

Sygn. akt: KIO 1499/17

**WYROK**  
**z dnia 7 sierpnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:           Paweł Trojan**

**Protokolant:               Edyta Paziewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19.07.2017 r. przez wykonawcę **S.S. z o.o.**, (...) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gmina Dobroń, ul. 11-go Listopada 9, 95-082 Dobroń** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa przedszkola i sali gimnastycznej w systemie budownictwa o znacznie podwyższonych parametrach energetycznych” – (numer referencyjny 271.4.2017)

przy udziale wykonawcy **P.S.E.S. z o.o.**, (...) zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania w wysokości **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **S.S. z o.o.**, (...) i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S.S. z o.o., (...)** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od wykonawcy **S.S. z o.o., (...)** na rzecz zamawiającego - **Gmina Dobroń, ul. 11-go Listopada 9, 95-082 Dobroń** kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przed Izbą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Sieradzu**.

**Przewodniczący:**

.....

**U z a s a d n i e**  
**do wyroku z dnia 7 sierpnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1499/17**

Zamawiający – **Gmina Dobroń, ul. 11-go Listopada 9, 95-082 Dobroń** prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa przedszkola i sali gimnastycznej w systemie budownictwa o znacznie podwyższonych parametrach energetycznych” – (numer referencyjny 271.4.2017).

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 08.06.2017 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 528695-N-2017 z dnia 08.06.2017 r.

W dniu **14.07.2017 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19.07.2017 r.** przez wykonawcę **S.S. z o.o., (...)** od czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa przedszkola i Sali gimnastycznej w systemie budownictwa o znacznie podwyższonych parametrach energetycznych” {dalej: Postępowanie) polegającej na:

Wyborze jako najkorzystniejszej oferty P.S.E.S. Sp. z o.o. (dalej P.) pomimo tego, że oferta ta nie spełnia wymagań SIWZ.

I. Termin – dnia 14 lipca 2017 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 19 lipca 2017 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 182 ust 1 pkt 2 pzp tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

II. Zarzuty

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 87 ust. 1 pzp, 89 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 26 ust. 3 pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty P., gdyż oferta P. nie spełnia wszystkich wymagań SIWZ tj.: pkt IX.1.3 lit a) SIWZ ponieważ z referencji przedłożonych przez P. nie wynika, że dysponuje

doświadczeniem w realizacji minimum 2 zamówień o wartości robót budowlanych co najmniej 5.000.000 zł brutto każdy. Zamiast tego P. przedłożyło referencje, z których tylko jedno spełnia wymóg określony w SIWZ - tylko jedno referencje potwierdzają wykonanie robót budowlanych na kwotę 7.323.072,46 zł to jest powyżej 5.000.000 zł zaś drugie są poniżej kryterium ustanowionego przez zamawiającego i dotyczą wykonania robót budowlanych za kwotę 3.700.000 zł;

2. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

### III. Żądania

Mając na uwadze powyższe zarzutu naruszenia przepisów, Odwołujący wniósł o:

a) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i ponowne dokonanie oceny ofert.

### IV. Interes prawny

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie Ustawy PZP. Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny oferty P.. W ocenie odwołującego oferta P. nie spełniała wymogów SIWZ i powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego. Wykonawca podkreśla, że w postępowaniu miał zastosowanie art. **24aa pzp** (pkt IX.13 SIWZ) i Zamawiający dokonał badania jedynie oferty konsorcjum P.. W przypadku oceny ofert z pominięciem oferty P. oferta odwołującego mogłaby zostać inaczej oceniona przez Zamawiającego i Wykonawca miałby szansę na zawarcie umowy z Zamawiającym i realizację przedmiotu zamówienia.

### UZASADNIENIE

Zamawiający w pkt IX SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu, jakie musieli spełniać wszyscy wykonawcy. W zakresie zdolności technicznej Zamawiający wymagał w pkt IX.1.3 lit a) SIWZ aby każdy z wykonawców posiadał doświadczenie w wykonaniu co najmniej 2 zamówień polegających na wykonaniu robót budowlanych przy budynkach użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych co najmniej 5.000.000 brutto każdy.

Z oferty P. jak i dokumentów złożonych przez P. wynika, że wykonawca ten nie spełnia postawionego przez zamawiającego wymogu.

