

**Sygn. akt: KIO 3461/22**

**WYROK**  
**z dnia 10 stycznia 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska**

**Protokolant: Bogusława Tokarczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2022 r. przez wykonawców:

**K. JPD K. P. K.(ul. Droga Kręta 2a, 86-300 Grudziądz) oraz**

**JPD sp. z o.o. sp. k. (ul. Droga Kręta 2a, 86-300 Grudziądz)**

ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

**Gmina-Miasto Grudziądz (ul. Ratuszowa 1, 86-300 Grudziądz)**

**orzeka:**

1. **Uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu piątego** i nakazuje zamawiającemu:
  - 1.1 Unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
  - 1.2 Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
  - 1.3 Wezwanie wykonawców STULSZ M. R. z siedzibą w Grudziądzu (86-300) ul. Lipowa 43a oraz Maszy Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu (86-300) ul. Mieszka I 3a/1, ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia do złożenia aktualnych dowodów potwierdzających spełnienie przez nich warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej określonych w Rozdziale X pkt. 1 ppkt 2) lit. „c” tiret drugie specyfikacji warunków zamówienia
2. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu trzeciego.
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
4. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zamawiającego po połowie i:
  - 2.1. zalicza w ich poczet poniesioną przez odwołującego kwotę: 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu oraz poniesione przez odwołującego i zamawiającego koszty po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

- 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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:** .....

## UZASADNIENIE

Gmina-Miasto Grudziądz (ul. Ratuszowa 1, 86-300 Grudziądz) (dalej również „Zamawiający”) prowadzi w trybie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: „Ustawa” lub „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia na: wykonanie rozbudowy i modernizacji stacji żeglarskiej nad Jeziorem Rudnickim Wielkim (numer referencyjny: IZP-I.271.51.2022, ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych 2022/BZP 00422947/01 z dnia 4 listopada 2022 r.) (dalej również: „Postępowanie”).

W dniu 27 grudnia 2022 r. do Prezesa Urzędu Zamówień publicznych w Warszawie wniesione zostało odwołanie przez ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania wykonawców P. K. JPD K. P. K. (ul. Droga Kręta 2a, 86-300 Grudziądz) oraz JPD sp. z o.o. sp. k. (ul. Droga Kręta 2a, 86-300 Grudziądz) (dalej również: „JPD”, „Wykonawca” lub „Odwołujący”).

Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami czynności Zamawiającego polegających na bezzasadnym uznaniu za spełniającą wymagania i warunki określone w specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”), a w konsekwencji wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego M. R. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: STULSZ M. R. z siedzibą w Grudziądzu (86-300) ul. Lipowa 43a, NIP:8762052330 oraz Maszy Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu (86-300) ul. Mieszka I 3a/1, KRS: 0000820326 (dalej zwanej: „Konsorcjum”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 pkt 2, art. 112 Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że Konsorcjum nie potwierdziło spełniania warunków udziału w Postępowaniu i wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia przedmiotowe warunki w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonych w Rozdziale X pkt 1 ppkt 2) lit. „d” SWZ, w tym zakresie Odwołujący kwestionował charakter wykonanych prac jako nie stanowiących wymaganych przez Zamawiającego modernizacyjnych, rozbudowy lub budowy lecz remontu

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 pkt 2, art. 112 Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że Konsorcjum nie potwierdziło spełniania warunków udziału w Postępowaniu i wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia przedmiotowe warunki w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, określonych w Rozdziale X pkt 1 ppkt 2) lit. „c” tiret drugie SWZ, tu Odwołujący

kwestionował posiadanie środków zdeponowanych na rachunkach bankowych, które w ocenie Odwołującego stanowiły mieszkaniowe konta powiernicze dewelopera i Konsorcjum nie było właścicielem środków a tym samym nie wykazało spełnienia warunku

3. art. 226 ust. 1 pkt 5 i 14 w zw. z art. 97 ust. 5 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że Konsorcjum wbrew warunkom zamówienia nie wniósł wadium lub wniósł je w sposób nieprawidłowy,

4. art. 239 ust. 1 Pzp - poprzez bezpodstawny wybór oferty Konsorcjum, pomimo że złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona,  
ewentualnie

5. art. 128 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia złożonych oświadczeń i dokumentów - wskutek czego nie zweryfikowano posiadanego doświadczenia Konsorcjum w zakresie wystarczającym do uznania, że spełnione zostały warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz ekonomicznej lub finansowej, określone w Rozdziale X pkt 1 ppkt 2) lit. „c” tiret drugie oraz lit. „d” SWZ,

6. art. 16 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co doprowadziło do wyboru oferty, która nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu.

