświadczenia wykonawcy wyłącznie do wyrobów aluminiowych/stalowych, to takie zastrzeżenie Zamawiający zawarłby w dokumentach przetargowych. Przyjęcie na etapie badania i oceny ofert wąskiego rozumienia pojęcia „ślusarka okienna”, proponowanego przez Odwołującego, jest nieuprawnione. Zamawiający wywodziłby z opisu warunku udziału w postępowaniu treść, która nie wynika z jego literalnej wykładni, a co więcej, nie wynika z całokształtu dokumentacji przetargowej. Po trzecie, zdaniem Izby dowody złożone zarówno przez Odwołującego, jak i Zamawiającego tj. wydruki informacji internetowych dotyczących definicji pojęcia „ślusarka okienna”, „stolarka okienna” potwierdzają, że nie ma jednej powszechnie przyjętej definicji tych pojęć. Zatem przyjmowanie, jak chciałby Odwołujący, jako podstawę do oceny doświadczenia wykonawcy wyłącznie definicję korzystną dla Odwołującego, jest nieuprawnione. Definicja ta nie znajduje bowiem odzwierciedlenia w postanowieniach SWZ.

Zdaniem Izby terminologia zastosowana przez Zamawiającego odnosiła się jedynie do potocznych konotacji językowych, czemu Zamawiający dał wyraz w dokumentacji postępowania. Gdyby celem Zamawiającego było ograniczenie doświadczenia wyłącznie do określonej wąskiej grupy okien, to takie postanowienie powinno było się znaleźć w SWZ. Izba zgadza się z Zamawiającym, że ocenie podlega doświadczenie wykonawcy w montażu okien, niezależnie czy drewnianych i aluminiowych, bowiem sposób ich montażu nie różni się z zasadniczy sposób. W samej treści warunku udziału Zamawiający nie doprecyzował, że wykonawca ma wykazać się realizacją robót polegających na wymianie ślusarki aluminiowej. Powyższe potwierdza, zdaniem Izby, że oczywistą intencją wyrażoną w treści warunku było, by wykonawca wykazał realizację robót polegających – mówiąc w pewnym uproszczeniu – po prostu na wymianie okien.

Zdaniem Izby na etapie badania i oceny ofert Zamawiający nie jest uprawniony do przyjmowania tak restrykcyjnej interpretacji warunku udziału w postępowaniu jak chciałby Odwołujący. Zarówno z dokumentacji technicznej jak i na podstawie potocznie przyjętego rozumienia pojęcia „ślusarka okienna”, zasadne było uznanie przez Zamawiającego, jak i wykonawcę Progress, że termin ten obejmuje zarówno wykonanie ślusarki okien aluminiowych, plastikowych jak i drewnianych. W konsekwencji, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kierownika robót budowlanych, Izba również nie podziela stanowiska Odwołującego. Zgodnie z postanowieniami SWZ Zamawiający wymagał od wykonawcy zapewnienia udziału kierownika budowy w realizacji przedmiotu zamówienia. Jak wynika z dokumentów złożonych przez wykonawcę Progress osoba przez niego wskazana tj. p. Piotr Figiel posiada wymagane uprawnienia, by pełnić funkcję kierownika budowy. Tym samym wykonawca wykazał, że dysponuje wymaganą osobą i spełnia warunek udziału określony w pkt 3.2 SWZ. Zdaniem Izby, nie ma żadnego znaczenia dla sprawy okoliczność, że wykonawca Progress w złożonym wykazie osób wskazał, że p. Piotr Figiel będzie pełnił rolę „kierownika robót – nadzór”, co nie odpowiada literalnemu brzmieniu treści warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby jest to wyłącznie błąd formalny w opisie zawartym w formularzu, który nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy Progress. Bezsprzecznie wykonawca Progress złożył wykaz osób w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu. Opis funkcji jako „kierownika robót – nadzór”, zamiast jak w warunku udziału w postępowaniu „kierownika budowy” nie może decydować o merytorycznej wartości oferty i złożonych dokumentów, które są zgodne z merytorycznymi wymaganiami Zamawiającego. Zdaniem Izby Zamawiający dokonał prawidłowej oceny złożonych dokumentów przez wykonawcę Progress. Wzywanie wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 do uzupełnienia wykazu byłoby wyłącznie zbędną formalnością. Wymagane dokumenty były bowiem w posiadaniu Zamawiającego i zostały prawidłowo przez niego ocenione.