Pismem z dnia 29.06.2017 r. Zamawiający wezwał P. do złożenia dokumentów. W odpowiedzi na te wezwanie P. pismem z dnia 3.07.2017 r. złożyło między innymi wykaz robót

budowlanych wraz z referencjami. W zakresie wykazania zdolności technicznej P. bazuje na doświadczeniu podmiotu trzeciego tj. T.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „S.” Firma T.S.. W wykazie robót budowlanych na okoliczność spełniania wymogów określonych w pkt IX. 1.3 lit a) SIWZ P. wskazało na wykonanie przez firmę „S.” dwóch robót jedna w postaci Termomodernizacji SP nr 190 w Łodzi a druga to termomodernizacja SP 41 w Łodzi. Jednocześnie P. złożyło referencje dotyczące tych dwóch inwestycji:

a) z dnia 9.11.2016 r. dot SP 190 potwierdzające wykonanie inwestycji na kwotę 7.323.072,46 zł

b) z dnia 2.12.2016 r. dot. SP 41 potwierdzające wykonanie inwestycji na kwotę 3.700.000 zł

W ocenie odwołującego referencje dot. SP 41 nie spełniają wymogu wskazanego w pkt IX.1.3 lit a) SIWZ, gdyż dotyczą inwestycji (robót budowlanych) o wartości mniejszej niż 5.000.000 zł gdy w SIWZ Zamawiający jednoznacznie wymagał, aby każda z robót budowlanych wykazująca doświadczenia była na minimum 5.000.000 zł.

Z uwagi na powyższe uznać należy, że oferta P. nie spełnia wymogów SIWZ, co w świetle art. 87 ust. 1 pzp oznacza, że Zamawiający nieprawidłowo ocenił ofertę P. i uznał ją za prawidłową pomimo tego, że oferta ta nie spełniała wymogów SIWZ. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp oferta, która nie spełnia wymogów określonych w SIWZ podlega odrzuceniu.

Odwołujący podniósł również, że wybór oferty nie spełniającej wymogów określonych w SIWZ narusza zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż wszyscy inni wykonawcy zobowiązani byli do spełniania wymogów określonych w SIWZ a w wybierając ofertę P. pomimo nie spełnienia wymogu określonego w pkt IX.1.3. lit a) SIWZ Zamawiający potraktował P. w sposób uprzywilejowany zwalniając niejako P. z obowiązku spełniania wymogów określonych w SIWZ.

Zamawiający pismem z dnia 31.07.2017 r. działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, ustosunkowując się do treści odwołania wniesionego w dniu 19 lipca 2017 roku przez Odwołującego - S. Sp. z o.o. od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze - jako najkorzystniejszej - oferty P.S.E.S. Sp. z o.o. (dalej: P. sp. z o.o.) wniósł o oddalenie odwołania. Ponadto wniósł o obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Zamawiający - Gmina Dobroń w uzasadnieniu ww. pisma wskazał, że prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn.: „Budowa przedszkola i sali gimnastycznej w systemie budownictwa o znacznie podwyższonych parametrach energetycznych" (nr 271.4.2017), o wartości

zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. W ramach wskazanego wyżej postępowania Zamawiający dokonał wyboru - jako najkorzystniejszej - oferty P. Sp. z o.o.

II. Odwołujący S. Sp. o.o. wskazuje w odwołaniu, iż wybór dokonany przez Zamawiającego został przeprowadzony wbrew przepisom Pzp, argumentując to faktem, iż jego zdaniem oferta P. Sp. o. o. nie spełnia wszystkich wymagań Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej; SIWZ). Odwołujący wskazał, iż w jego ocenie oferta P. Sp. z o.o. nie spełnia wszystkich wymagań SIWZ - tj. pkt IX. 1.3 lit. a SIWZ, ponieważ z referencji przedłożonych przez P. Sp. z o.o. nie wynika, że dysponuje doświadczeniem w realizacji minimum 2 zamówień o wartości robót budowlanych co najmniej 5.000.000 zł brutto każde". Jednocześnie Odwołujący podkreślił, iż P. Sp. z o. o. w ramach postępowania przetargowego przedłożyła referencje, z których tylko jedne potwierdzają wykonanie robót budowlanych na kwotę 7.323.072,46 zł (to jest powyżej 5.000.000,00 zł), zaś drugie obejmują wykonanie robót budowlanych za kwotę 3.700.000,00 zł (to jest poniżej 5.000.000,00 zł).