Odwołujący wnosił o: unieważnienie czynności badania i oceny ofert; unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; przeprowadzenie ponownego badania oraz oceny ofert; odrzucenie oferty Konsorcjum.

Na posiedzeniu w dniu 10 stycznia 2023 r. Odwołujący cofnął odwołanie w zakresie zarzutu trzeciego w całości.

Odwołujący złożył następujące dowody:

- 1) dowód nr 1: wyciąg z rachunków bankowych dla Konsorcjanta M. R. z dnia 7 grudnia 2022 r. na koniec dnia 6 grudnia 2022 r. złożony przez Konsorcjum Zamawiającemu dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale X pkt 1 ppkt 2) lit. „c” tiret drugie SWZ - na okoliczność rodzaju rachunków bankowych Konsorcjum jako rachunków powierniczych mieszkaniowych w rozumieniu ustawy z dnia 20 maja 2021 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego oraz Deweloperskim Funduszu Gwarancyjnym (DZ.U. 2021 poz. 1177) (dalej: „ustawa deweloperska”),
- 2) dowód nr 2: lista uczestników CUG (Closed User Group) posiadających rachunki w systemie SORBNET2, dowód nr 3: uchwała nr 20/2004 Zarządu Narodowego Banku Polskiego z dnia 22 kwietnia 2004 r. w sprawie otwierania i prowadzenia rachunków banków przez Narodowy Bank Polski, dowód nr 4: Informacja na temat

podstawowych zasad uczestnictwa w systemie SORBNET2 - na okoliczność tego, że rachunki Konsorcjum z dowodu nr 1 służą obsłudze międzybankowej SORBNET2, a nie są to rachunki oszczędnościowo-rozliczeniowe, na których gromadzone są środki wykonawcy, którymi ten może dysponować

- 3) dowód nr 5: wyciąg z wykazu podmiotów zarejestrowanych jako podatnicy VAT, niezarejestrowanych oraz wykreślonych i przywróconych do rejestru VAT dla Konsorcjanta M. R.- na okoliczność tego, że żaden z rachunków z dowodu nr 1 nie został wskazany jako rachunek rozliczeniowy lub imienny, na których gromadzone są środki Konsorcjanta,
- 4) dowód nr 6: korespondencja e- mail pomiędzy Odwołującym a bankiem Konsorcjanta, który wydał potwierdzenie sald stanowiące dowód nr 1 zawierające m.in. oświadczenie podpisane przez Zespół Komunikacji i Promocji tegoż banku, że: „(...) numery rachunków bankowych znajdujących się w przesłanym wykazie są mieszkaniowymi rachunkami powierniczymi w rozumieniu Ustawy z dnia 20 maja 2021 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego oraz Deweloperskim Funduszu Gwarancyjnym. W myśl ww Ustawy, zgromadzone na powyższych rachunkach środki są zabezpieczone przez postępowaniem egzekucyjnym oraz upadłościowym. Szczegółowych informacji powinien udzielić Państwu Deweloper.” : na okoliczność tego , że rachunki Konsorcjanta wskazane w dowodzie nr 1 są rachunkami mieszkaniowymi powierniczymi w rozumieniu ustawy deweloperskiej.

Odwołujący w zakresie zarzutu pierwszego wskazywał, że złożone przez Konsorcjum dokumenty i wyjaśnienia dla wykazania spełnienia kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu nie pozwalają na uznanie wykazania spełnienia warunku, a interpretacja rozszerzająca treści SWZ zastosowana przez Zamawiającego jest niedopuszczalna.

Odwołujący w zakresie zarzutu drugiego wskazywał, że złożone przez Konsorcjum dokumenty i wyjaśnienia dla wykazania spełnienia kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu nie pozwalają na uznanie wykazania spełnienia warunku wobec tego, że dowody wystawione zostały na datę późniejszą niż data składania ofert, oraz odnoszą się do rachunków powierniczych mieszkaniowych Konsorcjum w rozumieniu ustawy deweloperskiej, których charakter wyklucza możliwości wykazania dostępu przez wykonawcę do finansowania realizacji zamówienia publicznego w określonej kwocie, bądź w postaci środków własnych, bądź w postaci uzyskanego kredytu.

