

WYROK

Warszawa, dnia 22 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2024 r. przez wykonawcę INVEST HOUSE PLUS sp. z o.o. sp.k., ul. Gdyńska 74; 62-028 Koziegłowy, w postępowaniu prowadzonym przez Wojskowy Zarząd Infrastruktury, ul. Kościuszki 92/98; 61-716 Poznań, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ATREM S.A., Pl. Kościeleckich 3; 85-033 Bydgoszcz, Przedsiębiorstwo „HYDRO GAZ Swarzędz” H. W., ul. Kórnicka 166, 62-020 Zalasewo,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 4 i 5 odwołania,
2. Oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę INVEST HOUSE PLUS sp. z o.o. sp.k., ul. Gdyńska 74; 62-028 Koziegłowy i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę INVEST HOUSE PLUS sp. z o.o. sp.k., ul. Gdyńska 74; 62-028 Koziegłowy, tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę INVEST HOUSE PLUS sp. z o.o. sp.k., ul. Gdyńska 74; 62-028 Koziegłowy, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ATREM S.A., Pl. Kościeleckich 3; 85-033 Bydgoszcz, Przedsiębiorstwo „HYDRO GAZ Swarzędz” H. W., ul. Kórnicka 166, 62-020 Zalasewo, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.2. zasądza od wykonawcy INVEST HOUSE PLUS sp. z o.o. sp.k., ul. Gdyńska 74; 62-028 Koziegłowy na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ATREM S.A., Pl. Kościeleckich 3; 85-033 Bydgoszcz, Przedsiębiorstwo „HYDRO GAZ Swarzędz” H. W., ul. Kórnicka 166, 62-020 Zalasewo, kwotę 3 600 zł 00

gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ATREM S.A., Pl. Kościeleckich 3; 85-033 Bydgoszcz, Przedsiębiorstwo „HYDRO GAZ Swarzędz” H. W., ul. Kórnicka 166, 62-020 Zalasewo.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojskowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Poznaniu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Zadanie 55148 „Modernizacja zasilania kompleksu w energię elektryczną, ciepłą i wodę CSWLąd Poznań”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz.U.U.E. z 25 sierpnia 2023 roku, pod nr 2023/S 163-513109.

20 grudnia 2023 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

2 stycznia 2024 roku, INVEST HOUSE PLUS sp. z o.o. sp.k. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 118 w zw. z art. 122 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej: „rozporządzenie ws. dokumentów”), przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ATREM S.A, HYDRO – GAZ Swarzędz H. W. (zwane dalej „Konsorcjum”) z uwagi na fakt, że nie wykazali oni spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonego w Rozdziale VII pkt 5 SWZ przez poleganie na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby, ewentualnie:
2. art. 128 ust. 1 w zw. z art. 118 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia ws. dokumentów przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu odnoszących się do podmiotu udostępniającego zasoby,
3. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż Konsorcjum wprowadziło zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego; z ostrożności jako zarzut ewentualny:
4. art. 122 zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, przez przyjęcie, że wykonawca może wielokrotnie zastępować podmiot udostępniający zasoby,
5. art. 128 ust. 1 w zw. z art. 119 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby,

6. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) w zw. z art. 118 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż Konsorcjum opierając się na zdolności podmiotu trzeciego w zakresie spełniania warunku udziału przedstawiło zobowiązanie podmiotu trzeciego, z którego wynika jednoznacznie, iż podmiot ten wykona jedynie część robót stanowiących zakres warunku udziału, co oznacza, że tym samym nie wykazano realności w dysponowaniu zasobem podmiotu trzeciego oraz spełniania warunku udziału, co winno skutkować odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp, ewentualnie:
7. art. 128 ust. 1 w zw. z art. 118 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do poprawienia zobowiązania, o którym mowa w art. 118 ust. 3 ustawy Pzp przez przedłożenie zobowiązania, z którego wynikać będzie, że podmiot udostępniający wykona roboty wskazane w treści warunku udziału.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny oferty Konsorcjum w postępowaniu;
- 3) odrzucenie oferty Konsorcjum, względnie wezwanie do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów;
- 4) przeprowadzenie dowodów z załączonych dokumentów w celu wykazania faktów wskazanych w sformułowanych wówczas tezach dowodowych;
- 5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, iż jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu i jest na drugim miejscu w rankingu punktacji przyznanej ofertom. Oferta odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia i gdyby nie zaniechanie zamawiającego uznano by ją za najkorzystniejszą. Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pozbawia odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i zawarcia umowy.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni odwołanie w całości.

Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym oświadczył, iż zgłasza sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości, z wyjątkiem zarzutu nr 5, względem którego sprzeciwu nie wnosi.

Na posiedzeniu odwołujący oświadczył, iż wycofuje zarzut nr 4 odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W związku z ww. oświadczeniami, Izba do merytorycznego rozpoznania na rozprawie skierowała zarzuty, względem których przystępujący wniósł sprzeciw (z wyjątkiem zarzutu nr 5). Na rozprawę nie został skierowany zarzut nr 4 – wycofany przez odwołującego.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz przystępującego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający wymagał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. Warunek po modyfikacji z 4 października 2023 r. (odpowiedź na pytanie 11) brzmiał: „*Rozdział VII.5 SWZ. VII. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu. 1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego dotyczące: 5) zdolności technicznej lub zawodowej: Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że: w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował minimum 2 (dwie) roboty budowlane o wartości 20 mln zł brutto każda, w zakresie wykonania robót łącznie dla sieci ciepłych i energetycznych*”.

Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z Rozdziałem X pkt 4 SWZ należało złożyć wykaz wykonanych zamówień, którego wzór stanowił załącznik nr 7 do SWZ. Zgodnie z dyspozycjami zawartymi w załączniku nr 7: do wszystkich wymienionych w wykazie zadań należało załączyć dokumenty potwierdzające, że roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W rozdziale VII pkt 3 oraz w rozdziale IX pkt 1 odnośnik nr 3 SWZ zamawiający wskazał zasady polegania na zasobach podmiotów udostępniających zasoby. Zamawiający oprócz obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z postępowania przyjął również podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 1, 3, 4, 5, 7 i 8 ustawy Pzp (Rozdział VIII SWZ).