Odnosząc się do zarzutu związanego z brakiem wykazania przez wykonawcę Progress warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, Izba uznała, że nie ma podstaw do nakazania Zamawiającemu dokonania wezwania wykonawcy Progress do poprawy lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu. Jak wynika z akt postępowania przetargowego, wykonawca Progress przedłożył m. in. zaświadczenie ING Bank Śląski SA o stanie rachunku bankowego 64 1050 1285 1000 0090 6770 3158 (rachunek podstawowy) – na którym widniała kwota 764.346,42 zł oraz dokument wykazujący saldo rachunku VAT Nr 05 1050 1285 1000 0024 4429 7549 na poziomie 262.388,62 zł – według stanu na dzień 16 marca 2023 roku. Kwoty te - po zsumowaniu - przekraczają wymóg określony przez Zamawiającego w SWZ.

Odnosząc się do wątpliwości Odwołującego zaadresowanych w odwołaniu, Izba wskazuje, wykonawca FPHU PROGRESS M.A. jest tzw. przedsiębiorcą indywidualnym, tj. osobą fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą. M.A. jest jednym podmiotem, niezależnie od tego, że w obrocie prawnym występują jako osoba fizyczna czy też jako osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą. Niezależnie zatem od tego, jaki adres widnieje na przedłożonych wyciągach bankowych, nie ulega wątpliwości, że należą one do tego samego podmiotu – Pana M.A., który może z nich korzystać, ponieważ pozostają w jego dyspozycji, na jego imiennych rachunkach bankowych. FPHU PROGRESS M.A. nie tworzy żadnej odrębnej osoby prawnej względem M.A..

Dalej wskazać należy, że z wyciągów bankowych przedłożonych przez wykonawcę – wbrew twierdzeniom Odwołującego nie wynika, że ze środków zgromadzonych na rachunku bankowym 64 1050 1285 1000 0090 6770 3158 (rachunek podstawowy) w kwocie 764.346,42 zł wykonawca przełał następnie kwotę VAT w kwocie 262.388,62 zł na rachunek VAT nr 05 1050 1285 1000 0024 4429 7549. W tym zakresie, Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że rachunek VAT jest tworzony przez bank automatycznie, jako dodatkowe (obok rachunku rozliczeniowego) konto tego samego posiadacza, do każdego rachunku założonego w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, czyli do rachunku rozliczeniowego danego podmiotu. Posiadaczem obu rachunków jest ten sam podmiot – przedsiębiorca. Mechanizm podzielonej płatności polega na tym, że płatność za dany towar lub usługę, zrealizowana przez nabywcę nie trafia w całości na rachunek rozliczeniowy odbiorcy, ale zostaje automatycznie rozdzielona przez bank na kwotę netto i podatek VAT. Kwota netto trafia na rachunek rozliczeniowy sprzedawcy, a kwota podatku VAT - na jego rachunek VAT. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie jest zatem tak, że to sam posiadacz rachunku bankowego dokonuje przelewów pomiędzy rachunkiem rozliczeniowym, a rachunkiem VAT. W rzeczywistości przedsiębiorca typowo podaje kontrahentowi jeden rachunek do zapłaty (rachunek rozliczeniowy), z którego kwota podatku VAT jest automatycznie przeksięgowana przez bank na konto VAT. Kwota podatku VAT nie jest uwzględniana w stanie konta rachunku rozliczeniowego. Z tego względu wykonawca Progress prawidłowo przedłożył dokumenty obrazujące stan środków na obu rachunkach, ponieważ one w żadnym zakresie się nie powielają (dotyczą różnych środków). Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO o sygn. akt: KIO 164/21, iż wymaganie w SWZ, aby wykonawca „posiadł środki finansowe” dopuszcza zaliczenie do tych środków finansowych również środki zgromadzone na rachunku VAT. Ponadto, słusznie wskazał Zamawiający, że za uznaniem środków z rachunku VAT jako potwierdzających zdolność ekonomiczną i finansową wykonawcy przemawia również to, że mechanizm split payment nie jest obowiązkowy w pełnym zakresie rozliczeń przedsiębiorców, nie zależy również od woli przedsiębiorcy, ale od decyzji kontrahenta opłacającego fakturę. Zatem jest to wyłącznie sposób podziału środków finansowych wykonawcy na poszczególnych rachunkach. Ten techniczny podział nie zmienia jednak faktu, że rachunki te są w posiadaniu wykonawcy, a więc środki na nim zgromadzone są również w jego posiadaniu. Zatem wykonawca Progress wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie ma podstaw do wzywania wykonawcy do wyjaśnienia w/w omówionych kwestii. Dokumenty złożone przez wykonawcę są wystarczające do uznania, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1).

Przewodniczący:.....