W konsekwencji ustalonego wyżej przez Odwołującego stanu faktycznego, postawił on zarzut Zamawiającemu, iż ten naruszył art. 87 ust.1, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp, Ponadto w ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak wskazał Zamawiający z postawionymi przez Odwołującego zarzutami nie sposób się zgodzić. Nade wszystko zaś należy zaakcentować okoliczność, iż zarzuty te zostały sformułowane w oparciu o wadliwie ustalony przez S. Sp. z o.o. stan faktyczny.

III. Stosownie do rozdziału IX ust. 1 pkt 3 lit. a SIWZ, określającego warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, Zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, przy czym w zakresie posiadanego przez Wykonawcę doświadczenia zawodowego - Zamawiający określił jednocześnie, iż Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował w sposób należyty, minimum 2 zamówienia polegające na wykonaniu robót budowlanych przy budynkach użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych co najmniej 5 000 000,00 zł brutto każdy. Ponadto Zamawiający określił, iż Wykonawca do oferty winien załączyć dowody określające, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie.

Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu zastosował procedurę określoną w art. 24 aa ust. 1 Pzp - tj. najpierw dokonał oceny ofert, a następnie badał, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia

warunki udziału w postępowaniu. Możliwość zastosowania tej procedury Zamawiający przewidział w rozdziale IX ust. 13 SIWZ. Po dokonaniu oceny ofert ustalono, iż najkorzystniejszą ofertę w przetargu złożyła P. Sp. z o. o. Zatem następnie badanie, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu obejmowało jedynie ofertę tego podmiotu.

W dniu 28 czerwca 2017 wezwano P. Sp. z o.o., w oparciu o art. 26 ust. 2 Pzp, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez ten podmiot warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. W odpowiedzi Wykonawca w dniu 3 lipca 2017 roku złożył dokumenty i oświadczenia, które jednakże nie potwierdzały w pełnym zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez P. Sp. z o.o. - w szczególności w zakresie podnoszonego przez Odwołującego wymogu doświadczenia. Wykonawca powoływał się bowiem, wykazując spełnianie warunku doświadczenia zawodowego, na zasoby innego podmiotu - tj. T.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „S.” T.S. z siedzibą w Zgierzu. Jednakże złożone dokumenty (referencje) nie potwierdzały wykonania przez podmiot udostępniający zasoby w sposób należyty, minimum 2 zamówień polegające na wykonaniu robót budowlanych przy budynkach użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych co najmniej 5 000 000,00 zł brutto każda. Dlatego też Zamawiający, w oparciu o art. 26 ust. 2, ust. 3 Pzp, wezwał w dniu 6 lipca 2017 roku P. Sp. z o.o. do złożenia dokumentów, m.in. dotyczących potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci określonego w SIWZ warunku doświadczenia zawodowego Wykonawcy. W odpowiedzi Wykonawca w dniu 10 lipca 2017 roku przedłożył dokumenty oraz oświadczenia, które potwierdziły spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu - tj. zastąpił podmiot, o którym mowa w art. 22a ust. 1 Pzp - T.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „S.” T.S., w zakresie, w którym Wykonawca P. Sp. z o.o., polegając na zasobach w/w podmiotu, nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na inny podmiot - tj. Grzegorza Stolarskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Z.R.B. „U.” G.S. z siedzibą w C.. Złożony wraz z pismem z dnia 10 lipca 2017 r. wykaz robót budowlanych, wykonanych przez Z.R.B. „U.” G.S., zawiera dwie roboty, tj.:

1) przebudowa budynku Domu Studenta nr 2 Politechniki Częstochowskiej (wartość robót: 8.829.000,00 zł brutto);

2) przebudowa i wyposażenie budynku Wydziału Inżynierii Mechanicznej i Informatyki Politechniki Częstochowskiej (wartość robót: 6.879.000,00 zł brutto).