Zarzut 1: naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 118 ustawy Pzp w zw. z art. 122 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1) ws. dokumentów, ewentualnie Zarzut 2: naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia ws. dokumentów, Zarzut 3: naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odwołujący kwestionuje prawidłowość wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Konsorcjum, które polega na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, gdyż z wykazu wykonanych zamówień wynika, iż dwie wymagane roboty podmiot AGROBEX Sp. z o.o. realizował na rzecz zamawiającego Resideo sp. z o.o. Potwierdzają to również złożone referencje. Tymczasem spółka Resideo jest wyłącznie administratorem budynków wskazanych w wykazie, a nie zamawiającym/zlecającym wykonanie robót budowlanych.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia ws. dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia składany jest wykaz robót budowlanych zawierający dane o podmiotach, na rzecz których zostały one wykonane oraz załącza się dowody określające, czy te roboty zostały wykonane należycie, przy czym dowodami są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot na rzecz którego roboty zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty.

Spółka Resideo nie jest podmiotem, na rzecz którego wykonano roboty budowlane. Na potwierdzenie odwołujący przedłożył dowody (dowód nr 1: Sprawozdanie z pracy Zarządu Resideo sp. z o.o. za rok 2021 oraz Dodatkowa informacja i objaśnienia za rok 2021, celem wykazania, iż przedmiotem działalności Resideo sp. z o.o. jest wyłącznie zarządzanie nieruchomościami; dowód nr 2: Sprawozdanie z pracy Zarządu Resideo sp. z o.o. za rok 2022. Cele i kierunki działań oraz plan na rok 2023, celem wykazania, iż w trakcie 2022 r. Resideo sp. z o.o. pozyskała nieruchomości w Baranowie do zarządzania, nie była zaś inwestorem/zlecającym wykonanie robót budowlanych).

Zdaniem odwołującego, spółka Resideo zarządza, administruje, obsługuje najem oraz utrzymuje porządek w budynkach oraz zagospodarowuje tereny zielone. Nie jest natomiast podmiotem, na rzecz którego wykonano roboty budowlane.

Powyższe oznacza, iż nie mogą być uznane za prawidłowe referencje wystawione przez Resideo sp. z o.o. i tym samym potwierdzenie spełnienia warunku doświadczenia.

Zamawiający bezpodstawnie więc uznał, że Konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Istotna w niniejszym postępowaniu jest również okoliczność, że w przypadku wykazanych robót podmiotem, na rzecz którego roboty zostały wykonane jest sam AGROBEX sp. z o.o., czyli podmiot udostępniający zasoby. Ze sprawozdań finansowych spółki AGROBEX wynika, iż roboty budowlane wykazywane na potrzeby warunku doświadczenia były inwestycjami realizowanymi w ramach własnych inwestycji deweloperskich AGROBEX sp. z o.o. (dowód nr 3: Sprawozdanie Zarządu AGROBEX sp. z o.o. za rok 2020 oraz program i kierunki działalności na 2021 rok; dowód nr 4: Sprawozdanie Zarządu AGROBEX sp. z o.o. za rok obrotowy od 1 stycznia 2021 do 31 grudnia 2021).

Zamawiający poprzez wezwanie z art. 122 ustawy Pzp wyczerpał możliwość procedury naprawczej w przedmiocie wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez podmiot udostępniający zasoby. Przepis mówi bowiem o możliwości jednokrotnego zastąpienia podmiotu udostępniającego. Dodatkowo zdaniem odwołującego wskazanie, że podmiotem, na rzecz którego wykonano roboty budowlane jest administrator budynków Resideo sp. z o.o. wyczerpuje przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 8, tj. zamierzone wprowadzenie zamawiającego w błąd lub rażące niedbalstwo przy przedstawieniu informacji dotyczących spełniania warunku udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Z dużym prawdopodobieństwem należy uznać, że Konsorcjum miało świadomość, że wykonawcą robót budowlanych wykazywanych na potrzeby spełniania warunku był AGROBEX sp. z o.o. Świadczyć o tym może asekuracyjne wskazanie kolejnego podmiotu spełniającego warunek udziału w postępowaniu. Wypełniając wykaz i podając, że zamawiającym wykonanie i przekazanie do użytkowania zespołu budynków była spółka Resideo, Konsorcjum w sposób zamierzony wprowadziło zamawiającego w błąd.

Jeżeli nawet uznać, że nie było powyższe działaniem zamierzonym to co najmniej świadczy to o rażącym niedbalstwie, bowiem z przedstawionych dokumentów jak i zapewne ustaleń

z podmiotem AGROBEX sp. z o.o. można było wnioskować, że to on wykonywał roboty na własną rzecz.

Z ostrożności odwołujący podnosi, że ewentualnie niezbędne jest co najmniej wezwanie Konsorcjum w trybie art. 128 ustawy Pzp do złożenia właściwych podmiotowych środków dowodowych, przy czym podnieść należy, że wykazane roboty realizowane w ramach własnych inwestycji deweloperskich AGROBEX sp. z o.o. nie kwalifikują się jako spełniające warunek.

Po pierwsze: w przeciwieństwie do dostaw i usług nie ma możliwości zastąpienia referencji lub innych dokumentów niezbędnych dla robót budowlanych własnym oświadczeniem podmiotu (AGROBEX sp. z o.o.);

Po drugie: w złożonym wykazie pogrupowano budynki w zespoły: pozycja 1 wykazu: budynki 3, 7, 8, pozycja 2 wykazu: budynki 4, 5, 6. Wszystkie zlokalizowane w Baranowie przy ul. Szamotulskiej. Takie ujęcie pozwalało zapewne na wygenerowanie odpowiedniej kwoty

(20 mln zł) na potwierdzenie spełniania warunku. Tymczasem ze sprawozdań finansowych wynika, że:

budynek 3: planowany do oddania do użytkowania w 2022 r.

budynek 7: planowany do oddania do użytkowania w 2022 r.

budynek 8: został oddany w 2021 r. (str. 17 Sprawozdania za 2021 r.)

budynek 5: planowany do zakończenia i oddania do użytkowania w 2022 r.

budynek 4: planowane rozpoczęcie inwestycji w maju 2021 r. wg Sprawozdania za rok 2020, inwestycja w realizacji w 2022 r.

budynek 6: planowane rozpoczęcie inwestycji w maju 2021 r. wg Sprawozdania za rok 2020, inwestycja w realizacji w 2022 r.

Powyższe pokazuje, że poszczególne budynki były realizowane niezależnie od siebie i nie jest dopuszczalne grupowanie ich celem wykazania warunku udziału w postępowaniu.

Nie bez przyczyny zamawiający wymagał wykazania się realizacją minimum dwóch robót - każdej o wartości min. 20 milionów. Sumowanie pomniejszych inwestycji nie czyni zadość wykazaniu doświadczenia wymaganego na określonym poziomie.

Reasumując, zamawiający zaniechał ciążącego na nim obowiązku wezwania do złożenia właściwych podmiotowych środków dowodowych z art. 128 i przedwcześnie uznał, że Konsorcjum spełnia warunek udziału w postępowaniu. Dodatkowo przy wnikliwej ocenie spełniania warunku zamawiający winien dojść do wniosku, że wykazane roboty nie potwierdzają spełnienia wymaganego doświadczenia.