Odwołujący w zakresie zarzutu trzeciego cofnął odwołanie, co skutkuje umorzeniem postępowania w tym zakresie, wobec czego analiza tegoż zarzutu staje się bezprzedmiotowa.

Zarzut czwarty stanowi konsekwencję twierdzonych naruszeń opisanych powyżej i nie jest zarzutem samoistnym.

Odwołujący w zakresie zarzutu piątego wskazywał na ewentualną potrzebę wezwania przez Zamawiającego Konsorcjum do uzupełnienia złożonych oświadczeń i dokumentów na wykazanie kwestionowanych warunków udziału w postępowaniu, jako że te nie były wystarczające dla wykazania spełnienia tychże

Zarzut szósty stanowi konsekwencje twierdzonych naruszeń opisanych powyżej i nie jest zarzutem samoistnym.

Zamawiający nie uznał zarzutów i wnosił o ich oddalenie. Zamawiający, w odniesieniu do podtrzymanych zarzutów odwołania wskazywał między innymi, że: dokonana przez niego interpretacja warunków udziału w postępowaniu i ocena złożonych przez Konsorcjum dokumentów była prawidłowa, w szczególności w świetle treści posiadanych przez niego na dzień oceny ofert oświadczeń Konsorcjum. Zamawiający podnosił też, że gdyby jego intencją było wymaganie w ramach warunku udziału w postępowaniu opisanej w Rozdziale X pkt 1 ppkt 2) lit. „d” SWZ jako roboty referencyjnej wykonania pracy polegającej na wytworzeniu czegoś nowego czy też rozbudowie istniejącego obiektu, to nie wskazywałby w treści SWZ, że oczekuje też modernizacji obiektu. W ocenie Zamawiającego zadaniem referencyjnym zgodnie z SWZ może być zadanie polegające chociażby na remoncie, na co wskazuje zbieżność pojęcia „remont” z ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (DZ.U.2021.0.2351 t.j.) (dalej również; „prawo budowlane”) z użytym w SWZ pojęciem „modernizacja”, które wykładane powinno być zgodnie z wykładnią języka potocznego. Remont jest modernizacją w rozumieniu SWZ. Według Zamawiającego oczywistym jest w SWZ i referencjach chodzi o taki remont (modernizację), gdzie odtworzenie stanu pierwotnego dokonywane jest przy użyciu nowych materiałów, innych niż użyto w stanie pierwotnym, co prowadzi w sposób oczywisty do ulepszenia obiektu. Zamawiający wskazywał również, że zakres referencji jest szerszy od przywołanego przez Odwołującego a prace objęte referencjami z pewnością wykonywane były w celu ulepszenia obiektu.

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

Izba ustaliła, że stan faktyczny pomiędzy stornami był niesporny.

Zamawiający w Rozdziale X SWZ określił warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, dotyczące niezbędnego doświadczenia zawodowego, szczegółowo określone w pkt 1 ppkt 2) lit. „d” przywołanego Rozdziału.

Zgodnie z brzmieniem przywołanego warunku o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej jeśli udowodni, że wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedno zadanie, polegające na budowie, rozbudowie, modernizacji obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 2.000 m<sup>3</sup>. Jednocześnie w Rozdziale XI pkt 4 SWZ Zamawiający określił, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę ww. warunków zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia, następujących podmiotowych środków dowodowych tj. wykazu robót budowlanych (załącznik nr 4 do SWZ) 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 tymi dowodami 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 świadczące o spełnieniu przez wykonawcę przedmiotowych warunków.

Zgodnie z Rozdziałem X SWZ Zamawiający określił warunki udziału w Postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, szczegółowo określone w pkt 1 ppkt 2) lit. „c” tiret drugie tj. posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 1.000.000,00 zł (słownie: jeden milion złotych). Jednocześnie w Rozdziale XI pkt 3 SWZ Zamawiający określił, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej, określonej w pkt. 1 ppkt 2 lit. c tiret drugie Rozdziału X SWZ, Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert a jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może złożyć wymaganych wyżej, podmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa inne podmiotowe środki dowodowe, które w wystarczający sposób potwierdzają spełnianie opisanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu i Zamawiający zastrzega, iż w celu wykazania przez wykonawcę odpowiedniej sytuacji finansowej, nie dopuszcza sumowania zdolności kredytowej pochodzącej z informacji uzyskanych z różnych banków wydanych dla jednego podmiotu.