Do wykazu załączone zostały także referencje potwierdzające, iż przedmiotowe prace zostały należycie wykonane. Jak podniósł Zamawiający bez wątplenia każda ze wskazanych wyżej prac dotyczyła budynków użyteczności publicznej. Wprawdzie bowiem, stosownie do § 3 pkt 5 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2015 roku poz.

1422), dom studenta jest budynkiem zamieszkania zbiorowego, jednakże należy podkreślić, iż budynek zamieszkania zbiorowego może być jednocześnie budynkiem użyteczności publicznej. W przedmiotowym przypadku dom studenta, będąc budynkiem zamieszkania zbiorowego, służy jednocześnie potrzebom szkolnictwa wyższego i dlatego jest zarazem budynkiem użyteczności publicznej. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający uznał, iż P. Sp. z o.o., która złożyła ofertę najkorzystniejszą, potwierdziła spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak jest podstaw do jej wykluczenia.

IV. Zdaniem Zamawiającego należy także podkreślić, iż z treści odwołania wynika, że Odwołujący dokonał analizy dokumentów postępowania przetargowego powstałych jedynie przed dniem 3 lipca 2017 roku i pisząc odwołanie nie posiadał wiedzy o kolejnych czynnościach podjętych w ramach tego postępowania, a w szczególności o tym, iż Zamawiający po tej dacie wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zaś Wykonawca te dokumenty złożył. Jednocześnie Zamawiający zwrócił uwagę, iż Odwołujący nie miał podstaw do twierdzenia, że Zamawiający, przyjmując, że P. Sp. z o. o. spełnia warunki udziału w postępowaniu, oparł się na doświadczeniu udostępnionym przez podmiot - „S.” T.S., nie zaś na doświadczeniu podmiotu - Z.R.B. „U.” G.S., w szczególności Zamawiający nie wskazał na to w piśmie z dnia 14 lipca 2017 r. - Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wniósł jak na wstępie odpowiedzi na odwołanie.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego P.S.E.S. z o.o. oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę

interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę. Postępowanie jest prowadzone w tzw. procedurze odwróconej, tj. w oparciu o treść art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym z ustaleń faktycznych poczynionych przez Izbę wynika, że Zamawiający ustalił ranking ofert i dokonał badania sytuacji podmiotowej jedynie wykonawcy P.S.E.S. z o.o. Mając na uwadze powyższe wniesienie odwołania wobec wyboru oferty najkorzystniejszej przysługuje każdemu wykonawcy, który złożył w niniejszym postępowaniu ofertę, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem procedury odwróconej na podstawie art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp (Rozdział IX pkt 13 SIWZ).

Izba ustaliła również, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w dniu 08.06.2017 r. przez zamieszczenie przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. Powyższe oznacza, iż do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy znowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych tj. ustawy zmienionej w związku z wejściem w życie z dniem 28.07.2016 r. nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

Izba ustaliła ponadto, że Zamawiający w Rozdziale IX SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu wskazując w pkt 1 ppkt 3 lit. a), że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej

w zakresie posiadanego doświadczenia zawodowego: „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat przez upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie zrealizował w sposób należyty, minimum 2 zamówienia polegające na wykonaniu robót budowlanych przy budynkach użyteczności publicznej o wartości robót budowlanych co najmniej 5 000 000,00 zł brutto każdy.

Następnie Zamawiający pismem z dnia 23.06.2017 r. określił ranking wykonawców w sposób następujący:

Oferta nr 1 – P.S.E.S. z o.o.: cena 9 376 999,71 zł brutto, okres gwarancji 60 miesięcy, termin wykonania zamówienia 31.10.2018 r., warunki płatności 30 dni;

Oferta nr 2 – S.S. z o.o.: cena 10 795 906,82 zł brutto, okres gwarancji 60 miesięcy, termin wykonania zamówienia 31.10.2018 r., warunki płatności 30 dni;

Oferta nr 3 – Konsorcjum E.T. Spółka z o.o.. G.E. Spółka z o.o. oraz E. Spółka z o.o.: cena 9 388 000,00 zł brutto, okres gwarancji 60 miesięcy, termin wykonania zamówienia 31.10.2018 r., warunki płatności 30 dni.

Zamawiający pismem z dnia 28.06.2017 r. wezwał wykonawcę P.S.E.S. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp do złożenia dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu (wykaz robót budowlanych, wykaz osób, dokument ubezpieczenia) oraz aktualnego odpisu z właściwego rejestru.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca P.S.E.S. z o.o. wykonawca przedłożył m.in. wykaz robót budowlanych, gdzie wskazano dwie pozycje (termomodernizacja SP nr 140 w Łodzi oraz termomodernizacja SO nr 41 w Łodzi i ZSP nr 17 w Łodzi) wykonane przez wykonawcę S. T.S. oraz dwa listy referencyjne (z dnia 09.11.2016 r. i z dnia 02.12.2016 r.), w których wskazano odpowiednio wartości zrealizowanych robót na kwotę 7.323.072,46 zł i 3.700.000,00 zł.

Następnie Zamawiający pismem z dnia 06.07.2017 r. wezwał wykonawcę P.S.E.S. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 2 i 3 ustawy Pzp do złożenia dodatkowych dokumentów wskazując m.in., że referencje dotyczące termomodernizacji Szkoły Podstawowej Nr 41 oraz Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych Nr 17 w Łodzi dotyczą prac o wartości 3.700.000,00 zł.

Pismem z dnia 10.07.2017 r. wykonawca P.S.E.S. z o.o. w odpowiedzi na powyższe wezwanie złożył, oświadczenie Z.R.B. U. G.S. o udostępnieniu zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia wraz z dodatkowym wykazem robót obejmującym dwie pozycje (przebudowę budynku Domu Studenta Nr 2 Politechniki Częstochowskiej oraz przebudowę i wyposażenie budynku Wydziału Inżynierii Mechanicznej i Informatyki Politechniki Częstochowskiej) dołączając referencje dotyczące ww. inwestycji o wartościach robót odpowiednio 8 829 000,00 zł brutto i 6 879 000,00 złotych brutto.

Zamawiający pismem z dnia 14.07.2017 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta wykonawcy P.S.E.S. z o.o. otrzymując łącznie 80 punktów.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż podniesione w treści odwołania zarzuty w postaci art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zostały postawione w sposób nieprawidłowy i nieadekwatny do podjętych w postępowaniu czynności.

Zgodzić się bowiem należy z Zamawiającym, iż w postępowaniu nie wzywano wykonawcy do wyjaśnień związanych z treścią oferty, jak również, że zarzut w postaci art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mógłby odnosić się ewentualnie do merytorycznej treści oferty w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia – nie zaś do kwestionowanych (przez wskazanie odpowiednich postanowień SIWZ) warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Wskazać bowiem należy, iż Odwołujący konstruując środek ochrony prawnej nie uwzględnił wszystkich czynności podjętych w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, w tym nie odniósł się i nie uwzględnił drugiego z wezwań skierowanych przez Zamawiającego do wykonawcy P.S.E.S. z o.o. (wezwanie z dnia 06.07.2017 r.) i odpowiedzi na to wezwanie z dnia 10.07.2017 r. w którym ww. wykonawca na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp zastąpił przedsiębiorcę T.S. innym podmiotem, tj. Z.R.B. U. G.S..

W ramach swojej argumentacji podniesionej na rozprawie Odwołujący po zapoznaniu się z odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie odwołał się do dwóch orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w postaci wyroków z dnia 04.05.2017 r. o sygn. akt C-387/14 oraz z dnia 11.05.2017 r. o sygn. akt C-131/16. Odwołujący wskazał, iż najistotniejszy jest wyrok o sygn. akt C-387/14, gdzie wystąpił identyczny stan faktyczny. Trybunał uznał taką zmianę za niedopuszczalną w kontekście art. 2 Dyrektywy wskazującego na zasadę niedyskryminacji oraz art. 51 Dyrektywy dotyczącego uzupełniania dokumentów.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego wskazać należy, iż orzeczenia te zostały wydane w okresie obowiązywania uchylonych obecnie dyrektyw Unii Europejskiej, wskazane

tam tezy oraz wzorce kontroli (w postaci przepisów art. 2 i art. 51) są przepisami nieobowiązującymi od dnia 18 kwietnia 2016 r. (upływ terminu implementacji przepisów dyrektyw przez Państwa Członkowskie). Jak stanowi teza 1 wyroku TSUE o sygn. akt C-387/14 *Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi* (Dz.U. 2004, L 134, s. 114 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 132). Analogiczne odesłanie znajdujemy w tezie 1 orzeczenia o sygn. akt C-131/16, w którym czytamy, że: *Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 10 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych* (Dz.U. 2004, L 134, s. 1) i art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. 1992, L 76, s. 14), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. 2007, L 335, s. 31) (zwanej dalej „dyrektywą 92/13”).

Przepisy, które stanowiły wzorce kontroli TSUE w ramach obu orzeczeń zostały uchylone w wyniku wejścia w życie *Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG)* (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65).

Ww. Dyrektywa dopuszcza wprost zastąpienie podmiotu trzeciego na zasobach którego polega wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z treścią art. 63 ust. 1 drugi akapit zatytułowanego „Poleganie na zdolności innych podmiotów” *Instytucja zamawiająca sprawdza, zgodnie z art. 59, 60 i 61, czy podmioty, na których zdolności wykonawca zamierza polegać, spełniają odpowiednie kryteria kwalifikacji, i czy istnieją podstawy wykluczenia na mocy art. 57. Instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia. Instytucja zamawiająca może wymagać lub może być zobowiązana przez państwo członkowskie do wymagania, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją nieobowiązkowe podstawy wykluczenia.*

W wyniku implementacji powyższych przepisów w związku z wejściem w życie z dniem 28.07.2016 r. nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) wprowadzono przepis art. art. 22a ust. 6 pkt 1 (powołany na rozprawie przez Przystępującego), który wprost dopuszcza zastąpienie podmiotu trzeciego innym podmiotem.

W tym miejscu Izba wskazuje, iż w ramach środków ochrony prawnej kontroli podlegają czynności podmiotu zamawiającego przy uwzględnieniu postawionych w odwołaniu zarzutów, ich podstaw faktycznych oraz ustaleń faktycznych poczynionych przez Izbę na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego (w tym wypadku dokumentacji postępowania obejmującej ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, ofertę Przystępującego oraz korespondencje pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego). Izba uwzględniając powyższy materiał dowodowy uznała, że Zamawiający dokonał prawidłowej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż wykonawca P.S.E.S. z o.o. potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. spełnił wszystkie wymagania SIWZ, które zostały zakwestionowane we wniesionym odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż Zamawiający dokonał w prawidłowy sposób wyboru oferty najkorzystniejszej uznając, że wykonawca P.S.E.S. z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu. Tym samym Izba uznała, że nie doszło w niniejszym postępowaniu do naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów w postaci art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W zakresie pozostałych zarzutów Izba wskazuje, że zazwyczaj do naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, dochodzi w przypadku zróżnicowania sytuacji wykonawców na skutek odmiennego zastosowania instytucji uregulowanych w innych przepisach, które nakazują zamawiającemu dokonanie określonych czynności w przypadku ziszczenia się pewnych okoliczności faktycznych. Biorąc pod uwagę powyższe naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp następuje zazwyczaj, gdy dochodzi do nadużycia pewnej instytucji uregulowanej w ustawie Pzp lub zaniechania jej zastosowania wobec tylko niektórych wykonawców i odmiennego zastosowania tej instytucji wobec pozostałych – mimo faktu, iż wykonawcy ci znajdują się w analogicznej sytuacji prawnej i faktycznej. Odwołujący nie wykazał aby doszło do takiego odmiennego potraktowania wykonawców w ramach prowadzonego postępowania.

Analogicznie w przypadku zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż brak jest podstaw do jego uwzględnienia.

Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do udzielenia zamówienia któremukolwiek wykonawcy, gdyż postępowanie znajduje się na etapie przed podpisaniem umowy. Wyrażona w powyższym przepisie norma prawna może być wzorcem kontroli w przypadku udzielenia zamówienia i

zawarcia umowy w celu ustalenia, czy zostały spełnione przesłanki skutkujące jej unieważnieniem (np. w przypadku udzielenia zamówienia z wolnej ręki).

Tym samym nie sposób wskazać, iż doszło do wyczerpania hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp i nie tym samym nie doszło do naruszenia uregulowanego w powyższym przepisie wymogu.

Wobec powyższego Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:**

.....