Zarzut 6: naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, ewentualnie Zarzut 7: naruszenie art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 118 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

W celu skutecznego skorzystania z dyspozycji art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawcy zobowiązani są do złożenia wraz z ofertą zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Konsorcjum przedłożyło zobowiązanie podmiotu AGROBEX sp. z o.o., zgodnie z którym podmiot oddaje do dyspozycji niezbędne zasoby, tj. zdolność techniczną lub zawodową

w postaci wiedzy i doświadczenia polegającego na realizacji minimum 2 robót budowlanych o wartości ponad 20 mln zł brutto każda w zakresie wykonania robót łącznie dla sieci ciepłych i energetycznych.

Zdaniem odwołującego, z zobowiązania wynika, iż podmiot wykona część robót dotyczących sieci ciepłych i energetycznych. Z Formularza oferty Konsorcjum również wynika, iż podwykonawstwem objęta będzie część robót dotyczących sieci ciepłych i energetycznych.

Zgodnie z dyspozycją art. 118 ust. 3 ustawy Pzp oraz w kontekście wymagań opisanych przez zamawiającego uznać należy, iż jeżeli podmiot trzeci udostępnia swoje doświadczenie w zakresie wykonania robót łącznie dla sieci ciepłych i energetycznych, to całość tych prac powinna zostać wykonana przez ten podmiot, a nie tylko pewna niedookreślona część robót.

Takie udostępnienie zasobu nie daje bowiem zamawiającemu gwarancji realnego dysponowania przez wykonawcę zasobem podmiotu trzeciego w postaci doświadczenia wymaganego w treści warunku udziału. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej został wypracowany jednolity pogląd określający zakres realizacji prac przez podmiot udostępniający swoje zasoby wymagający, aby podmiot taki zrealizował zakres rzeczowy, który jest objęty warunkiem udziału w postępowaniu. Przykładowo wyrok KIO z 4 marca 2021 r. sygn. akt KIO 442/21 podmiot, który użycza swoich zasobów w zakresie np. doświadczenia, musi następnie rzeczywiście realizować te roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zasoby są wymagane. Po to bowiem zamawiający opisuje warunki udziału w postępowaniu, aby sprawdzić zdolność wykonawców do należytej realizacji zamówienia. Gdyby podmiot trzeci jedynie formalnie udostępniał swoje zasoby, ale w rzeczywistości nie wykonywał tych robót lub usług, do których wykonania jego zasoby (np. doświadczenie) są potrzebne, opisywanie warunków udziału w postępowaniu i wykazywanie ich spełnienia miałyby charakter wyłącznie pozorny i w żadnym wypadku nie służyłoby należytej realizacji zamówienia. Dlatego tak ważne jest, aby podmioty udostępniające swoje zasoby rzeczywiście wykonywały zamówienie w zakresie, w którym - w myśl opisanych warunków - niezbędne jest posiadanie odpowiedniego doświadczenia, wykształcenia czy kwalifikacji zawodowych.

Utrwalone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazuje na zakaz stosowania fasadowych rozwiązań, które nie gwarantują rzeczywistego udostępnienia zasobów (m.in. KIO 1086/23, TSUE z 07.04.2016 r. C – 324/14).

Zamawiający po analizie treści zobowiązania powinien podać w wątpliwość realność udostępnionego potencjału i uznać, że udostępnienie nie jest skuteczne, bowiem obejmuje jedynie część robót i to nie wiadomo jaką część. Podmiot mógł mieć na uwadze np.

wyłącznie roboty przygotowawcze, co przeczy skutecznemu udostępnieniu zasobu. Należy pamiętać bowiem, iż o zamówienie ubiega się Konsorcjum nie dysponujące odpowiednim doświadczeniem. Zamawiający niezasadnie uznał, że Konsorcjum może dysponować zdolnościami AGROBEX sp. z o.o., ponieważ z zobowiązania jednoznacznie wynika, że podmiot ten nie wykona całości robót objętych treścią warunku udziału. Tym samym nie sposób uznać jest realności w dysponowaniu zasobem doświadczenia w realizacji robót budowlanych związanych z sieciami cieplnymi i energetycznymi. Z uwagi na pełną zgodność oferty i zobowiązania podmiotu nie powinno pozostawiać żadnych wątpliwości, iż nie jest to pełny zakres prac objętych warunkiem udziału. Tym samym jakiegokolwiek wezwanie do dalszych wyjaśnień bądź uzupełnienia/poprawienia zobowiązania podmiotu trzeciego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp powinno być niedopuszczalne, jako prowadzące do sprzeczności

w treści dokumentów podlegających ocenie w ramach zdolności podmiotowej wykonawcy oraz treści tych dokumentów z treścią oferty. W konsekwencji odwołujący jedynie z ostrożności podnosi zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp polegający na tym, iż zamawiający dysponując jedynie bardzo ogólnym zobowiązaniem oraz posiadając wątpliwości co do rzeczywiście udostępnianego zakresu nie wezwał do poprawienia zobowiązania w sposób bezsprzecznie wykazujący, iż podmiot ten wykona roboty budowlane, do realizacji których jego zdolności są wymagane, tj. w zakresie warunku udziału.

Przystępujący wskazał, co następuje.

Zarzut nr 1 i 2. Odwołujący zakwestionował w zarzutach odwołania spełnienie przez przystępującego warunku udziału opisanego w rozdz. VII ust. 1 pkt 5) SWZ. Odwołujący stwierdza w treści odwołania, że wykazane przez przystępującego doświadczenie podmiotu trzeciego (AGROBEX sp. z o.o.), na zasobach którego przystępujący polegał w niniejszym postępowaniu, nie spełnia wymogów SWZ w zakresie postawionego warunku. Chodzi o inwestycję referencyjną w Baranowie, przy ul. Szamotulskiej dot. Centrum Aktywnego Wypoczynku. Odwołujący jest zdania, że skoro odbiorcą i wykonawcą tejże inwestycji jest ten sam podmiot – tj. AGROBEX sp. z o.o., a wystawca referencji (Resideo sp. z o.o.) nie zlecał wykonania inwestycji, a jedynie administruje obiektami, których dotyczy inwestycja - to okoliczności te mają dyskwalifikować zdolność przystępującego do wykonania przedmiotowego zamówienia, a więc wykluczają go z kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie.