Termin składnia ofert w Postępowaniu upływał dnia 30 listopada 2022 r..

Oferty w Postępowaniu oferty złożyli:

<b>I.p.</b>	<b>Wykonawca</b>	<b>Cena oferty brutto</b>	<b>Termin gwarancji [miesiące]</b>
1	Przedsiębiorstwo Solgrud Sp. z o.o. ul. Olchowa 4 86-300 Grudziądz NIP: 876-010-31-06 REGON: 870035565	5.464.000,00	60
2	CONCEPT PROJEKTOWANIE ARCHITEKTONICZNE ul. CHEŁMIŃSKA 106A/39 86-300 GRUDZIĄDZ NIP: 876-178-44-79 REGON: 871213218	4.982.208,48	60
3	Niebieskie Migdały B. K. ul. Kościuszki 14/1a 14-200 Iława NIP: 744-164-67-52 REGON: 519562006	5.130.744,64	60
4	U. Sp. z o.o. ul. Bolesława Chrobrego 151 87-100 Toruń NIP: 9562301674 REGON: 341363224	6.100.000,00	60
5	KONSORCJUM FIRM: STULSZ M. R. UL. Lipowa 43a 86-300 Grudziądz NIP: 8762052330 REGON: 341530024  MASZA SPÓŁKA Z O.O. UL. Mieszka I 3a/1 86-300 Grudziądz NIP: 8762490107 KRS: 0000820326	4.765.000,00	60
6	KONOSRCJUM FIRM: JPD K. P. K. - LIDER KONSORCJUM ul. Droga Kręta 2a 86-300 Grudziądz NIP: 8762460129 REGON: 341571810  JPD SP. Z O.O. SP. K. - UCZESTNIK KONSORCJUM ul. Droga Kręta 2a 86-300 Grudziądz NIP: 8762472173 REGON: 369133436	4.784.778,21	60



Zamawiający dokonał badania i oceny ofert przyznając następujące wartości ofertom niepodlegającym odrzuceniu:

Numer oferty	Liczba punktów w kryterium - cena	Liczba punktów w kryterium - termin	Razem liczb punktów
1	52,32	40	92,32
2	57,38	40	97,38
3	55,72	40	95,72
4	46,87	40	86,87
5	60,00	40	100,00
6	59,75	40	99,75

Oferta Konsorcjum była najkorzystniejsza.

Zamawiający pismem z dnia 1 grudnia 2022 r. na podstawie art. 274 ust. 1 Ustawy wezwał Konsorcjum do złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, aktualnych na dzień złożenia.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 1 grudnia 2022 r. do złożenia wykazu robót zawierającego co najmniej jedno zadanie, polegające na budowie, rozbudowie, modernizacji obiektu użyteczności publicznej o kubaturze min. 2.000 m<sup>3</sup> oraz informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert wykazujące, że wykonawca wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 1.000.000,00 zł (słownie: jeden milion złotych), Konsorcjum złożyło w dniu 7 grudnia 2022 r. pismo zawierające oświadczenie, że spełnia warunki i, że na potwierdzenie ich spełnienia składa:

dla wykazania spełnienia warunku opisanego w Rozdziale X SWZ pkt 1 ppkt 2) lit. „d”:

- wykaz robót, gdzie jako zamówienie referencyjne, wymienione na potwierdzenie spełnienia wymagań Zamawiającego, wskazano „Remont elewacji wraz z kolorystyką, remont podestów, schodów zewnętrznych, pochylni i podjazdów dla niepełnosprawnych wraz z uporządkowaniem terenu przyległego do budynku użytkowanego Wspólnoty Lokalowej przy ul. Ikara 4”, zrealizowany na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Nieruchomościami Sp. z o.o. w Grudziądzu oraz

- referencje wskazujące na to, że w ramach przywołanego w powyżej zadania zakres prac obejmował w szczególności: - remont elewacji budynku wraz z wykonaniem wyprawy tynkarskiej i kolorystyki budynku, - uporządkowanie instalacji na elewacji, z ukryciem instalacji w brzdach, - wymiana stolarki okiennej i drzwiowej, - remont schodów i podestów wejściowych do budynku, - rozbiórka istniejącego podjazdu i wykonanie nowego podjazdu dla osób niepełnosprawnych, - remont studzienek naświetli, - rozbiórka istniejącej opaski wokół budynku i wykonanie nowej, - przełożenie oraz wymiana podejść instalacji kanalizacji deszczowej do rur spustowych i rewizji, - uporządkowanie oraz przełożenie i ewentualna wymiana przewodów oraz osprzętu instalacji elektrycznej zewnętrznej, - wymiana punktów świetlnych nad wejściami do budynku, - remont zadaszeń nad wejściami, - budowa wiaty śmietnikowej, naprawa murku i siedzisk przy dojeździe do budynku”;

dla wykazania spełnienia warunku opisanego w Rozdziale X SWZ pkt 1 ppkt 2) lit. „c” tiret drugie:

- pismo z banku Konsorcjanta zawierające zawiadomienie o saldach rachunków bankowych Konsorcjanta M. R. z dnia 7 grudnia 2022 r. na koniec dnia 6 grudnia 2022 r. zawierający listę 22 rachunków bankowych o numerach kont posiadających ten sam numer rozliczeniowy banku lub jego placówki tj. 9484 0007, o łącznym saldzie 751 904, 45 zł, opisany przez Odwołującego jako dowód nr 1 oraz

- pismo z banku Konsorcjanta zawierające potwierdzenie salda rachunku kredytowego Konsorcjanta M. R. z dnia 7 grudnia 2022 r. wskazującego środki dostępne w wysokości 317 817,62 zł

Przy czym w odniesieniu do warunku opisanego w Rozdziale X SWZ pkt 1 ppkt 2) lit. „c” tiret drugie Konsorcjum oświadczyło, że środki finansowe niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia będą pochodzić ze środków własnych posiadanych przez Konsorcjum zgromadzonych i przeznaczonych na ten cel na rachunkach bankowych Konsorcjum oraz, że suma tych środków zgromadzona jest w wymaganej wysokości określonej wezwaniem z dnia 01 grudnia 2022 r. tzn. przekracza kwotę 1.000.000 zł. Na potwierdzenie faktu posiadania w/w środków finansowych, Wykonawca przedkłada wydruki z rachunków bankowych, potwierdzających wysokość salda (załącznik SALDO\_PKO BP i załącznik SALDO\_BS BRODNICA). Jednocześnie oświadczam, że Wykonawca nie zamierza korzystać z zewnętrznych źródeł finansowania inwestycji.

Zamawiający pismem z dnia 13 grudnia 2022 r. wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w przedmiocie spełnienia warunku opisanego w Rozdziale X pkt 1 ppkt 2 lit. d) wobec tego, że przedłożone dokumenty nie wskazują jednoznacznie, że wykazana robota budowlana polegała na budowie, rozbudowie lub modernizacji budynku.

W odpowiedzi na wezwanie, Konsorcjum wyjaśniło, że „Odnosząc się do zakresu wykonanych prac, szczegółowo został on wskazany w przedłożonych przez nas referencjach. Obejmował on remont elewacji, wymianę stolarki okiennej i drzwiowej, remont schodów i podestów, rozbiórkę i wykonanie nowego podjazdu dla osób niepełnosprawnych, remont studzienek, rozbiórka i wykonanie nowej opaski, przełożenie i wymiana podejść instalacji deszczowej, uprządkowanie, przełożenie i wymiana przewodów oraz osprzętu instalacji elektrycznej, wymiana punktów świetlnych, remont zadaszeń, budowa wiaty śmietnikowej, naprawa murku i siedzisk. Zauważyć należy, iż zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane, a dokładniej z jej art. 3 pkt 8 remont to wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym. rozbudową mamy do czynienia w przypadku zmiany, innych poza wysokością, charakterystycznych parametrów obiektu budowlanego jak kubatura, powierzchnia zabudowy, jego długość czy szerokość. Rozbudową jest powiększenie istniejącego obiektu budowlanego o taki stanowiący charakterystyczny parametr budynku element techniczny, który stanowi (zewnątrzną) część obiektu budowlanego – tak stanowi wyrok WSA w Poznaniu z dnia 16 stycznia 2019 r., sygn. akt: II SA/Po 730/18. Prawo budowlane nie rozróżnia przy tym prac remontowych od prac modernizacyjnych. To drugie pojęcie odnaleźć można w art. 22g ust. 17 ustawy o PIT. Modernizacją w świetle tej regulacji jest ulepszenie polegające na jego unowocześnieniu, poprawieniu stanu i zmiany jego cech bądź przystosowaniu danego środka trwałego w celu zmiany jego przeznaczenia i pełnionej funkcji. Efektem ulepszenia jest zwiększenie wartości użytkowej składnika majątku. Nie budzi wątpliwości (i wynika to de facto z opisu poszczególnych pozycji wskazanych w referencjach), iż zakres robót wykonywanych przez nas na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Nieruchomościami obejmował wszystkie elementy prac budowlanych (budowa nowych elementów, rozbudowa elementów istniejących, a także modernizacja, czyli ulepszenie wymienionych elementów). Mając na względzie powyższe, pozostajemy w przekonaniu, iż przedłożone przez nas dokumenty potwierdzają zakres wykonanych przez nas prac, zgodny z wymaganiami specyfikacji.”

W związku z uzyskanymi wyjaśnieniami Zamawiający wobec oceny, że oferta Konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu dokonał jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Rachunki bankowe wymienione w dowodzie nr 1 są rachunkami powierniczymi mieszkaniowymi w rozumieniu ustawy deweloperskiej Konsorcjanta przeznaczonymi do obsługi rozliczeń międzybankowych SORBNERT2 przez uczestników CUG i nie stanowią rachunków depozytowo – rozliczeniowych i imiennych SKOK. Wskazane w pismach banku

Konsorcjanta zawierających salda wartości są aktualne na dzień późniejszy od dnia składania ofert.

Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez Odwołującego złożone na posiedzeniu i oparła się na dokumentacji Postępowania (w szczególności SWZ, korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum oraz podmiotowych środkach dowodowych).

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

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko Zamawiającego o odrębności i nowości czynności w postaci decyzji z dnia 14 grudnia 2022 r o unieważnieniu Postępowania i odrzuceniu oferty Wykonawcy będącej substratem zaskarżenia.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu piątego, umorzyła w zakresie zarzutu trzeciego i oddaliła w pozostałym zakresie.

Umorzenie postępowania w zakresie zarzutu trzeciego odwołania dokonane zostało wobec złożenia przez Odwołującego oświadczenia o jego wycofaniu przed otwarciem rozprawy zgodnie z art. 520 Ustawy przewidującym, że: „1. Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. 2. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa .” Wobec powyższego Izba uznała, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania w zakresie cofniętego zarzutu w trybie art. 568 pkt. 1 Ustawy.

W zakresie zarzutu piątego Izba wskazuje, że oba podmiotowe środki dowodowe w postaci potwierdzeń sald rachunków i kredytu Konsorcjanta z dnia 7 grudnia 2022 r. wykazują wartości na dzień 6 grudnia 2022 r. nie potwierdzając tego stanu – wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej wykonawcy - na dzień składania ofert w Postępowaniu tj. 30 listopada 2022 r. Ponad to wymienione w dowodzie nr 1 rachunki bankowe są rachunkami do rozliczeń międzybankowych w systemie SORBNET2 a w świetle wyjaśnień udzielonych przez Zespół Komunikacji i Promocji banku Konsorcjanta z dnia 5

stycznia 2023 r. stanowią one rachunki powiernicze mieszkaniowe, o których mowa w ustawie deweloperskiej.

Zgodnie z art. 5 pkt. 9-10 ustawy deweloperskiej mieszkaniowy rachunek powierniczy to należący do dewelopera rachunek powierniczy, o którym mowa w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe (Dz.U. z 2020 r. poz. 1896, z późn. zm.3), służący gromadzeniu środków pieniężnych wpłacanych przez nabywcę na cele określone w umowie deweloperskiej albo w jednej z umów, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 2, 3 lub 5 lub ust. 2, z którego wypłata zdeponowanych środków następuje w przypadku rachunku otwartego zgodnie z harmonogramem przedsięwzięcia deweloperskiego lub zadania inwestycyjnego, określonym w jednej z tych umów, zaś w przypadku rachunku zamkniętego jednorazowo, po przeniesieniu na nabywcę każdego z praw wynikających z tych umów. Art. 59 ust. 1-3, 7 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. prawo bankowe (tj. Dz.U. 2022 r. poz. 2324) (dalej: „prawo bankowe”) stanowi zaś, że: 1. Na rachunku powierniczym mogą być gromadzone wyłącznie środki pieniężne powierzone posiadaczowi rachunku - na podstawie odrębnej umowy - przez osobę trzecią. 2. Stronami umowy rachunku powierniczego są bank i posiadacz rachunku (powiernik). 3. Umowa, o której mowa w ust. 2, określa warunki, jakie powinny być spełnione, aby środki pieniężne osób trzecich wpłacone na rachunek mogły być wypłacone posiadaczowi rachunku lub aby jego dyspozycje w zakresie wykorzystania tych środków mogły być zrealizowane. (...) 7. Przepisy ust. 3-6 stosuje się w przypadku, gdy powierzenie środków pieniężnych nastąpiło w wykonaniu umowy, o której mowa w ust. 1, z datą pewną.

Stąd przyjmuje się, że wpłacane przez przyszłych nabywców nieruchomości deweloperskiej na rachunek powierniczy środki, w momencie ich wpływu, nie są należnościami dla posiadacza rachunku (dewelopera). Posiadacz tego rachunku nie ma możliwości swobodnego rozporządzania środkami zgromadzonymi na tym rachunku. Korzystanie z tych środków jest odsunięte w czasie aż do chwili spełnienia określonych warunków, wobec czego stanowią one formę kaucji czy też zabezpieczenia wykonania zobowiązań. Jednocześnie duża swoboda w określaniu zasad wypłaty środków z rachunków mieszkaniowych powierniczych ograniczona jest koniecznością ustalenia warunków, jakie powinny być spełnione, aby środki pieniężne osób trzecich wpłacone na rachunek mogły być wypłacone posiadaczowi rachunku lub aby jego dyspozycje w zakresie wykorzystania tych środków mogły być zrealizowane, co wyłącza zasadę swobodnego dysponowania środkami zgromadzonymi na rachunku, o której mowa w art. 50 ust. 1 prawa bankowego oraz obowiązek wykonywania zleceń posiadacza rachunku bankowego, o którym mowa w art. 727 ustawy kodeks cywilny. Dodatkowo wobec treści art. 59 ust. 4 prawa bankowego pomimo faktu, że bank jest dłużnikiem powiernika, jako posiadacza rachunku, i powiernikowi przysługuje roszczenie (wierzytelność) wobec banku co do wypłaty środków zgromadzonych

na rachunku, to wierzyciele posiadacza nie mogą dokonać zajęcia rachunku powierniczego na swoją rzecz. Dodatkowo zgodnie z treścią art. 13 ustawy deweloperskiej deweloper dysponuje środkami wypłacanymi z otwartego mieszkaniowego rachunku powierniczego w celu finansowania lub refinansowania przedsięwzięcia deweloperskiego lub zadania inwestycyjnego, dla którego jest prowadzony ten rachunek a środki z tych rachunków wypłacane są zgodnie z zasadami określonymi w art. 15 i 16 ustawy deweloperskiej.

Zgodnie z normą art. 112 celem określenia przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmię jego należytej realizacji. Przy czym, zgodnie z art. 115 Ustawy w odniesieniu do sytuacji finansowej lub ekonomicznej zamawiający może określić warunki, które zapewnią posiadanie przez wykonawców zdolności ekonomicznej lub finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia i tym celu zobowiązać wykonawcę do wykazania posiadania określonej zdolności kredytowej lub środków finansowych.

Istotą potwierdzenia spełniania warunku zdolności ekonomicznej lub finansowej jest pozytywna weryfikacja możliwości wykonawcy zaangażowania odpowiednich zasobów finansowych i zabezpieczenia finansowania realizacji zamówienia przynajmniej do czasu, w którym uzyska płatności od zamawiającego - a więc wykazania posiadania środków, którymi będzie mógł dysponować na cele związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji powyższych okoliczności powstają wątpliwości, co do wykazania wypełnienia przez Konsorcjum przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

W ocenie Izby postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu wykonawcy obowiązani są spełniać przez cały czas trwania postępowania od wyznaczonego przez zamawiającego dnia składania ofert. Jak wynika z przepisów art. 274 ust. 1 i art. 128 ust. 2 w zw. z art. 266 Pzp wykonawca, udzielając odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp, obowiązany jest do złożenia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Pojęcie aktualności odnosi się jednak do środka dowodowego, a nie do okoliczności spełniania warunku. Złożenie podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu na ten dzień, tworzy domniemanie, że warunek ten wykonawca spełnia przez cały czas trwania postępowania, od dnia składania ofert. Nie dotyczy to jednak sytuacji, gdy ze złożonych przez Konsorcjum podmiotowych środków dowodowych nie wynika okoliczność spełniania przez warunku udziału przez cały wymagany okres, lecz na określoną datę przypadającą po upływie terminu składania ofert a pismo przewodnie wybranego wykonawcy złożone wraz z żądanymi dowodami w odpowiedzi na

wezwanie Zamawiającego złożone w trybie art. 274 Pzp również nie potwierdza spełnienia warunku przez cały wymagany okres. Ponadto zdeponowane na rachunkach powierniczych mieszkaniowych w rozumieniu ustawy deweloperskiej środki (których potwierdzenie sald zostało złożone przez Konsorcjum na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu), co do zasady nie zapewniają posiadaczowi (tutaj wykonawcy) możliwości dysponowania nimi w celu zabezpieczenia realizacji przedmiotu zamówienia. Stąd, co do zasady, nie mogą samoistnie stanowić dowodu potwierdzającego zdolność ekonomiczną lub finansową wykonawcy należytego wykonania zamówienia, chyba że istnieją szczególne uwarunkowania faktyczne i prawne dające wykonawcy realne i aktualne w rozumieniu Pzp prawo dysponowania środkami zdeponowanymi na rachunkach powierniczych w celu wykonania zamówienia publicznego a nie inwestycji deweloperskiej, dla której zostały otwarte rachunki.

Stąd Zamawiający jest nie tylko uprawniony ale i zobowiązany, do wystosowania do Konsorcjum wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez cały wymagany okres.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu piątego, bowiem wykazano, że w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp. Stwierdzone naruszenie przepisów Ustawy miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, w postaci wyboru oferty wykonawcy, który w wykonaniu wezwania w trybie art. 274 ust. 1 Ustawy nie złożył wymaganych podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy.

Jednocześnie mając na uwadze powyższe ustalenia i ocenę zarzut drugi podlegał oddaleniu. Zgodnie bowiem z art. 128 Pzp, w przypadku gdy wykonawca nie złoży podmiotowych środków dowodowych, są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Ustawodawca tym samym nałożył na zamawiającego obowiązek skierowania do wykonawcy wezwania w przypadkach określonych dyspozycją ww. przepisu, na co wskazuje użycie sformułowania „wzywa”. Wezwanie ma charakter obligatoryjny, a zaniechania wezwania w przypadkach wskazanych w art. 128 ust. 1 Ustawy stanowiłoby jej naruszenie. W świetle zasady równego traktowania wykonawców dyspozycją powyższego przepisu objęta jest zarówno sytuacja, gdy wykonawca nie złoży w ogóle podmiotowych środków dowodowych na

potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale również, gdy złożone środki dowodowe nie wykazują spełnienia warunków.

W zakresie zarzutu pierwszego Izba oddaliła odwołanie mając na uwadze, że w świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Ponad w zakresie oceny zarzutu pierwszego Izba podzieliła stanowisko procesowe Zamawiającego oraz zaprezentowane w wyjaśnieniach przez Konsorcjum udzielonych w związku z wezwaniem z dnia 13 grudnia 2022 r. przyjmując, że prawidłowym w świetle treści SWZ, oferty, wykazu i innych podmiotowych środków dowodowych i wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum a odnoszących się do warunku określonego w Rozdziale X pkt 1 ppkt 2) lit. „d” SWZ, było uznanie wykazania spełnienia warunku i wykładni warunku z SWZ jako obejmującego zadanie opisane dla wykazania wykonania roboty referencyjnej i braku podstaw istnienia podstawy odrzucenia oferty. Izba uznała, że zakres robót objętych referencjami obejmował również prace stanowiące modernizację w rozumieniu SWZ, polegające na budowie nowych elementów, rozbudowie istniejących a także modernizacji czyli ulepszeniu np. wymianę stolarki okiennej i drzwiowej. Izba dodaje, że czynność odrzucenia oferty jest ostateczną i w sytuacji niejednoznaczności zapisów SWZ – tutaj zdefiniowania zadania referencyjnego w postaci budowy, rozbudowy, modernizacji obiektu, jako obejmującego również zadanie opisane w referencjach Konsorcjum – wszelkie ewentualne wątpliwości wynikające z treści SWZ należałoby rozstrzygać na korzyść wykonawcy.

Pozostałe zarzuty stanowiły konsekwencję każdego z zarzutów podstawowych i ewentualnego, są z nimi immanentnie związane dzieląc ich los.



Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) i art. 568 pkt. 1 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący .....