

Sygn. akt: KIO 934/21

## WYROK

z dnia 13 maja 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 marca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **A. J.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **ACC ELECTRIC A. J., T. P.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **TomBud T. P.**, z siedzibą lidera ul. Białostocka 32, 18-106 Turośń Kościelna w postępowaniu prowadzonym przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury**, ul. Saperska 1, 10-073 Olsztyn

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **W. G.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **Zakład Usług Inwestycyjnych INWEST - SERWIS W. G., Inwest - Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą lidera ul. Polna 19, 10-086 Olsztyn zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

### orzeka:

**1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:**

- 1.1.** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- 1.2.** powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu;

**2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, i:**

- 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od **Rejonowego Zarządu Infrastruktury**, ul. Saperska 1, 10-073 Olsztyn na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **A. J.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **ACC ELECTRIC A. J., T. P.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **TomBud T. P.**, ul. Białostocka 32, 18-106 Turośń kwotę 4 085 zł 60 gr (słownie cztery tysiące osiemdziesiąt pięć złotych sześćdziesiąt groszy) w tym 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony i kwotę 485 zł 60 gr (czteryście osiemdziesiąt pięć złotych sześćdziesiąt groszy) związaną z dojazdem na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) 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

Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Olsztynie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę budynku dla Zestawów Laserowych Symulatorów Strzelań wraz z infrastrukturą towarzyszącą i zagospodarowaniem terenu budową: wiat, chodników, placów i dróg utwardzonych, ogrodzenia, zbiornika przeciwpożarowego oraz zbiornika retencyjnego odparowującego w Bemowie Piskim”, numer referencyjny 73/RB. Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 26 października 2020 r. nr 602019-N-2020. Zamawiający 18 marca 2021 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: A. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ACC ELECTRIC A. J., T. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą TomBud T. P. (dalej łącznie: „Odwołujący”), którzy w terminie ustawowym wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 i art. 22 ust. 1 pkt w zw. z art. 7 art. 91 ustawy oraz art. 26 ust. 314 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”);
- 2) art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego bez wezwania do wyjaśnień treści złożonych dokumentów, podczas gdy Zamawiający mając wątpliwości w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien umożliwić Odwołującemu złożenie wyjaśnień i dowodów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu

- co doprowadziło do niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczenia Odwołującego,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Przedstawiając stan faktyczny sprawy Odwołujący podał, że został wykluczony z postępowania przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a jego oferta została uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Nastąpiło to z uwagi na stwierdzenie niespełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym miał wykazać, że: „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert; o jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali co najmniej 1 robotę budowlaną o podobnym zakresie rzeczowym do robót będących przedmiotem zamówienia, tj. polegającą na budowie lub przebudowie budynku kubaturowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą (np. drogi płace, chodniki, przyłącza) oraz systemami alarmowymi, a wartość tej roboty nie może być mniejsza niż 5.000.000,00 zł”. W odniesieniu do możliwości polegania na zasobach podmiotów trzecich Zamawiający powtórzył w SIWZ regulacje ustawowe, nie wprowadzając żadnych szczegółowych wymagań.

Następnie Odwołujący wskazał, że pismem z 8 stycznia 2021 r. wskazał podmiot trzeci, na którego zasobach będzie polegał w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu - ANCHOR PBW Sp. z o.o. (dalej: „Anchor”). Podmiot trzeci na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu przedstawił referencje wystawione dla konsorcjum firm: ANCHOR PBW Sp. z o.o. (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budowlane „Eko-system” K., R. Spółka Jawna (partner konsorcjum – dalej: „Eko-system”) za realizację inwestycji pn.: Budowa budynku szpitala (w ramach rozbudowy istniejącego) w zakresie Bloku Operacyjnego, Oddziału Chirurgicznego, OAIT, Centralnej Sterylizatorni i Pracowni Endoskopii (zamawiający SP ZOZ w Łapach).

Zamawiający pismem z 29 stycznia 2021 r. na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do przekazania umowy konsorcjum regulującej współpracę Anchor i Eko-system. Odwołujący przedłożył oświadczenie Anchor o zakresie wykonywanych w trakcie realizacji prac i załączył faktury potwierdzające zakres prac wykonywanych przez Anchor (robót budowlanych oraz dostaw - oddzielne pozycje na fakturach). Zamawiający, jak wynika z treści uzasadnienia w przedmiocie wykluczenia, postanowił dopytać o zakres prac wykonywanych przez podmiot trzeci inwestora - SP ZOZ w Łapach. SP ZOZ pismem z 11 lutego 2021 r. poinformował Zamawiającego, że umowa zawarta z konsorcjum Anchor i Eko-system nie określała, które prace mają wykonać poszczególni członkowie konsorcjum. Ponadto SP ZOZ w Łapach wskazał: „przez pryzmat realizowanej inwestycji nie sposób jest przypisać realizację poszczególnych prac bezpośrednio pod jedną bądź drugą firmę. Szpital nie dokonywał przedmiotowej analizy. Wszystkie sprawy merytoryczne (całościowy nadzór, koordynacja) w tym rozliczenia finansowe dotyczące przedmiotowej Inwestycji były uzgadniane z liderem Konsorcjum, tj. firmą ANCHOR PBW sp. z o.o.” oraz, że umowa

konsorcjum jest objęta klauzulą poufności. Pomimo otrzymania ww. informacji od wystawcy referencji, Zamawiający postanowił na podstawie pisma przekazanego przez drugiego w rankingu wykonawcę pozyskać informacje od kolejnego podmiotu – IZORERM s.c. Usługi Instalacyjne, który jak wynika z uzasadnienia wykluczenia Odwołującego pełnił funkcję inwestora zastępczego podczas realizacji inwestycji przez SP ZOZ w Łapach, który wskazał, że roboty budowlane (w tym roboty elektryczne i teletechniczne – wraz z systemami alarmowymi) zgodnie z umową trójstronną zawartą z SP ZP w Łapach wykonywało Przedsiębiorstwo Budowlane „Eko-system K., R. Spółka Jawna, zaś dostawę i montaż wyposażenia medycznego wykonywało przedsiębiorstwo ANCHOR PBW Sp. z o.o.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający bezpodstawnie skierował do niego wezwanie do przedłożenia umowy konsorcjum regulującej współpracę dwóch innych podmiotów, niezależnych od Odwołującego, bowiem wykracza to poza regulację art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, nadto przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp pozwala jedynie na żądanie wyjaśnień od wykonawcy, a nie dokumentów. Zamawiający powinien dokonać oceny przedłożonych dokumentów z uwzględnieniem oświadczeń otrzymanych na ww. wezwanie, które były wystarczające do wyjaśnienia treści złożonych wcześniej dokumentów. Brak dalszych działań ze strony Zamawiającego uważał za potwierdzenie ich prawidłowości. Nie wie dlaczego Zamawiający nie uznał złożonych przez niego wyjaśnień, przy czym nie chodzi o stwierdzenie, że nie wykazał warunku udziału w postępowaniu, ale o szczegółowe wskazanie, dlaczego nie uznał wyjaśnień wraz z dokumentami. Zamawiający w uzasadnieniu poprzestał jedynie, na zacytowaniu stanowiska przedłożonego w postępowaniu przez innego wykonawcę, uzyskanego od jeszcze innego podmiotu. Przy czym ocena tego stanowiska została dokonana w sposób wybiórczy. Cytowane w uzasadnieniu stwierdzenie inwestora zastępczego „roboty budowlane (w tym elektryczne i teletechniczne - wraz z systemami alarmowymi) zgodnie z umową trójstronną zawartą z SP ZP w Łapach wykonywało Przedsiębiorstwo Budowlane Ekosystem K., R. Spółka Jawna” nie wskazuje, iż podmiot używający zasoby tj. ANCHOR PBW Sp. z o.o. nie wykonywała robót' budowlanych. Inwestor zastępczy nie wskazuje, iż wszystkie roboty budowlane; wykonywała firma Eko-system, nie wyklucza również wykonywania ich przez wykonawców, wspólnie. Założenie Zamawiającego, że z powyższego oświadczenia wynika brak realizacji, robót budowlanych przez ANCHOR, jest błędne i nieoparte żadnymi dowodami. Przeczą temu zarówno dowody w postaci faktur, jak i ww. oświadczenie wystawcy referencji SP ZOZ w Łapach. Z oświadczenia przedłożonego przez SP ZOZO w Łapach wynika, że pełny zakres prac w zasadzie był wykonywany łącznie przez członków, konsorcjum ANCHOR oraz Eko-system i nie jest on w stanie wskazać który podmiot jakie prace wykonywał. Mając powyższe na uwadze nie sposób nie zauważyć, że Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień oraz innych

dowodów w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, dokonał oceny wybiórczej, pomijając treść innych dowodów, niż ogólnikowe oświadczenie inwestora zastępczego.

Słusznie Zamawiający wskazuje, że doświadczenie podmiotu realizującego inwestycję w ramach konsorcjum powinno być oceniane przez pryzmat rzeczywiście wykonywanych prac w ramach realizacji inwestycji. Z pisma SP ZOZ jednoznacznie wynika odpowiedzialność ANCHOR za wszelkie sprawy merytoryczne, całłościowy nadzór i koordynację. Powołując się na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 1 lutego 2018 r. sygn. akt NSA II GSK 4133/17 Odwołujący stwierdził, że doświadczenie członka konsorcjum będącego liderem przy jednoczesnym wykonywaniu robót budowlanych w ramach konsorcjum winno być oceniane również przez pryzmat jego odpowiedzialności za koordynację wszystkich prac podczas prowadzenia inwestycji.

Pismem z 28 kwietnia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Na rozprawie Strony podtrzymały swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody złożone na rozprawie przez: Odwołującego w postaci aneksu z dnia 30 marca 2018 r. do umowy konsorcjum z dnia 31 stycznia 2017 r.. oraz przez Przystępującego w postaci: pisma IZOTERM s.c. Usługi Instalacyjne z 22 lutego 2021 r. oraz wydruków dokumentów ze strony internetowej SPZOZ w Łapach dotyczących postępowania na usługę pełnienia obowiązków inwestora zastępczego przy realizacji inwestycji pn. „Budowa Budynku Szpitala (w ramach rozbudowy istniejącego), w zakresie Bloku Operacyjnego, Oddziału Chirurgicznego, OAIT, Centralnej Sterylizatorni i Pracowni Endoskopii”, w tym informacji o wyborze oferty IZOTERM s.c. Usługi Instalacyjne, ogłoszeniem o zamówieniu, SIWZ wraz z załącznikami w tym wzorem umowy (zał. nr 5), zakresem czynności inwestora zastępczego (zał. nr 1), opisem przedmiotu zamówienia,

Izba odmówiła przeprowadzenia wnioskowanych przez strony dowodów z zeznań świadków, tj.

- wskazanego przez Zamawiającego p. M. P. M. na okoliczność zakresu robót faktycznie realizowanych przez Anchor PBW sp. z o. o. w toku realizacji zadania pn. „Wykonanie robót budowlanych w systemie zaprojektuj, wybuduj, wyposaż przy realizacji inwestycji pn. „Budowa Budynku Szpitala (w ramach rozbudowy istniejącego), w zakresie Bloku Operacyjnego, Oddziału Chirurgicznego, OAIT, Centralnej Sterylizatorni i Pracowni Endoskopii” na rzecz Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Łapach przy ul. Korczaka 23”, w szczególności, czy do zakresu czynności wykonanych przez firmę Anchor PBW Sp. z o. o. w toku ww. inwestycji należało wykonanie robót

budowlanych, w tym systemów alarmowych, czy ww. zadanie zostało zrealizowane w sposób należyty, jak również czy umowa konsorcjum Anchor PBW sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Budowlane „Eko-System” K., R. Sp. j. z 31.01.2017 r. oraz umowa uszczegóławiająca zakres robót z 19.09.2017 r., przedłożone w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego objęte są klauzulą poufności, a jeśli tak to jakiego rodzaju (na jakiej podstawie);

- wskazanego przez Odwołującego p. D. W., członka zarządu Anchor PBW sp. z o.o., jednego z członków konsorcjum referencyjnej inwestycji, na którego zasoby Odwołujący się powołuje, na okoliczność zakresu prac wykonywanych przez ten podmiot na rzecz SP ZOS w Łapach,

uznając, że powołano je dla zwłoki. Wnioski dowodowe zostały postawione ze wskazaniem na okoliczności, co do których w postępowaniu zostały złożone pisemne oświadczenia wskazanych osób.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.* Natomiast do postępowania odwoławczego zastosowanie mają przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej „ustawą NPzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.*

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając interes prawny we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w przypadku braku wykluczenia, jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą. W wyniku

naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego, Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, co skutkuje szkodą w postaci utraty korzyści, jakie by osiągnął realizując zamówienie.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy NPzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania Odwołujący mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: W. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Inwestycyjnych INWEST-SERWIS W. G., Inwest-Serwis sp. z o.o. zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpili. W związku z tym stali się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

#### **Następnie Izba ustaliła, co następuje:**

W części V pkt 3 SIWZ Zamawiający, wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali co najmniej 1 robotę budowlaną, o podobnym zakresie rzeczowym do robót będących przedmiotem zamówienia, tj. polegającą na budowie lub przebudowie budynku kubaturowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą (np. drogi, place, chodniki, przyłącza) oraz systemami alarmowymi, a wartość tej roboty nie mogła być mniejsza niż 5 000 000,00 zł.

Zgodnie z częścią VII pkt 3 ppkt 3 SIWZ w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, wykonawca zobowiązany był złożyć: wykaz zawierający co najmniej 1 robotę budowlaną, wykonaną w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, o podobnym zakresie rzeczowym do robót będących przedmiotem zamówienia, tj. polegającą na budowie lub przebudowie budynku kubaturowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą (np. drogi, place, chodniki, przyłącza) oraz systemami alarmowymi, a wartość tej roboty nie może być mniejsza niż 5 000 000,00 zł, wraz z podaniem jej rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których robota ta została wykonana, z załączeniem dowodów określających czy ta robota budowlana została wykonana należycie, w szczególności informacji o tym czy robota została wykonana zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończona, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz



którego robota budowlana była wykonywana, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie był w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty - z załącznika do SIWZ.

W części V SIWZ Zamawiający podał: „Zgodnie z art. 22a ustawy Pzp Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (...)

W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, udostępniającego zasoby, nie potwierdzają spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, Zamawiający żąda, aby Wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego:

- 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu".

W postępowaniu oferty złożyło 9 wykonawców. W wyniku dokonanych przez Zamawiającego czynności odrzucenia sześciu ofert oraz wykluczenia Odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą, wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił spośród dwóch pozostałych w postępowaniu ofert.

Pismem z 18 marca.2021 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 b pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp z uwagi na brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej i uznaniu oferty Odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Uzasadniając wykluczenie Odwołującego z postępowania Zamawiający przywołał odnośne postanowienia SIWZ i jako uzasadnienie faktyczne wskazał:

„Wykonawca KONSORCJUM ACC ELECTRIC A. J., ul. Białostocka 32, 18-106 Turośń Kościelna - Lider Konsorcjum, TomBud T. P., ul. Gen. Sikorskiego 4/5, 15-667 Białystok - Partner Konsorcjum wraz z ofertą. nr 11236/20 z dnia 07.12.2020 r., w celu wstępnego potwierdzenia, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, złożył datowane na 04.12.2020 r. Oświadczenia dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania z załącznika nr 1b do SIWZ oraz Oświadczenia dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu z załącznika nr 1 c do SIWZ, w których oświadczył, że będzie powoływał się na zasoby Firmy PRZEDSIĘBIORSTWO BUDOWLANE EKO-SYSTEM K., R. SPÓŁKA JAWNA W RESTRUKTURYZACJI, ul. Władysława Wysockiego 164, 15-167 Białystok, w następującym zakresie: „wykonanie części prac, w tym roboty wymagane warunkiem udziału w postępowaniu”. Wykonawca dołączył do oferty zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia oraz Informację z Krajowego Rejestru Sądowego dla ww. podmiotu. W Zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby wskazano, że: „zakresem udostępnionych zasobów są „Zdolności techniczne lub zawodowe” - doświadczenie Wykonawcy w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ oraz Ogłoszeniu o zamówieniu” oraz, że „Podmiot udostępniający w okresie realizacji zamówienia wykona część prac, w tym wymagane warunkiem udziału w postępowaniu, będzie świadczył doradztwo i konsultacje przy wykonywaniu prac objętych przedmiotem zamówienia”. Wykonawca KONSORCJUM ACC ELECTRIC A. J., ul. Białostocka 32, 18-106 Turośń Kościelna - Lider Konsorcjum, TomBud T. P., ul. Gen. Sikorskiego 4/5, 15-667 Białystok - Partner Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp (pismo z dnia 08.12.2020 r. zarejestrowane pod nr 6938/20 w dniu 09.12.2020 r.), złożył za pismem z dnia 15.12.2020 r. zarejestrowanym pod nr 11550/20 dokumenty Firmy PRZEDSIĘBIORSTWO BUDOWLANE EKO-SYSTEM K., R. SPÓŁKA JAWNA W RESTRUKTURYZACJI, ul. Władysława Wysockiego 164, 15-167 Białystok, tj. Oświadczenia wymagane przez Zamawiającego - złożone przez podmiot udostępniający zasoby, informację na temat trwającego postępowania restrukturyzacyjnego, List referencyjny wystawiony dla Firmy PRZEDSIĘBIORSTWO BUDOWLANE EKO-SYSTEM K., R. SPÓŁKA JAWNA W RESTRUKTURYZACJI, ul. Władysława Wysockiego 164, 15-167 Białystok, w związku z wykonaniem przez nią roboty budowlanej pn. „Rozbudowa i przebudowa obiektu handlowego OUTLET Białystok bud. A przy ul. Wysockiego 67”, jną rzecz Firmy NGD 1 Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa oraz Oświadczenie Wykonawcy, że w zakresie ww. inwestycji było wykonanie instalacji alarmowych.

Zamawiający w dniu 29.12.2020 r. pismem zarejestrowanym pod nr 7266/20 wezwał Wykonawcę KONSORCJUM ACC ELECTRIC A. J., ul. Białostocka 32, 18-106 Turośń Kościelna - Lider Konsorcjum, TomBud T. P., ul. Gen. Sikorskiego 4/5, 15-667 Białystok - Partner Konsorcjum na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia złożonych dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby o następujące:

1. Zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że podmiot, na którego zasoby powołuje się Wykonawca, tj. PRZEDSIĘBIORSTWO BUDOWLANE EKO-SYSTEM K., R. SPÓŁKA JAWNA W RESTRUKTURYZACJI, ul. Władysława Wysockiego 164, 15-167 Białystok nie zalega z opłacaniem podatków, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lutęjny dokument potwierdzający, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.
2. Zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo inny dokument potwierdzający, że podmiot, na którego zasoby powołuje się Wykonawca, tj. PRZEDSIĘBIORSTWO BUDOWLANE EKO-SYSTEM K., R. SPÓŁKA JAWNA W RESTRUKTURYZACJI, ul. Władysława Wysockiego 164, 15-167 Białystok zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.
3. Wykaz co najmniej 1 roboty budowlanej, wykonanej w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, o podobnym zakresie rzeczowym do robót będących przedmiotem zamówienia, tj. polegającej na budowie lub przebudowie budynku kubaturowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą (np. drogi, place, chodniki, przyłącza) oraz systemami alarmowymi, a wartość tej roboty nie' może być mniejsza niż 5 000 000,00 zł, wraz z podaniem jej rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których robota ta została wykonana. Wykonawca do uzupełnień oferty załączył dowody określające, że robota polegająca na „Rozbudowie i przebudowie obiektu handlowego OUTLET Białystok bud. A przy ul. Wysockiego 67”, została wykonana terminowo, zgodnie z przyjętym harmonogramem robót, jednak nie złożył Wykazu wykonanych robót budowlanych.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca złożył w dniu 08.01.2021 r. pismo zarejestrowane pod nr 162/21, do którego dołączył datowane na 07.01.2021 r. Oświadczenie dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania z załącznika nr 1b do SIWZ oraz Oświadczenie dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu z załącznika nr 1c do SIWZ, w których oświadczył, że będzie powoływał się na zasoby Firmy ANCHOR PBW Sp. z o.o., ul. Zastawie |H. 16-070 Choroszcz, w następującym zakresie: „wykonanie części prac, w tym roboty wymagane warunkiem udziału w postępowaniu”. Wykonawca dołączył do uzupełnień Oświadczenia wymagane przez Zamawiającego - złożone przez podmiot udostępniający zasoby, Wykaz wykonanych robót budowlanych, Referencje wystawione dla KONSORCJUM ANCHOR PBW Sp. z o.o., ul. Zastawie III, 16-070 Choroszcz - Lider Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Budowlane „Eko-System” K., R. Spółka Jawna, Al. 1000-lecia Państwa Polskiego 4, 15-111 Białystok - Partner Konsorcjum, w związku z wykonaniem przez nie roboty budowlanej w systemie zaprojektuj, wybuduj, wyposaż pn. „Budowa budynku szpitala (w ramach rozbudowy istniejącego) w zakresie Bloku Operacyjnego, Oddziału Chirurgicznego, OAIT, Centralnej Sterylizatorni i Pracowni Endoskopii”, na rzecz Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Łapach oraz Oświadczenie Wykonawcy, że w zakresie ww. inwestycji było wykonanie instalacji alarmowych, Informację z Krajowego Rejestru Sądowego dla ww. podmiotu, Zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, Zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, Zaświadczenie z Urzędu Skarbowego oraz Informację z Krajowego Rejestru Karnego dla ww. podmiotu. W Zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby wskazano, że: „zakresem udostępnionych zasobów są „Zdolności techniczne lub zawodowe” - doświadczenie ~ Wykonawcy w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ oraz Ogłoszeniu o zamówieniu” oraz, że „Podmiot udostępniający w okresie realizacji ^ zamówienia wykona część prac, w tym wymagane warunkiem udziału w postępowaniu, będzie świadczył doradztwo i konsultacje przy wykonywaniu prac objętych przedmiotem zamówienia”.

Zamawiający w dniu 12.01.2021 r. pismem zarejestrowanym pod nr 173/21 zwrócił się do SP ZOZ w Łapach, ul. Korczaka 23, 18-100 Łapy, na rzecz którego KONSORCJUM ANCHOR PBW Sp. z o.o., ul. Zastawie III, 16-070 Choroszcz - Lider Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Budowlane „Eko-System” K., R. Spółka Jawna, Al. 1000-lecia Państwa Polskiego 4, 15-111 Białystok - Partner Konsorcjum wykonało zadanie pn. „Budowa budynku szpitala (w ramach rozbudowy istniejącego) w zakresie Bloku Operacyjnego, Oddziału Chirurgicznego, OAIT, Centralnej Sterylizatorni i Pracowni Endoskopii”, o potwierdzenie że w ramach zadania wykonano również budowę lub przebudowę systemów alarmowych oraz na jaką kwotę zostały wykonane systemy alarmowe.

SP ZOZ w Łapach pismem z dnia 27.01.2021 r. zarejestrowanym pod nr 811/21 w dniu 28.01.2021 r. poinformował. Zamawiającego, że „1. Za roboty budowlane na obiekcie w Łapach odpowiadał członek konsorcjum - firma Eko-System. Firma Anchor była liderem konsorcjum, ale jej zakres polegał na dostawie urządzeń medycznych (...) 2. Wśród instalacji niskoprądowych wykonywanych w obiekcie były instalacje kontroli dostępu i systemu sygnalizacji i napadu (...)”.

Zamawiający w dniu 29.01.2021 r. pismem zarejestrowanym pod nr 546/21, działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę KONSORCJUM ACC ELECTRIC A. J., ul. Białostocka 32, 18-106 Turośń Kościelna - Lider Konsorcjum, TomBud T. P., ul. Gen. Sikorskiego 4/5, 15-667 Białystok - Partner Konsorcjum do przekazania umowy konsorcjum wraz z ewentualnymi aneksami, regulującymi współpracę Firm w ramach KONSORCJUM ANCHOR PBW Sp. z o.o., ul. Zastawie III, 16-070 Choroszcz - Lider Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Budowlane „Eko-System” K., R. Spółka Jawna, Al. 1000-lecia Państwa Polskiego 4, 15-111 Białystok - Partner Konsorcjum, wykonującego robotę budowlaną pn. „Budowa budynku szpitala (w ramach rozbudowy istniejącego) w zakresie Bloku Operacyjnego, Oddziału Chirurgicznego, OAIT, Centralnej Sterylizatorni i Pracowni Endoskopii”, na rzecz SP ZOZ w Łapach, która została wskazana w Wykazie wykonanych robót budowlanych, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę polegającego na zasobach podmiotu trzeciego - Firmy ANCHOR PBW Sp. z o.o., ul. Zastawie III, 16-070 Choroszcz.

Wykonawca pismem z dnia 02.02.2021 r. zarejestrowanym w dniu 03.02.2021 r. pod nr 994/21 złożył oświadczenie Firmy ANCHOR PBW Sp. z o.o., ul. Zastawie III, 16-070 Choroszcz - podmiotu, na którego zasoby powołuje się Wykonawca, w którym zawarto informacje, że zakres robót budowlanych wykonanych przez nią na rzecz SP ZOZ w Łapach odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu, tj. udział Firmy obejmował prace związane z budową budynku kubaturowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą (drogi, chodniki, przyłącza etc.) oraz przyłącza alarmowe - o wartości ponad 5 mln zł, Firma ANCHOR PBW Spółka z o.o. jako Lider Konsorcjum pełniła całościowy nadzór z ramienia Wykonawcy oraz była stroną rozliczeń za wykonanie umowy. Wykonawca nie przekazał żądanej przez Zamawiającego umowy konsorcjum wraz z ewentualnymi aneksami, powołując się na klauzulę poufności, jaką są objęte.

Wykonawca dodatkowo dołączył do pisma z dnia 03.02.2021 r. zarejestrowanego w dniu 05.02.2021 r. pod nr 1073/21 faktury wystawione przez Firmę ANCHOR PBW Sp. z o.o., ul. Zastawie III, 16-070 Choroszcz - Lidera Konsorcjum na rzecz SP ZOZ w Łapach m.in. za wykonanie robót budowlanych. Ponadto Wykonawca złożył w dniu 09.02.2021 r. pismem z dnia 06.02.2021 r. zarejestrowanym pod nr 1169/21 kolejne oświadczenie dotyczące

wykonywanych robót budowlanych, podobne do dołączonego do pisma zarejestrowanego pod nr 994/21, opisanego powyżej, jednak podpisane przez Lidera i Partnera Konsorcjum wykonujących prace na rzecz SP ZOZ w Łapach.

Zamawiający, mając wątpliwości co do faktycznego zakresu prac wykonanego przez Firmę ANCHOR PBW Sp. z o.o., ul. Zastawie III, 16-070 Choroszcz (podmiot, na którego zasoby powołuje się KONSORCJUM ACC ELECTRIC A. J., ul. Białostocka 32,18-106 Turośń Kościelna - Lider Konsorcjum, TomBud T. P., ul. Gen. Sikorskiego 4/5, 15-667 Białystok - Partner Konsorcjum) na rzecz SP ZOZ w Łapach oraz dwóch odmiennych stanowisk: SP ZOZ w Łapach i Firmy ANCHOR PBW Sp. z o.o., zwrócił się w dniu 05.02.2021 r. pismem zarejestrowanym pod nr 662/21 do SP ZOZ w Łapach, ul. Korczaka 23, 18-100 Łapy, o ponowne przeanalizowanie oraz zajęcie oficjalnego stanowiska, czy SP ZOZ w Łapach, zlecający wykonanie w systemie zaprojektuj, wybuduj, wyposaż zadanie pn. „Budowa budynku szpitala (w ramach rozbudowy istniejącego) w zakresie Bloku Operacyjnego, Oddziału Chirurgicznego, OAIT, Centralnej Sterylizatorni i Pracowni Endoskopii”, jest w posiadaniu dokumentów potwierdzających, że Firma ANCHOR PBW Sp. z o.o., ul. Zastawie III, 16-070 Choroszcz - Lider Konsorcjum wykonała w ramach ww. zadania roboty budowlane wraz z systemami alarmowymi oraz o przekazanie Zamawiającemu dokumentów potwierdzających wykonanie prac, w tym umowy konsorcjum z dnia 31.01.2017r. oraz umowy uszczegóławiającej warunki umowy konsorcjum z dnia 19.09.2017 r.

SP ZOZ w Łapach pismem z dnia 11.02.2021 r. zarejestrowanym pod nr 1367/21 w dniu 15.02.2021 r. poinformował Zamawiającego, że umowa zawarta między SP ZOZ w Łapach a KONSORCJUM ANCHOR PBW Sp. z o.o., ul. Zastawie Ili, 16-070 Choroszcz - Lider Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Budowlane „Eko-System” K., R. Spółka Jawna, Al. 1000-lecia Państwa Polskiego 4, 15-111 Białystok - Partner Konsorcjum „nie określała zakresu prac w podziale realizacji na poszczególne podmioty. Szpital jako inwestor nie jest w stanie określić, które zakresy prac budowlanych były realizowane wyłącznie przez Firmę Anchor pbw sp. z o.o., a które przez „Eko System” K. R. Spółka jawna”. Ponadto wskazał, że „przez pryzmat realizowanej inwestycji nie sposób jest przypisać realizację poszczególnych prac bezpośrednio pod jedną bądź drugą firmę. Szpital nie dokonał przedmiotowej analizy. Wszelkie sprawy merytoryczne (całościowy nadzór, koordynacja) w tym rozliczenia finansowe dotyczące przedmiotowej inwestycji były uzgadniane z liderem Konsorcjum, tj. Firmą Anchor pbw. sp. z o.o. Mając na uwadze powołanie się przez Firmę Anchor pbw sp. z o.o. na klauzulę poufności w zakresie treści umowy Konsorcjum, wobec braku zgody na jej ujawnienie, SP ZOZ w Łapach nie może udostępnić przedmiotowej umowy Konsorcjum z dnia 31.01.2017 r. jak również umowy uszczegóławiającej warunki umowy Konsorcjum z dnia 19.09.2017 r.”.

Zamawiający w dniu 23.02.2021 r. otrzymał od KONSORCJUM Zakład Usług Inwestycyjnych INWEST-SERWIS W. G., ul. Polna 19, 10-086 Olsztyn - Lider Konsorcjum, INWEST-SERWIS Sp. z o.o., ul. Polna 19, 10-086 Olsztyn - Partner Konsorcjum pismo zarejestrowane pod nr 1629/21, do którego dołączono stanowisko firmy IZOTERM s.c. Usługi Instalacyjne, ul. Sejneńska 57, 16-400 Suwałki - Inwestora Zastępczego przy realizacji inwestycji pn. „Budowa budynku szpitala (w ramach rozbudowy istniejącego) w zakresie Bloku Operacyjnego, Oddziału Chirurgicznego, OAIT, Centralnej Sterylizatorni i Pracowni Endoskopii” na rzecz SP ZOZ w Łapach - roboty budowlanej, którą KONSORCJUM ACC ELECTRIC A. J., ul. Białostocka 32, 18-106 Turośl Kościelna - Lider Konsorcjum, TomBud T. P., ul. Gen. Sikorskiego 4/5, 15-667 Białystok - Partner Konsorcjum wskazało na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Z informacji zawartych w przekazanym piśmie wynika, że „Konsorcjum Anchor PBW Sp. z o.o. ul. Zastawie III Choroszcz, 16-070 Choroszcz, Przedsiębiorstwo budowlane „Eko-System” K., R. Spółka Jawna, Al. 1000 lecia Państwa Polskiego 4, 15-111 Białystok realizowało prace zgodnie z umową konsorcjum z dnia 31.01.2017 r. oraz zgodnie z umową uszczegóławiającą warunki umowy konsorcjum z dnia 19.09.2017 r Partnerzy konsorcjum za pomocą umowy uszczegóławiającej ustalili następujący zakres robót:

1. Roboty budowlane (w tym roboty elektryczne i teletechniczne - wraz/ systemami alarmowymi) zgodnie z umową trójstronną zawartą z SP ZP w Łapach wykonywało Przedsiębiorstwo Budowlane „Eko-System K., R. Spółka Jawna.
2. Dostawę i montaż wyposażenia medycznego wykonywało przedsiębiorstwo Anchor pbw Sp. z o.o.

Prace elektryczne i teletechniczne wykonywane były przez podwykonawcę - firmę CORAL W. P., J. P. sp. j. z siedzibą w Białymstoku, 15-136 Białystok, ul. Błękitna 1. Podwykonawca ten został zgłoszony do akceptacji przez Zamawiającego przez Przedsiębiorstwo Budowlane „Eko-System” K., R. Spółka Jawna i z tym członkiem konsorcjum zawarta została umowa na wykonanie tych prac”.

W związku z tym Zamawiający zwrócił się pismem zarejestrowanym w dniu 25.02.2021 r pod nr 989/21 bezpośrednio do firmy IZOTERM s.c. Usługi Instalacyjne, ul. Sejneńska 57, 16-400 Suwałki o określenie faktycznego udziału Firmy ANCHOR PBW Śp. z o.o., ul. Zastawie III, 16-070 Choroszcz w ramach zadania pn. „Budowa budynku szpitala (w ramach rozbudowy istniejącego) w zakresie Bloku Operacyjnego, Oddziału Chirurgicznego, OAIT, Centralnej Sterylizatorni i Pracowni Endoskopii” na rzecz SP ZOZ w Łapach w „ pracach polegających na wykonaniu robót budowlanych związanych z budową lub przebudową budynku kubaturowego Wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz w pracach polegających na

wykonaniu systemów alarmowych oraz o przekazanie Zamawiającemu dokumentów potwierdzających wykonanie ww. prac.

Firma IZOTERM s.c. Usługi Instalacyjne, ul. Sejneńska 57, 16-400 Suwałki pismem z dnia 09.03.2021 r. zarejestrowanym pod nr 2055/21 poinformowała Zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko zawarte w poprzednim piśmie w tej sprawie, a wszelkie dokumenty mogą zostać udostępnione na wyraźne żądanie jednostek kontrolujących lub sądu.

Jak wskazuje Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06 maja 2019 r., sygn. akt: KIO/KD 33/19, „istotnym jest brak możliwości automatycznego podchodzenia do kwestii oceny możliwości powoływania się przez Zakład na uprzednie doświadczenie uzyskane w ramach wspólnej realizacji zamówienia w ramach Konsorcjum - do którego odwoływał się Wykonawca w złożonym na wezwanie Zamawiającego wykazie robót budowlanych. W takim przypadku koniecznością staje się badanie przez Zamawiającego to, w jakim zakresie faktycznie Wykonawca realizował zadania wskazane w wykazie robót budowlanych, bowiem tylko ten zakres prac jest istotny z punktu widzenia doświadczenia, którym powinien wylegitymować się Zakład ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Dostrzec również należy, że w przedstawionym przez Zakład wykazie robót budowlanych jak i w pozostałych dokumentach brak był informacji na temat tego, jaki był jego udział w realizacji obu wskazywanych robót. W kontekście powyższego nie budzi żadnych wątpliwości konieczność zastosowania przez Zamawiającego względem Wykonawcy procedury, opisanej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, polegającej na wyjaśnieniu wskazywanego w wykazie robót budowlanych doświadczenia w aspekcie faktycznego udziału Zakładu w realizacji określonych zadań. Brak weryfikacji doświadczenia do którego odwoływał się Wykonawca w przedstawionym wykazie robót budowlanych pod wskazywanym powyżej kątem lub bezrefleksyjne uznanie przez Zamawiającego, że doświadczenie uzyskane w ramach Konsorcjum może być w całości zakwalifikowane jako doświadczenie jednego z Członków Konsorcjum jakim był Zakład prowadzi w sposób bezpośredni do naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp”.

Analogicznie, w związku z tym, że z wiedzy pozyskanej przez Zamawiającego wynika, że zakres prac podmiotu, na którego zasoby powołuje się Wykonawca na potrzeby realizacji zamówienia - Firmy ANCHOR PBW Sp. z o.o., ul. Zastawie III, 16-070 Choroszcz - Lidera Konsorcjum w realizacji zadania pn. „Budowa budynku szpitala (w ramach rozbudowy istniejącego) w zakresie Bloku Operacyjnego, Oddziału Chirurgicznego, OAIT, Centralnej Sterylizatorni i Pracowni Endoskopii” polegaj jedynie na dostawie urządzeń medycznych nie można uznać, że Firma zdobyła wymagane przez Zamawiającego doświadczenie w zakresie budowy lub przebudowy budynku kubaturowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz systemami alarmowymi.



Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06 maja 2019 r., sygn. akt: KIO/KD 33/19 wskazuje również, że „warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia, o którym mowa w art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp, odnosi się do rzeczywistego zrealizowania, przez wykonawcę części lub całości zamówienia. W związku z tym istnienie odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów za wykonanie umowy, wynikające z art. 141 ustawy Pzp, nie pociąga za sobą konsekwencji w postaci dopuszczalności powoływania się przez jednego członka konsorcjum na doświadczenie zdobyte przez innego konsorcjanta w trakcie wykonywania wspólnego zamówienia, a więc uprawnienia do legitymowania się pełnym doświadczeniem wynikającym z wykonanego przez konsorcjum zamówienia. Tym samym, członek konsorcjum nabywa wyłącznie doświadczenie związane z zakresem prac jakie wykonywał samodzielnie albo przy pomocy podwykonawców, nie nabywa jednak doświadczenia odnośnie prac wykonanych przez innych konsorcjantów (...) Należy bowiem stwierdzić, iż zasada równego traktowania wykonawców wymaga, aby uznawać doświadczenie zdobyte przez wykonawcę\* w ramach konsorcjum jedynie w zakresie jego faktycznego wkładu w realizację przedsięwzięcia”.

Ponadto w przytoczonej Uchwale KIO wskazano, że: „Od momentu wydania wyroku TSUE z dnia 4 maja 2017 C-384/14 Esaprojekt, ugruntowała się zasada, że wykonawca może powoływać się na doświadczenie w wykonaniu zamówienia jako członek konsorcjum, ale tylko w zakresie bezpośredniego udziału w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązano konsorcjum firm. Zatem, wykonawca nie może polegać, w celu wykazania spełnienia warunku -dotyczącego doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału”.

Powyższe stanowisko potwierdza aktualna linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, wskazana m.in. w wyroku z dnia 04.12.2017 r., sygn. akt KIO 2413/17, wyroku z dnia 29 kwietnia 2019 r., sygn. akt. KIO 711/19, wyroku z dnia 09 stycznia 2020 r., sygn. akt. KIO 2570/19, uchwale z dnia 20 lutego 2020 r., sygn. akt. KIO/KD 10/20.

Wobec powyższego, w związku z tym, że Wykonawca KONSORCJUM ACC ELECTRIC A. J., ul. Białostocka 32, 18-106 Turość Kościelna - Lider Konsorcjum, TomBud T. P., ul. Gen. Sikorskiego 4/5, 15-667 Białystok - Partner Konsorcjum nie potwierdził spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w części V SIWZ, ust. 3 oraz częścią VII SIWZ, ust. 3 pkt 3, a także Sekcji III, w pkt III. 1.3 i w pkt III.5 Ogłoszenia o zamówieniu nr 602019-N-2020 z dnia 26.10.2020 r., a Zamawiający nie ma możliwości ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponownego wezwania do wyjaśnień/uzupełnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, ani ponownego zastosowania art. 26 ust. 6 ustawy Pzp.

Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.”

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania w granicach których Izba orzeka.

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp: *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.* Art. 24 ust. 4 ustawy Pzp stanowi: *Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.*

Na wstępie zauważenia wymaga, że w przypadku określenia przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, na wykonawcach ciąży obowiązek wykazania ich spełniania pod rygorem wykluczenia z postępowania. Zamawiający musi mieć bowiem pewność, że będzie dokonywał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert złożonych przez wykonawców dających rękojmię należytego wykonania zamówienia. W przypadku gdy, jak w analizowanej sprawie, wykonawca powołuje się na doświadczenie podmiotu trzeciego, a podmiot ten inwestycję wskazaną w wykazie robót realizował w ramach konsorcjum, konieczne jest wykazanie, że faktycznie wykonany przez ten podmiot zakres prac pozwala na przyjęcie, że zrealizował je w wymaganym w SIWZ zakresie dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Takie stanowisko ugruntowało się w orzecznictwie po wydaniu przez TSUE wyroku z 4 maja 2017 r., C-384/14 Esaprojekt, z którego wynika, że wykonawca nie może polegać, w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków konsorcjum, w których realizacji faktycznie nie brał udziału.

Na zamawiającym ciąży obowiązek rzetelnego zbadania spełnienia przez wykonawców postawionych warunków udziału w postępowaniu, w tym z zastosowaniem się do przewidzianych w ustawie obowiązków, w szczególności wezwania wykonawcy do wyjaśnień, o których mowa w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, przed ewentualnym wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Zamawiający musi mieć bowiem pewność w zakresie wypełnienia się przesłanki wykluczenia z postępowania. Izba bada prawidłowość czynności Zamawiającego.

Przechodząc na grunt analizowanej sprawy wskazania wymaga, że Odwołujący wezwany przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełniania dokumentów dotyczących pierwotnie wskazanego podmiotu, na którego zasoby się

powoływał, wskazał inny podmiot tj. Anchor PBW sp. z o.o. W sprawie nie jest sporne, że ze złożonego przez Odwołującego wykazu robót budowlanych wynika, że wskazana w nim inwestycja została zrealizowana przez konsorcjum, w skład którego wchodził ww. podmiot. Nie jest też sporne, że była ona zrealizowana w określonym w SIWZ przedziale czasu, obejmowała wymagany zakres prac, a jej wartość przekraczała wymaganą wartość. Nie jest również kwestionowane, że do wykazu zostały załączone referencje Inwestora - SPZOZ w Łapach, potwierdzające należyte wykonanie zakresu umowy. Jednak ani w ww. wykazie, ani w referencjach nie ma jednoznacznej informacji, jaki konkretnie zakres robót i na jaką wartość został wykonany przez Anchor PBW sp. z o.o. w ramach konsorcjum.

Z tych względów zasadnym było badanie przez Zamawiającego spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu, z uwagi na powołanie się przez Odwołującego na doświadczenie Anchor PBW sp. z o.o., pozyskane przy wykonywaniu zadania wskazanego w Wykazie wykonanych robót budowlanych złożonym przez Odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Zamawiający dysponuje w tym zakresie narzędziami przewidzianymi w obowiązujących przepisach prawa, w szczególności przewidzianymi w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Zamawiający był również uprawniony do wystąpienia do Inwestora referencyjnej inwestycji tj. SPZOZ w Łapach, jednak takie wystąpienie nie powinno zastępować wezwania Odwołującego do wyjaśnień.

W analizowanym postępowaniu, jak wskazuje przedstawiona powyżej w informacji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, chronologia działań w tym zakresie, Zamawiający po otrzymaniu ww. wykazu robót i referencji wystąpił do Inwestora referencyjnej inwestycji o informacje dotyczące potwierdzenia, że w ramach zadania wykonano również budowę lub przebudowę systemów alarmowych oraz na jaką kwotę zostały wykonane systemy alarmowe, a wobec otrzymania w odpowiedzi informacji pochodzącej od Inwestora zastępczego, wskazującej, że Anchor PBW sp. z o.o. nie wykonywał wymaganych warunkiem udziału w postępowaniu robot, wystąpił do Odwołującego z powołaniem się na art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o przedłożenie umowy konsorcjum wraz z ewentualnymi aneksami. Zamawiający w tym wezwaniu nie sprecyzował swoich wątpliwości i ich źródła, nie podał, że wszedł w posiadanie informacji pochodzących od Inwestora zastępczego, które wskazują, że pomimo złożenia Wykazu wykonanych robót budowlanych wskazującego na roboty odpowiadające warunkowi udziału w postępowaniu, istnieją po jego stronie wątpliwości co do tego, czy roboty te zostały wykonane w ramach konsorcjum przez podmiot, na zasobach którego Odwołujący polega.

Odpowiadając na wezwanie Odwołujący złożył oświadczenie Anchor PBW Sp. z o.o.. i podobne oświadczenie podpisane przez obydwu konsorcjantów, w których zostało stwierdzone, że w ramach referencyjnej inwestycji Anchor PBW Sp. z o.o. była wykonawcą

robót budowlanych, których zakres obejmował prace związane z budową budynku kubaturowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą (drogi, chodniki, przyłącza, etc.) oraz przyłącza alarmowe o wartości ponad 5 mln zł, a jako lider konsorcjum pełniła również całościowy nadzór z ramienia wykonawcy, koordynowała wszystkie prace, uczestniczyła we wszystkich czynnościach podejmowanych w toku wykonywania robót budowlanych, jak również była stroną rozliczeń za wykonanie umowy. W ww. oświadczeniach znalazło się także stwierdzenie, że wszelkie umowy regulujące współpracę w ramach konsorcjum objęte są klauzulą poufności i nie mogą być udostępniane. Odwołujący przedłożył także faktury wystawione przez Anchor PBW Sp. z o.o. Nie przekazał natomiast żądanej umowy konsorcjum zawartej pomiędzy podmiotem, na którego zasoby się powołuje, a partnerem konsorcjum.

Powyższe wskazuje, że Zamawiający wszedł w posiadanie rozbieżnych informacji, z których jedno (pochodzące od partnerów konsorcjum) potwierdzały spełnianie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, a drugie (pochodzące od Inwestora zastępczego przedstawione z powołaniem się na umowę konsorcjum i umowę uszczegóławiającą umowę konsorcjum) wskazywały na okoliczność przeciwną.

Na ich podstawie zatem Zamawiający nie był w stanie poprawnie zweryfikować samodzielnego udziału i uznać doświadczenie, bądź stwierdzić brak doświadczenia podmiotu, na zasoby którego Odwołujący się powoływał, tym bardziej, że na kolejne wystąpienie Zamawiającego do Inwestora referencyjnej inwestycji tj. SPZOZ w Łapach, ten stwierdził, że przez pryzmat realizowanej inwestycji nie sposób jest przypisać realizację poszczególnych prac bezpośrednio jednemu bądź drugiemu podmiotowi.

W ocenie Izby w tych okolicznościach Zamawiający był zobowiązany do wystąpienia o konkretne wyjaśnienia do Odwołującego. Tymczasem Zamawiający z pominięciem Odwołującego występował o kolejne wyjaśnienia do Inwestora zastępczego, którego stanowisko w tym zakresie zostało mu przekazane przez Przystępującego. Zauważenia w tym zakresie wymaga, że Inwestor zastępczy swoje stanowisko formułował w oparciu o umowę konsorcjum i umowę uszczegóławiającą umowę konsorcjum, co do której partnerzy konsorcjum twierdzą, że jest objęta poufnością, a nie np. w oparciu o protokoły odbioru, Dziennik budowy, czy inne dokumenty związane z nadzorowaną inwestycją.

Mając na uwadze zasadę przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przed wykluczeniem Odwołującego z postępowania, Zamawiający mając jasne stanowisko obydwu partnerów konsorcjum potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego, oraz przekazane przez konkurenta w postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowisko Inwestora zastępczego, powinien wezwać Odwołującego

do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przedstawiając na czym polegają i z czego wynikają jego wątpliwości, celem umożliwienia mu ustosunkowania się do twierdzeń ww. podmiotów i ewentualnego złożenia odpowiednich dowodów. Dopiero wówczas Zamawiający mógłby przyjąć, że ma potrzebne dane do weryfikacji udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu referencyjnej inwestycji i jest w stanie to rzetelnie uczynić. Aby wykluczyć wykonawcę z postępowania Zamawiający musi mieć bowiem pewność co do tego, że została wypełniona przesłanka takiego wykluczenia. Nie może to być dowolna ocena dokonywana przy udziale innych podmiotów, a z pominięciem wykonawcy, którego te informacje dotyczą.

W ocenie Izby wezwanie Zamawiającego, z powołaniem się wprawdzie na ww. podstawę, do złożenia umowy konsorcjum wraz z aneksami, tym bardziej w sytuacji, gdy chodzi o umowę konsorcjum, której Odwołujący nie był stroną, a Zamawiający nie wskazał w wezwaniu czego dotyczą jego wątpliwości i jakie jest ich źródło, nie spełnia wymagań, o których mowa w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Przepis ten stanowi: *Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.* Przepis art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi: *W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.* Umowa konsorcjum, w skład którego wchodził podmiot, na zasoby którego Odwołujący się powołuje, nie była żądana w postępowaniu jako dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Niezależnie od powyższego zauważenia wymaga, że wbrew stanowisku Zamawiającego, zasada jednokrotności nie dotyczy wezwania w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnień wątpliwości Zamawiającego w zakresie wykazanego doświadczenia. W związku z tym Zamawiający niezależnie od wystąpień kierowanych do innych podmiotów, przede wszystkim powinien był wystąpić o konkretne wyjaśnienia do Odwołującego.

Jak wyżej wskazano złożony przez Odwołującego wykaz robót wymagał wyjaśnienia co do zakresu i wartości zrealizowanego przez Anchor PBW Sp. z o.o. zakresu robót. Przy analizie w tym zakresie nie powinno umknąć uwadze m.in., że wymagana minimalna wartość robót określona w warunku wynosi 5 000 000,00 zł, a z referencji SPZOZ wynika, że wartość

kontraktu wyniosła 15 267 889,00 zł brutto, w tym wartość robót budowlanych wyniosła 12 700 000,00 zł, a wartość dostawy i montażu urządzeń medycznych i wyposażenia – 1 717 889,00 zł brutto. Zamówienie to było wykonywane przez dwa podmioty działające w ramach konsorcjum. Z tych względów przed wykluczeniem z postępowania Odwołujący powinien być wezwany do wyjaśnień w zakresie wykazania rzeczywistego zakresu prac wykonanych przez podmiot trzeci, a dopiero w przypadku ich braku, lub niewykazania wymaganego udziału w realizacji zamówienia tego partnera konsorcjum, Zamawiający mógłby, przy uwzględnieniu także posiadanych informacji ze strony Inwestora, dokonać oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający natomiast swoje ustalenia czynił z pominięciem wezwania Odwołującego do wyjaśnień, a jak zostało wskazane na rozprawie przez Odwołującego, podmiot, na zasoby którego się powołuje, po pozyskaniu informacji o braku uwzględnienia przez Zamawiającego złożonych przez członków konsorcjum oświadczeń, udostępnił aneks do umowy konsorcjum, zawierający zakres wykonanych przez niego prac, który został złożony na rozprawie. Pozwala to na przyjęcie założenia, że w sytuacji, gdyby Odwołujący został wezwany do wyjaśnień ze wskazaniem, czego one powinny konkretnie dotyczyć i dlaczego Zamawiający ich wymaga, Zamawiający mógłby pozyskać dane pozwalające mu na dokonanie oceny spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Pomimo jednoznacznych twierdzeń partnerów konsorcjum wskazujących na spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego, dotyczących wymaganego doświadczenia, Zamawiający z niewyjaśnionych powodów odmówił im wiary, a, także bez wyraźnego uzasadnienia, dał wiarę informacjom pozyskanym od Inwestora zastępczego referencyjnej inwestycji.

Powyższe wskazuje, że wykluczenie Odwołującego z postępowania nastąpiło bez wymaganego poprzedzenia tej czynności właściwym wezwaniem do wyjaśnień, do czego Zamawiający jest zobowiązany na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W analizowanej sprawie Izba stwierdziła, że zostało wykazane naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia. Musiało to skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości Zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika strony i koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....