Zdaniem przystępującego, wyżej przytoczone stanowisko odwołującego jest błędne. Niemal analogiczny stan faktyczny był już bowiem przedmiotem oceny merytorycznej oraz przedmiotem rozstrzygnięcia przez KIO w wyroku z 22.11.2022 r. (KIO 2959/22). Co więcej –

wyrok te odnosił się wprost do doświadczenia własnego wykonawcy AGROBEX sp. z o.o. (w zakresie, którego spółka ta pozostawała jednocześnie inwestorem i wykonawcą) oraz do referencji wystawionych właśnie przez administratora obiektu – tj. spółkę Resideo sp. z o.o. Zachowana jest zatem nawet tożsamość podmiotowa stanu faktycznego rozstrzygniętego wyrokiem KIO 2959/22 oraz stanu faktycznego niniejszej sprawy. We wskazanym wyroku KIO 2959/22 Izba potwierdziła możliwość powołania się przez wykonawcę przy wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu na swoje własne doświadczenie realizacyjne w sytuacji, kiedy wykonawca ten pozostaje inwestorem i wykonawcą danej inwestycji. Przystępujący w pełni podziela przedstawione przez KIO szczegółowe uzasadnienie swojego rozstrzygnięcia, uznając je za własne w związku z oceną zarzutów przedmiotowego odwołania. Przystępujący podkreślił, że na gruncie przedmiotowego zamówienia zamawiający nie wykluczył z postawionego warunku udziału inwestycji własnych, tj. takich, w zakresie których inwestorem i wykonawcą byłby ten sam podmiot. Dlatego też - w świetle przywołanego orzecznictwa – istotne pozostaje faktyczne spełnienie merytorycznych wymogów odnoszących się do robót określonych przez zamawiającego w postawionym warunku udziału. Tym samym doświadczenie w zakresie Centrum Aktywnego Wypoczynku w Baranowie (jako doświadczenie własne AGROBEX sp. z o.o. i spełniające wymogi SWZ) uznać należy za prawidłowe. Podobnie za zgodne z Pzp i rozporządzeniem w sprawie podmiotowych środków dowodowych powinny być uznane przez zamawiającego referencje spółki Resideo sp. z o.o., skoro podmiot ten ma wiedzę o zakresie realizowanej inwestycji, jest w posiadaniu dokumentacji dotyczącej tej inwestycji oraz ma najlepszą wiedzę co do stanu technicznego obiektów po wykonanych pracach. Tym samym na gruncie przedmiotowej sprawy nie ma żadnych podstaw do wystąpienia przez zamawiającego z wnioskiem o uzupełnienie przez przystępującego podmiotowych środków dowodowych. Nie ma bowiem podstaw do uznania, że przystępujący nie wykazał dotychczasowymi dokumentami spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W kontekście zarzutu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu odwołujący kwestionuje również, by doszło do wykazania przez przystępującego realizacji min. dwóch robót budowlanych zgodnie z wymogami SWZ. Zdaniem odwołującego przedstawione przez przystępującego zadania referencyjne dotyczące przedsięwzięcia inwestycyjnego pn. Centrum Aktywnego Wypoczynku w Baranowie - nie mogą być uznane za wykonanie dwóch robót budowlanych zgodnie z treścią warunku. Odwołujący wskazuje w tym zakresie, że (...) poszczególne budynki były realizowane niezależnie od siebie i nie jest dopuszczalne grupowanie ich celem wykazania warunku udziału w postępowaniu. Nie bez przyczyny zamawiający wymagał wykazania się realizacją minimum dwóch robót - każdej o wartości

min. 20 milionów. Sumowanie pomniejszych inwestycji nie czyni zadość wykazaniu doświadczenia wymaganego na określonym poziomie.

Z odwołującym nie sposób się zgodzić. Po pierwsze w niniejszym postępowaniu zamawiający nie ograniczył warunku udziału do wykonania min. 2-óch robót w ramach dwóch odrębnych umów. W treści warunku nie ma również wyartykułowanego zakazu powoływania się przez wykonawcę na poszczególne etapy realizacyjne tego samego przedsięwzięcia inwestycyjnego. Co więcej – ugruntowane już orzecznictwo KIO dopuszcza możliwość powoływania się przez wykonawców na poszczególne etapy/części tego samego zamówienia – dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Na gruncie przepisów Pzp nie powinno budzić wątpliwości, że to zamawiający odpowiada za treść dokumentacji zamówienia i ciąży na nim obowiązek formułowania jednoznacznych i wyczerpujących postanowień, uwzględniających wszelkie okoliczności sporządzenia i wyceny oferty. Nie jest przy tym możliwe dokonywanie przez zamawiającego na etapie oceny ofert rozszerzającej interpretacji treści SWZ, wykraczającej poza literalne jej brzmienie i wywodzenie na tej podstawie o wymaganiach, które wprost w treści SWZ nie zostały wyartykułowane. Dokonywanie przez zamawiającego oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie wymagań bądź ograniczeń, które wprost ze specyfikacji nie wynikają - jest niedopuszczalne i stanowi naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówienie publicznych – zasady przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Na marginesie dodać należy, że zamawiający nie miał wcześniej żadnych zastrzeżeń co do wykazania spełnienia warunku udziału przez przystępującego w świetle zawartych postanowień SWZ.

Przystępujący zwrócił uwagę, że zamawiający adresuje dokumentację zamówienia do nieograniczonej ilości odbiorców, a tym samym jego subiektywna interpretacja treści SWZ siłą rzeczy musi doznawać ograniczeń na rzecz wykładni literalnej. Powyższe podkreślił Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z 7 marca 2018 r. (sygn. akt: VIII Ga 102/18): *„W przypadku wykładni jednostronnych oświadczeń – odmiennie, niż w przypadku wykładni umów dokonywanej zgodnie z art. 65 § 2 k.c. – składanych zasadniczo wobec nieokreślonego adresata (...) zastosować należało obiektywny wzorzec wykładni, a nie subiektywną wolę osoby składającej oświadczenie. Dokonywanie wykładni subiektywnej jest przy tym w zasadzie niedopuszczalne, gdy dane oświadczenie kierowane jest do nieograniczonego kręgu adresatów [por. wyrok SN z 21.03.2013 r. w sprawie II CSK 458/12, Legalis; wyrok SN z 15.04.2015 r. w sprawie IV CSK 452/14, Legalis], a z taką sytuacją mamy do czynienia przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w drodze przetargu”.*

Tym samym w świetle literalnego brzmienia spornego warunku udziału w postępowaniu przystępujący uznał, że jak najbardziej dopuszczalne jest powołanie się na realizację dwóch

odrębnych etapów tego samego przedsięwzięcia inwestycyjnego, w ramach którego wykonywane były roboty sieciowe na obiektach objętych danym etapem. Co istotne odwołujący nie kwestionuje wartości zrealizowanych robót. Odwołujący zdaje się kwestionować *de facto* przedstawiony w wykazie sposób pogrupowania przez przystępującego budynków, przypisując rzekomo sztuczne łączenie obiektów w celu uzyskania wymaganej w warunku wartości robót. Tymczasem przedstawione w wykazie pozycje, obejmujące odpowiednio budynki 3, 7, 8 oraz 4, 5, 6 odpowiadały etapom 2 i 3 prowadzonego przez AGROBEX sp. z o.o. przedsięwzięcia inwestycyjnego. Powyższe potwierdza załączony do przedmiotowego pisma dokument w postaci Projektu Zagospodarowania Terenu, stanowiącego część dokumentacji inwestycji. Z dokumentu tego jednoznacznie wynika, że poszczególne etapy zamierzenia inwestycyjnego obejmowały wyodrębnione układem terenowym budynki. Realizowanie inwestycji w dwóch różnych etapach (etap 2 - bud. 3, 7, 8 oraz etap 3 – bud. 4, 5, 6) stanowiło uzasadnioną podstawę przyjęcia przez przystępującego, że jest spełniona przesłanka wymaganego w SWZ doświadczenia w zakresie dwóch robót budowlanych celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Bez znaczenia przy tym pozostają przywołane przez odwołującego ze sprawozdań finansowych daty planowanego rozpoczęcia i zakończenia prac (dowód: PZT – dot. inwestycji Centrum Aktywny Wypoczynek w Baranowie).

W sprawie istotne pozostaje, że odwołujący nie sprostął spoczywającemu na nim ciężarowi dowodowemu i w żaden sposób nie wykazał niespełnienia warunku udziału w postępowaniu przez przystępującego. Odwołujący poprzestaje w tym zakresie na przedstawieniu swoich wątpliwości, wynikających z ogólnych informacji zawartych w sprawozdaniach finansowych, które przecież nie stanowią dokumentacji budowlanej inwestycji. Informacje zawarte w tych sprawozdaniach nie mają żadnego znaczenia dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tymczasem zasadą jest, że ciężar dowodu w zakresie podstaw odwołania spoczywa na odwołującym. W wyroku Sądu Zamówień Publicznych (Sąd Okręgowy w Warszawie, wydz. XXIII Zamówień Publicznych) z 10 sierpnia 2022 r. (sygn. XXIII Zs 86/22) Sąd wskazał, że zgodne z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W tym zakresie w ustawie Prawo zamówień publicznych odzwierciedlenie powyższej reguły znajduje się w art. 534, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (ust. 1). W ocenie Sądu przepis ten w oczywisty sposób stanowi odpowiednik art. 232 k.p.c. Sąd podkreślił też, że gdy okoliczności będące podstawą odwołania nie znajdują potwierdzenia w przeprowadzonym przed KIO postępowaniu

dowodowym, skutkować to powinno oddaleniem odwołania. W ocenie Sądu to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. To odwołujący bowiem, a nie zamawiający, a tym bardziej przystępujący, wywodził z okoliczności podnoszonych w odwołaniu korzystne dla siebie skutki prawne, opierając na nich żądanie odwołania, a co za tym idzie oczywistym jest, że okoliczności te powinien wykazać właśnie odwołujący.

W cytowanym wyżej wyroku Sąd zakwestionował również przyjmowanie domniemania zasadności zarzutu - tj. domniemania prawdziwości twierdzeń odwołującego podniesionych w odwołaniu. Sąd podkreślił, że brak jest przepisów, które mogłyby być podstawą do konstruowania domniemania prawnego nakazującego przyjąć za prawdziwe twierdzenia podniesione w odwołaniu. W ocenie Sądu dla uznania zarzutów odwołania za zasadne nie może być wystarczające samo podważenie czy zakwestionowanie czynności zamawiającego, czy dokonanej przez niego oceny oferty. Takie rozumowanie prowadzi do wypaczenia istoty postępowania odwoławczego, gdyż to nie zamawiający wywodzi bowiem korzystne dla siebie skutki prawne z zarzutów i twierdzeń odwołania, a co za tym idzie to nie on powinien zostać obciążony obowiązkiem obalenia twierdzeń odwołującego. Reasumując Sąd uznał, że niedopuszczalne jest odwrócenie ciężaru dowodu i obciążenie zamawiającego czy też przystępującego ciężarem dowodu wykazania okoliczności, które wykazać powinien odwołujący. Skoro zaś ciężar dowodu w zakresie okoliczności uzasadniających zarzuty odwołania spoczywa na odwołującym, to właśnie odwołujący powinien ponieść negatywne konsekwencje ich nieudowodnienia, polegające na oddaleniu odwołania.

Tym samym stwierdzić należy brak wykazania zasadności postawionego zarzutu odwołania dot. doświadczenia spółki AGROBEX w realizacji min. 2-óch robót budowlanych zgodnie z wymogami SWZ.

Zarzut nr 3: dotyczący wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Odwołujący wskazał: „(...) z dużym prawdopodobieństwem należy uznać, że Konsorcjum miało świadomość, że wykonawcą robót budowlanych wykazywanych na potrzeby spełniania warunku był AGROBEX Sp. z o.o. Świadczyć o tym może asekuracyjne wskazanie kolejnego podmiotu spełniającego warunek udziału w postępowaniu. Wypełniając wykaz i podając, że zamawiającym wykonanie i przekazanie do użytkowania zespołu budynków była spółka Resideo, Konsorcjum w sposób zamierzony wprowadziło Zamawiającego w błąd”.

Pomijając bardzo ogólny i lakoniczny charakter postawionego zarzutu – z całą stanowczością stwierdzić należy, że nie zasługuje na uwzględnienie. Po pierwsze w sprawie nie wystąpiły żadne przesłanki wykluczenia z postępowania opisane w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp - tj. zamierzone wprowadzenie w błąd zamawiającego lub rażące niedbalstwo

wykonawcy przy przedstawieniu informacji w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Oczywiście przy tym pozostaje, że to na odwołującym ciąży obowiązek wykazania zaistnienia tych przesłanek. Tymczasem odwołujący nie sprostął temu obowiązkowi.

Przystępujący w świetle przywołanego orzecznictwa, odnoszącego się do doświadczenia własnego AGROBEX sp. z o.o. i referencji Resideo sp. z o.o., działał w pełnym i co ważne uzasadnionym przekonaniu, że na gruncie niniejszego postępowania wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu może nastąpić poprzez powołanie się na własne doświadczenie inwestycyjne AGROBEX sp. z o.o. opisane w wykazie robót. Wskazanie w treści wykazu jako zamawiającego – spółkę Resideo sp. z o.o. miało jedynie na celu zachowanie spójności

z przedkładaną referencją, dotyczącą tego zadania inwestycyjnego, której wystawcą była właśnie spółka Resideo sp. z o.o. Powyższe nie mogło stanowić zamierzonego wprowadzenia zamawiającego w błąd chociażby z tego powodu, że po pierwsze przystępujący nie miał żadnego powodu ani interesu w ukrywaniu tego, które jest faktycznym inwestorem przedstawionych zadań referencyjnych. Orzecznictwo KIO uznaje bowiem za dopuszczalne zarówno inwestycje własne wykonawcy, jak również inwestycje realizowane na rzecz podmiotu trzeciego. Po drugie przystępujący z treści przedłożonych zamawiającemu referencji wprost wynika, że spółka Resideo sp. z o.o. jest administratorem nieruchomości. Przystępujący nie przedstawił zatem żadnych informacji, które mogłyby zostać uznane za nieprawdziwe i wprowadzające zamawiającego w stan mylnego wyobrażenia o rzeczywistości. Co więcej – nawet gdyby uznać, że przystępujący działał z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd (czemu oczywiście przystępujący zaprzecza), to oczywiście pozostaje, że dotyczyłoby to informacji nieistotnych dla oceny spełnienia warunków

udziału w postępowaniu, a więc nieistotnych z punktu widzenia wyboru najkorzystniejszej oferty. Jak już bowiem wspomniano – przywołane w wykazie doświadczenie inwestycyjne spółki AGROBEX, która w zakresie tego doświadczenia pozostawała jednocześnie inwestorem i wykonawcą, nie może być uznane za niespełniające warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto nie sposób uznać, by powołanie się przez przystępującego (wyłącznie z daleko posuniętej ostrożności) na doświadczenie kolejnego podmiotu trzeciego (ZEC Serwis sp. z o.o.) było jakąś wadliwą czy też niespotykaną praktyką wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przystępujący jednoznacznie wskazał w korespondencji z zamawiającym, że jego zdaniem wymagane w postępowaniu doświadczenie posiadał każdy z dotychczasowych podmiotów użyczających zasoby. A jedynie z ostrożności, na wypadek odmiennej oceny zamawiającego, przystępujący wskazał dodatkowo podmiot ZEC Serwis sp. z o.o., dążąc do większego uwiarygodnienia swojej pozycji w postępowaniu. Tym

samym samo asekuracyjne przywołanie przez przystępującego doświadczenia innego podmiotu udostępniającego zasoby - nie jest żadnym potwierdzeniem świadomości wykonawcy co do niespełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie jest żadnym potwierdzeniem podjęcia przez niego próby wprowadzenia zamawiającego w błąd w tym zakresie.

Należy bowiem odróżnić sytuację niespełnienia warunku udziału w postępowaniu od sytuacji wprowadzenia zamawiającego w błąd. Nawet w przypadku uznania, że przystępujący nie spełnia warunku udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w związku z inwestycjami referencyjnymi spółki AGROBEX (czemu oczywiście przystępujący stanowczo zaprzecza) – to sytuacja taka sama w sobie nie tworzy przecież przesłanek do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Kwestią sporną podnoszoną przez odwołującego pozostaje bowiem możliwość wykazania spełnienia warunku udziału poprzez doświadczenie podmiotu, będący był jednocześnie wykonawcą oraz inwestorem zadania referencyjnego. Wszelkie wątpliwości i rozbieżności w zakresie tej oceny związane *de facto* z interpretacją i stosowaniem przepisów Pzp. Odmienne stanowisko w zakresie tej oceny, prezentowane przez odwołującego oraz przystępującego, nie może skutkować przypisaniem temu ostatniemu działania w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd, czy też dopuszczenia się rażącego niedbalstwa.

Zarzut dot. pozorności udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci.

Odwołujący podnosi również zarzut pozorności udostępnienia przez spółkę AGROBEX swojego doświadczenia wobec zadeklarowania w treści zobowiązania wykonania tylko części robót dotyczących sieci ciepłych i energetycznych.

Przystępujący podnosi, że niniejszy zarzut opiera się na niedopuszczalnej i wadliwej interpretacji przez odwołującego cytowanego wyżej fragmentu oświadczenia. Poprzez złożone oświadczenie spółka AGROBEX nie zobowiązała się bowiem do wykonania fragmentu prac sieciowych, ale do wykonania części robót z całego zakresu zamówienia – tj. robót dotyczących sieci ciepłych i energetycznych. Oznacza to faktyczne ograniczenie prac podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia, ale tylko względem całości robót objętych tym zamówieniem, nie zaś w odniesieniu do prac w zakresie sieci. Takie rozumienie zobowiązania odzwierciedla uzgodnienia stron w tym zakresie, a przede wszystkim odpowiada literalnej treści samego oświadczenia. Tym samym zarzut odwołania pozostaje bezzasadny. Odwołujący nie wykazał, by udział podmiotu trzeciego w realizacji prac sieciowych był marginalny, czy też symboliczny – co uzasadniałoby zarzut pozorności udostępnienia zasobów w postaci doświadczenia zawodowego. Na marginesie jedynie Przystępujący wskazuje, że ugruntowane orzecznictwo KIO nie wymaga nawet

zaangażowania podmiotu trzeciego w realizację 100% prac, do realizacji których wymagane było posłużenie się jego doświadczeniem. Dla przykładu wyrok KIO z 17 listopada 2016 r. (sygn. KIO 2082/16), gdzie w tezie tego wyroku Izba wskazała: *„Z art. 22a ust. 4 p.z.p. nie wynika jednoznacznie, że Wykonawca nie może brać udziału w realizacji usługi. Tylko w ten sposób Wykonawca może uzyskać doświadczenie, a jednocześnie udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego nie jest fikcją”*.

Zatem co do zasady podmiot ten winien zrealizować zamówienie stosownie do wykazywanych zdolności, przy czym z przepisu nie wynika, że podmiot ten ma samodzielnie zrealizować 100% tego zakresu zamówienia.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko przystępującego (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: *„Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów”*), wskazuje, co następuje.

Dokumenty składające się na ofertę należy czytać łącznie, gdyż niektóre treści wstępnie mogą wydawać się nieużyteczne lub nieprawidłowe, ale w połączeniu z innymi treściami wynikającymi z oferty dają prawidłowy całkowity obraz oświadczenia wykonawcy.

Z wykazu wykonanych zamówień wynika, iż dwie wymagane roboty podmiot AGROBEX Sp. z o.o. realizował na rzecz zamawiającego Resideo Sp. z o.o. Potwierdzają to również złożone referencje. Spółka Resideo jest administratorem budynków wskazanych w wykazie, a nie zamawiającym/zlecającym wykonanie robót budowlanych niemniej zdaniem Izby stanowisko odwołującego jest błędne. Należy wskazać, iż analogiczny stan faktyczny był już przedmiotem oceny merytorycznej oraz przedmiotem rozstrzygnięcia przez KIO w wyroku z 22 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2959/22. Wyrok ten odnosił się wprost do doświadczenia własnego wykonawcy AGROBEX sp. z o.o. (w zakresie, którego spółka ta pozostawała jednocześnie inwestorem i wykonawcą) oraz do referencji wystawionych właśnie przez administratora obiektu – tj. spółkę Resideo sp. z o.o. Dlatego też Izba w całości podzieliła stanowisko wyrażone przez KIO w ww. sprawie, potwierdzone dodatkowo wyrokiem Sądu Okręgowego. Jak bowiem wskazano w przywołanym wyroku KIO: *„Zgodnie z art. 112 ust. 1 PZP warunki udziału w postępowaniu wyrażają minimalne poziomy zdolności. W przypadku warunku odnoszącego się do doświadczenia zamawiający ocenia, czy zrealizowane wcześniej umowy pozwalają na uznanie, że wykonawca nabył stosowne umiejętności do realizacji zamówienia. Ani przepisy Pzp, ani również przepisy rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub świadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (...) nie określają, że z możliwości wykazania spełniania warunku udziału w zakresie zdolności technicznej lub*

zawodowej wyłączone jest wykazywanie doświadczenia własnego. Również treść warunku postawionego w niniejszym postępowaniu nie zabraniała we wskazywaniu w wykazie inwestycji własnych. Podstawą oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu jest treść tego warunku, oświadczenie złożone w wykazie robót budowlanych oraz dowody potwierdzające ich należyte wykonanie. Przyjmując stanowisko odwołującego, wykonawca nie mógłby powoływać się na doświadczenie, mimo iż takie posiada w odniesieniu do inwestycji tyle, że wykonanych na własną rzecz. W przypadku, gdy doświadczenie to spełnia wymagania sformułowane w dokumentacji przetargowej, to ma ono taką samą wartość i potwierdza te same umiejętności wykonawcy, jak doświadczenie nabyte w ramach inwestycji zrealizowanych na rzecz podmiotów trzecich. Wbrew twierdzeniom odwołującego Krajowa Izba Odwoławcza dopuszcza możliwość powoływania się na doświadczenie własne. (...). W odwołaniu odwołujący stwierdził jednocześnie, że referencje z dnia 22 kwietnia 2022 r. dla inwestycji z poz. 3 i 4 wykazu robót budowlanych pochodzą od spółki Resideo sp. z o.o., a więc zostały wystawione nie przez odbiorcę robót (inwestora) a przez administratora. (...) Referencje przedłożone przez Resideo sp. z o.o. są dokumentem prawidłowym w świetle § 9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych. (...) sp. z o.o. jest zarządcą budynków (...) i (...)

w rozumieniu art. 29 ustawy o własności lokali i jest podmiotem wpisanym w tym charakterze w Dziale III wpis 160 do księgi wieczystej nr POI P/00090678/4. (...) W treści referencji z dnia 22 kwietnia 2021 r. dla budynku (...) wskazano, że:

- a) Potwierdzamy jako administrator, że budynek zrealizowany przez firmę (...) na (...) w P. charakteryzuje bardzo dobry układ i funkcjonalność pomieszczeń,
- b) Wszystkie prace wykonane przez w/ w firmę nie budzą zastrzeżeń, odznaczają się wysoką jakością i terminowością. Budynek zrealizowano z zachowaniem wszystkich wymogów technologicznych oraz zgodnie ze sztuką budowlaną,
- c) Właściciele mieszkań przedmiotowego budynku nie wnoszą żadnych zastrzeżeń do użytkowanych przez siebie lokali mieszkalnych,
- d) Współpraca z firmą (...) układa nam się prawidłowo i z pewnością możemy ją polecić jako firmę solidną, gwarantującą wysoką jakość wykonanych przez siebie robót budowlanych.

Analogiczna referencja została wystawiona dla budynku (...). W orzecznictwie KIO wskazywane jest, że w przypadkach posługiwania się inwestycjami wykonanymi na rzecz wykonawcy dopuszczalne jest nawet złożenie oświadczenia własnego (co także wynika z § 9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych). Doświadczenie zarządcy jest miarodajne, bowiem jest to podmiot dokładnie znający stan techniczny

budynku - co potwierdza również złożona referencja i powołana jej treść. Należy również dodać,

że inwestycje z poz. 3 i 4 wykazu robót budowlanych zostały ukończone prawidłowo, zgodnie z zamierzeniami a inwestor - (...) sp. z o.o. uzyskał w stosunku do każdej z nich pozwolenie na użytkowanie od Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego. Uzyskanie pozwolenia potwierdza, że roboty zostały przeprowadzone zgodnie z wymaganiami określonymi w ustawie Prawo budowlane.

Wobec powyższego, to nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz dostaw, usług lub robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia (por. wyrok KIO 1498/18). Kwestionując doświadczenie przystępującego, odwołujący musiałby dowieść, iż w ramach zadań wskazanych w wykazie na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, przystępujący nie wykonywał zakresu prac wymaganego przez zamawiającego”.

Cytowany wyżej wyrok KIO został zaskarżony skargą do Sądu Okręgowego w Warszawie (Sąd Zamówień Publicznych). Wyrokiem z 14 kwietnia 2023 r. (sygn. XXIII Zs 3/23) Sąd uznał wywody KIO w sprawie KIO 2959/22 za prawidłowe i skargę oddalił. W uzasadnieniu powyższego wyroku Sąd wskazał: „Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą w odniesieniu do zarzutów odwołania, a także w przeważającym zakresie wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby prowadzące do jego oddalenia (...). Skarżący zarzucał niezgodność z powyższymi zapisami SWZ wobec faktu,

iż wykonawca (przystępujący) przedstawił inwestycje własne, co do których był on jednocześnie wykonawcą oraz inwestorem, a także wobec faktu wystawienia referencji co do przedmiotowych inwestycji przez zarządcę budynku tj. spółkę Resideo sp. z o. o. Odnosząc się do powyższych zarzutów wskazać przede wszystkim należy, iż wbrew twierdzeniom sformułowanym przez skarżącego, żadne obecnie obowiązujące przepisy prawa, czy to unijne czy też krajowe, nie wprowadzają zakazu dokumentowania doświadczenia budowlanego w oparciu o wykonane inwestycje własne. Takowe wyłączenie nie wynika również z warunku przedstawionego przez zamawiającego w SWZ. Zaznaczyć również należy, że jeżeli skarżący stał na stanowisku, iż w treści ww. zapisu SWZ brak było wyłączenia co wykazywania zdolności technicznej i zawodowej poprzez inwestycje własne, to takowy opis oceny warunku udziału w postępowaniu winien był zaskarżyć wcześniej. Skarżący zaś na etapie opublikowania ogłoszenia o zamówieniu nie kierował do zamawiającego wniosków o wyjaśnienie treści SWZ, nie wnosił również żadnych środków ochrony prawnej wobec treści SWZ, domagając się zmiany w zakresie opisu warunku udziału w postępowaniu wskazanego przez zamawiającego. Zaznaczyć również należy, iż zamawiający po terminie

składnia ofert nie mógł modyfikować wymagań zawartych w SWZ. W konsekwencji na obecnym etapie postępowania w ocenie Sądu Odwoławczego skarżący zdaje się pomijać fakt, że w treści SWZ brak było wyłączenia co do wykazania doświadczenia budowlanego w oparciu o inwestycje własne, tym samym zarzucane naruszenia nie zasługiwały na aprobatę i uznanie tu. Sądu. Jako bezzasadne należy ocenić również twierdzenia skarżącego o ewentualnej nierzetelności przedłożonych przez Przystępującego referencji zarządcy budynku w zakresie inwestycji „Wilczak 20A” i „Wilczak 20B”, z uwagi na nieprzedłożenie żadnych dowodów w tym zakresie. (...) W przedmiotowej sprawie skarżący nie przedstawił dowodów, że świadczono nieprawdę, czy też uchylono pozwolenie na użytkowanie omawianych inwestycji, a w konsekwencji w ocenie Sądu Odwoławczego przyjąć należy, że inwestycje te zostały prawidłowo wykonane, na co wskazują m.in. przedłożone referencje, a tym samym potwierdzają wymagane przez zamawiającego doświadczenie. Sąd Odwoławczy nie aprobuje również twierdzeń skarżącego w zakresie uznania, iż przedłożone referencje nie odpowiadają warunkom stawianym przedmiotowym środkiem dowodowym określonym w § 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415). Wskazać bowiem należy, iż w myśl powyższego przepisu w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty. Podzielając pogląd Krajowej Izby Odwoławczej uznać należy, iż ustawodawca wymaga przedłożenia wraz z wykazem dowodów określających czy roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. W konkretnych przypadkach za takie dowody mogą zostać uznane referencje, inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny

o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty. Nie ograniczono więc kręgu podmiotów uprawnionych do wystawiania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia. W orzecznictwie podkreśla się też, że nie istnieją ściśle określone w przepisach sformułowania czy wyrażenia, które powinny zostać zawarte w treści takiego dowodu. Powinno się w nich znaleźć jedynie potwierdzenie prawidłowego wykonania zobowiązania, którego dokument dotyczy (Wyrok KIO z 27.06.2022 r., KIO 1517/22, LEX nr 34342). Podzielając powyższe uznać należy, iż przedłożone przez przystępującego referencje spełniają wymaganie „innego odpowiedniego dokumentu” wynikającego z ww. Rozporządzenia”.

Izba wskazuje, że w orzecznictwie KIO wskazywane jest, że w przypadkach posługiwania się inwestycjami wykonanymi na rzecz wykonawcy dopuszczalne jest nawet złożenie oświadczenia własnego. Doświadczenie zarządcy jest miarodajne, bowiem jest to podmiot dokładnie znający stan techniczny budynku - co potwierdza również złożona referencja i powołana jej treść.

Referencje spółki Resideo sp. z o.o., tj. podmiotu, który ma wiedzę o zakresie realizowanej inwestycji, jest w posiadaniu dokumentacji dotyczącej tej inwestycji oraz ma najlepszą wiedzę co do stanu technicznego obiektów po wykonanych pracach, jest w ocenie Izby wystarczające i miarodajne. Tym samym nie ma żadnych podstaw do uzupełnienia przez przystępującego podmiotowych środków dowodowych. W świetle literalnego brzmienia spornego warunku udziału w postępowaniu przystępujący prawidłowo uznał, że jak najbardziej dopuszczalne jest powołanie się na realizację dwóch odrębnych etapów tego samego przedsięwzięcia inwestycyjnego, w ramach którego wykonywane były roboty sieciowe na obiektach objętych danym etapem.

Zdaniem Izby odwołujący nie sprostął spoczywającemu na nim ciężarowi dowodowemu i w żaden sposób nie wykazał niespełnienia warunku udziału w postępowaniu przez przystępującego. Odwołujący poprzestaje w tym zakresie na przedstawieniu swoich wątpliwości, wynikających z ogólnych informacji zawartych w sprawozdaniach finansowych, które przecież nie stanowią dokumentacji budowlanej inwestycji.

W sprawie nie wystąpiły również żadne przesłanki wykluczenia z postępowania opisane w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp - tj. zamierzone wprowadzenie w błąd zamawiającego lub rażące niedbalstwo wykonawcy przy przedstawieniu informacji w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba wskazuje, że to na odwołującym ciążył obowiązek wykazania zaistnienia tych przesłanek. Odwołujący nie sprostął temu obowiązkowi. Jako *stricte* sankcyjny przepis, niosący za sobą dalekosiężną odpowiedzialność dla wykonawcy (przez wprowadzenie zamawiającego w błąd) zarzut musi być gruntownie umotywowany i udowodniony. Zdaniem Izby przystępujący nie przedstawił żadnych informacji, które mogłyby zostać uznane za nieprawdziwe i wprowadzające zamawiającego w błąd.

Odwołujący podnosi również zarzut pozorności udostępnienia przez spółkę AGROBEX swojego doświadczenia wobec zadeklarowania w treści zobowiązania wykonania tylko części robót dotyczących sieci ciepłych i energetycznych.

Zdaniem Izby poprzez złożone oświadczenie spółka AGROBEX nie zobowiązała się bowiem do wykonania fragmentu prac sieciowych, ale do wykonania część robót z całego zakresu zamówienia – tj. robót dotyczących sieci ciepłych i energetycznych. Oznacza to faktyczne ograniczenie prac podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia, ale tylko względem całości robót objętych tym zamówieniem, nie zaś w odniesieniu do prac w zakresie sieci. Takie rozumienie zobowiązania odzwierciedla uzgodnienia stron w tym zakresie,

a przede wszystkim odpowiada literalnej treści samego oświadczenia. Tym samym zarzut odwołania pozostaje bezzasadny. Odwołujący nie wykazał, by udział podmiotu trzeciego w realizacji prac sieciowych był marginalny, czy też symboliczny.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: