

Sygn. akt: KIO 1445/21

WYROK
z dnia 14 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 maja 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy, Alstal Investment Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Włocławski,**

przy udziale wykonawcy **WIKSBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Lipnie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów przedstawionych w punktach VII.5 i VII.6 odwołania i nakazuje Zamawiającemu:
 - unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - wezwanie wykonawcy WIKSBUD Sp. z o.o. – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie V.2.3 lit. a SIWZ, łącznie w odniesieniu do obu elementów warunku;
 - powtórzenie czynności badania i oceny oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k., Alstal Investment Sp. z o.o. Sp. k. w wysokości 75% i Powiat Włocławski w wysokości 25% i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3 200 zł gr (słownie: trzy tysiące dwieście złotych zero groszy).

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

Zamawiający – Powiat Włocławski – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na zawarcie umowy ramowej pn. *Budowa Powiatowego Centrum Zdrowia*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 250-623159.

W dniu 14 maja 2021 r. Konsorcjum Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k., Alstal Investment Sp. z o.o. Sp. k. wniosło odwołanie wobec wyboru oferty wykonawcy Wiksbud Sp. z o.o. i zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i zaniechania uznania jego oferty za odrzuconą. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wiksbud z postępowania, mimo że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje dotyczące realizowanego przez Przedsiębiorstwo Budowlane T.B.INVEST T.B. (dalej: „T.B.INWEST”) zamówienia, w zakresie terminu jego zakończenia zamówienia w roku 2016,
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Wiksbud z postępowania, mimo że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje dotyczące realizowanej przez T.B.INVEST inwestycji, w zakresie wykonania jednej roboty budowlanej, choć T.B.INVEST zrealizował szereg robót budowlanych, z których żadna nie obejmowała żądanego zakresu robót budowlanych ani żądanej wartości roboty budowlanej,
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wiksbud z postępowania, mimo że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje dotyczące realizowanej przez T.B.INVEST inwestycji, w zakresie wykonania robót budowlanych wskazanych w referencji, choć roboty te nie zostały wykonane w całości przez T.B.INVEST, lecz również przez inne przedsiębiorstwa,
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Wiksbud z postępowania, mimo że wykonawca ten w zakresie dowodu

potwierdzającego należyte i terminowe wykonanie zamówienia przedstawił opinię własną inspektora nadzoru inwestorskiego zamiast dowodu uzyskanego od NAFIS S.A.,

- 5) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22a ust. 3 w związku z art. 22a ust. 2 i ust. 4 w zw. art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wiksbud z postępowania, mimo że wykonawca ten nie wykazał przy pomocy zasobu udostępnionego przez T.B.INVEST spełnienia warunku doświadczenia, określonego w Rozdziale V. pkt 2 ppkt 3 lit. a SIWZ, gdyż uzupełnione oświadczenia i dokumenty nie obejmują doświadczenia w zakresie tiretu pierwszego,
- 6) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22a ust. 3 w związku z art. 22a ust. 2 i ust. 4 w zw. art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Wiksbud z postępowania, mimo że wykonawca ten, wyniku uzupełnienia oferty, nie wykazał przy pomocy zasobu udostępnionego przez T.B.INVEST spełnienia warunku doświadczenia, określonego w Rozdziale V. pkt 2 ppkt 3 lit. a SIWZ, gdyż zobowiązanie T.B.INVEST jest nierealne z uwagi na zobowiązanie się do realizacji zamówienia wyłącznie w zakresie tiretu drugiego tego warunku,
- 7) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22a ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 2 i ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenie ws. podmiotowych środków dowodowych oraz w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Wiksbud z postępowania, mimo że wykonawca ten nie wykazał przy pomocy zasobu udostępnionego przez T.B.INVEST spełnienia warunku doświadczenia, określonego w Rozdziale V. pkt. 2 ppkt 3 lit. a SIWZ, gdyż złożona referencja nie stanowi dowodu określającego, że roboty budowlane zostały wykonane należycie,
- 8) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie uznania oferty Wiksbud za odrzuconą w sytuacji, gdy oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Wiksbud, powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem: wykluczenia Wiksbud z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, oraz na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i uznania oferty Wiksbud za odrzuconą, a także dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez błędne uznanie, że wykazany w ramach uzupełnień termin realizacji i zakres inwestycji wskazanej w ramach udostępnionego przez T.B.INVEST doświadczenia, jest zgodny ze stanem rzeczywistym

Odwołujący wskazał, że niniejszy zarzut dotyczy legalności zaniechania wykluczenia Wiksbud z postępowania z uwagi na oświadczenie złożone w ramach uzupełnień oferty, że podmiot trzeci, T.B.INVEST faktycznie zrealizował zakres zamówienia, który odpowiada brzmieniu warunku doświadczenia, jaki został wskazany w Rozdziale V. pkt 2 ppkt 3 lit. a tiret drugi SIWZ.

Odwołujący podniósł, że złożone przez Wiksbud oświadczenia dotyczące inwestycji pn. „Budowa Szpitala kardiologicznego z przychodnią specjalistyczną i rehabilitacją kardiologiczną w Lesznie ul. Jana Kiepury” są niezgodne ze stanem rzeczywistym w następujących zakresach:

- przedmiotowe roboty budowlane nie zostały zakończone 18.11.2016 r., lecz trwają nadal;
- roboty budowlane, których celem było i jest zrealizowanie omawianej inwestycji, nie stanowią jednej roboty budowlanej, lecz szereg robót budowlanych, udzielanych T.B.INVEST na podstawie różnych umów – żadna z tych umów nie obejmuje żądanej wartości roboty budowlanej;
- roboty budowlane nie zostały wykonane w całości przez T.B.INVEST, lecz zostały wykonane również przez inne przedsiębiorstwa, na podstawie odrębnych umów tych przedsiębiorców zawartych bezpośrednio z NAFIS SA;
- poświadczenie wystawione rzekomo przez NAFIS S.A. zostało faktycznie wystawione przez R.C., który nie jest uprawniony do wystawiania dowodów należytego wykonania inwestycji w imieniu i na rzecz NAFIS SA (inwestora).

W odniesieniu do stwierdzenia, że przedmiotowe roboty budowlane nie zostały zakończone 18.11.2016 r., lecz trwają nadal, Odwołujący wskazał, że inwestycja do dnia dzisiejszego nie została odebrana przez PINB, sanepid, itp. Budynek ten nie został od ponad 4 lat odebrany przez służby. Zgodnie z informacjami dostępnymi na stronie <https://medvcynaerywatna.pl/nafis-nowv-osrodek-czeka-na-decvzie-szpitala>: „[ośrodek] nie mógł dotychczas rozpocząć działalności, gdyż dyrekcja Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego nie wyraża zgody by podłączenie do kanalizacji i wodociągu nowej placówki przechodziło przez teren WSZ”. Również doniesienia na stronie <http://radiopoznan.fm/informacie/pozostale/szpital-gotowv-iednak-nie-ma-wodv> potwierdzają, że „przeszkodą w jego uruchomieniu jest brak wody i podłączenia do kanalizacji. Dostęp do tych sieci możliwy jest tylko za pośrednictwem Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego, ten zaś od samego początku nie zgadza się na takie rozwiązanie”. Tak więc przedmiotowa budowa nadal trwa, a obiekt wciąż nie posiada sieci zewnętrznych (wodociągowej i kanalizacyjnej). Co ważne, dziennik budowy dla tej inwestycji nadal nie zawiera wpisu

kierownika robót sanitarnych oraz kierownika budowy o zakończeniu robót, tym samym do dnia dzisiejszego nie została wydana decyzja o pozwoleniu na użytkowanie.

Odwołujący przedstawił aktualne zdjęcia placu budowy, stwierdzając, że wyraźnie na nich widać, że nie ma mowy o jakimkolwiek zakończeniu inwestycji, nadal wystawiona jest tablica budowy.

Zdaniem Odwołującego powyższe potwierdza, że Wiksbud złożył nieprawdnie informacje w zakresie potwierdzenia, że inwestycja (robota budowlana) pn. „Budowa Szpitala kardiologicznego z przychodnią specjalistyczną i rehabilitacją kardiologiczną w Lesznie ul. Jana Kiepury” została wykonana zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończona.

W odniesieniu do stwierdzenia, że roboty budowlane, których celem było i jest zrealizowanie omawianej inwestycji, nie stanowią jednej roboty budowlanej, lecz szereg robót budowlanych, udzielanych T.B.INVEST na podstawie różnych umów, Odwołujący podniósł, że sama treść referencji jest sformułowana w sposób, który mógłby sugerować, że dotyczy ona jednej roboty budowlanej. Jednakże literalne brzmienie referencji odnosi się do „inwestycji”. Ta inwestycja była realizowana na podstawie kilku umów, których łączna wartość wyniosła 18.895.889,95 zł brutto. Tym samym, wyszczególnione w referencji zakresy robót budowlanych zlecane były odrębnymi umowami, a żadna z robót budowlanych nie obejmowała zakresu wskazanego w warunku (budowy, rozbudowy lub przebudowie obiektu służby zdrowia typu ambulatoryjnego lub szpitalnego kategorii XI w myśl art. 8 ust. 1 lit a lub ust. 2) ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej) ani nie spełniała warunku o minimum wartości (min. 15.000.000,00 zł.).

W odniesieniu do stwierdzenia, że przedmiotowe roboty budowlane, wskazane w referencji, nie zostały wykonane w całości przez T.B.INVEST, Odwołujący wskazał, że oprócz T.B.INVEST przedmiotowe zadanie było realizowane przez inne podmioty, lecz mimo to, w poświadczeniu uzyskanym przez T.B.INVEST znajdują się zakresy, które nie były przez ten podmiot wykonane. Zdaniem Odwołującego niniejsze oświadczenie nie może być traktowane jako oświadczenie wiedzy, gdyż skoro R.C. nie posiadał wiedzy dotyczącej zakresu realizowanych przez T.B.INVEST robót, lecz tym bardziej nie miał wiedzy, czy roboty przypisane umowami wykonawstwu T.B.INVEST faktycznie zostały wykonane należycie i terminowo.

Odwołujący podniósł, że powyższe oświadczenie ma istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż Zamawiający wskazał w SIWZ, że m.in. wykazanie spełnienia warunku doświadczenia, jaki został wskazany w Rozdziale V pkt 2 ppkt 3 lit. a SIWZ, warunkuje możliwości wyboru danej oferty jako najkorzystniejszej, a następnie realizacji tegoż

zamówienia. Zaś doświadczenie wskazane w tirecie drugim Rozdziału V pkt 2 ppkt 3 lit. a SIWZ, stanowi część omawianego warunku. Wobec powyższego Odwołujący stwierdził, że Wiksbud umyślnie wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji odnoszących się do dysponowanego doświadczenia.

W odniesieniu do poświadczenia przedstawianego przez Wiksbud jako dowód wystawiony przez NAFIS S.A. na okoliczność należytego i terminowego wykonania inwestycji, Odwołujący stwierdził, że faktycznie stanowi opinię własną inspektora nadzoru inwestorskiego. Pomimo że R.C. nie jest uprawniony do składania zaświadczeń w imieniu NAFIS S.A., to jednak zostało złożone zaświadczenie, mające stanowić dowód należytego wykonania zamówienia, które wprost stanowi, że jest to oświadczenie własne NAFIS S.A. Oświadczeniem tym Wiksbud wprowadził w błąd Zamawiającego, że R.C. jest uprawniony do wystawiania podobnych zaświadczeń. Weryfikacja pełnego odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego potwierdza, że nie był i nie jest on osobą, która może taki dokument wystawić. Już sam wygląd poświadczenia budzi wątpliwości – nie jest ono wydane na papierze firmowym, nie zostało opatrzone jakąkolwiek pieczęcią, brak jest wskazania, jaką funkcję w NAFIS S.A. pełni R.C., brak jest sygnatury pisma, potwierdzającej wprowadzenie poświadczenia do wewnętrznej księgi korespondencji. Jest to oświadczenie, które przez dowolną osobę mogłoby zostać wydrukowane na drukarce, podpisane imieniem i nazwiskiem własnym lub cudzym, i złożone jako dowód, o którym mowa w 9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia ws. środków dowodowych.

Odwołujący wskazał, że art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp dotyczy sytuacji, w której wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa oświadcza nieprawdę, czyli dokonuje nadinterpretacji faktów albo potwierdza nieistnienie okoliczności. Zaś art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wskazuje na konieczność ziszczenia się (choćby potencjalnie) skutku w postaci przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego. Istotą błędu jest więc wykreowanie u zamawiającego przekonania, że wskazana okoliczność miała miejsce, podczas gdy w rzeczywistości tak nie było. Zarówno w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i 17 ustawy Pzp, ustawodawca wskazał na błąd, jako skutek działania wykonawcy. W przypadku dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp niezbędne jest zaistnienie stanu domniemanego, tj. wywołanie sytuacji, w której wykonawca wywołuje w świadomości zamawiającego fałszywy obraz rzeczywistości. Z odmienną sytuacją mamy do czynienia w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, gdzie ustawodawca nie oczekuje wywołania stanu wprowadzenia w błąd, lecz nakazuje sankcjonować już przedstawienie informacji wprowadzających w błąd. Odwołujący podkreślił także, że okoliczność, iż nieprawdziwa informacje dotyczą dokumentów podmiotu trzeciego nie ma wpływu na ocenę stanu faktycznego.

Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22a ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 2 i 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez błędne uznanie, że Wiksbud w wyniku uzupełnienia oferty wykazał spełnienie warunku doświadczenia określonego w rozdz. V pkt 2 ppkt 3 lit. a SIWZ, mimo że uzupełnione oświadczenia i dokumenty obejmują wyłącznie doświadczenie odnoszące się do tiretu drugiego, z pominięciem doświadczenia dotyczącego tiretu pierwszego, zobowiązanie T.B.INVEST jest nierealne, a złożona referencja nie stanowi dowodu określającego, że roboty budowlane zostały wykonane należycie

Odwołujący wskazał, że warunek z Rozdziału V pkt 2 ppkt 3 lit. a SIWZ został wyłożony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 17 marca 2021r., sygn. akt KIO 512/21, tym samym obecna ocena uzupełnień dokonanych przez Wiksbud winna być dokonana przez Zamawiającego z uwzględnieniem wytycznych wskazanych przez Izbę. Jednakże Zamawiający, dokonując ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, podejmuje bliźniacze czynności, których nielegalność już została orzeczona przez Izbę. Mianowicie, w wyroku sygn. akt KIO 512/21 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie zakresie zarzutu wskazanego w punkcie VI podpunkt 4 odwołania i nakazał Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym oferty wykonawcy WIKSBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Innymi słowy, Zamawiający został zobowiązany do powtórzenia czynności badania ofert (liczba mnoga), w tym również oferty wykonawcy z pierwszego miejsca, tj. Wiksbud. W treści uzasadnienia Izba szczegółowo umotywowała rozstrzygnięcie, wskazując na następujące aspekty faktyczno-prawne:

Jednocześnie w formularzu oferty Przystępujący wskazał procentowy udział przewidywanego podwykonawstwa na poziomie 20%. Zdaniem Odwołującego udział ten jest nieproporcjonalny i niewystarczający dla realizacji zadania, skoro ERBUD S.A. udostępnił referencje w zakresie charakteru budynku, jaki ma zostać zrealizowany, gdyż powierza się mu jedynie 1/5 część-robót budowlanych.

Odnosząc się do argumentów Stron i Przystępującego Izba stwierdziła, że zobowiązanie firmy ERBUD S.A. jest formalnie i merytorycznie poprawne. Problemem jest jednak zakres podwykonawstwa w kontekście art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Problem ten wynika jednak z nieco innej przyczyny niż Strony wskazywały podczas rozprawy – otóż wywodzi się ze sposobu określenia warunku udziału w postępowaniu w kontekście przedmiotu zamówienia, natomiast Odwołujący odniósł się już do skutków tej sytuacji. Zamawiający wskazał bowiem, że wykonawca ma posiadać doświadczenie w wykonaniu dwóch robót budowlanych: jednych „robót, polegających na budowie, przebudowie, rozbudowie budynku użyteczności publicznej wraz z instalacjami wewnętrznymi

i przyłączami o wartości minimum 30.000.000,00 zł oraz jednych robót budowlanych polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu służby zdrowia typu ambulatoryjnego lub szpitalnego kategorii XI o wartości minimum 15.000,000 zł. Zamienne do robót pierwszych wykonawcy mogli wykazać dwie roboty budowlane o wartości minimum 15.000.000 zł każda.

Zatem wykonawcy musieli wykazać łącznie (koniunkcja „oraz”) doświadczenie dotyczące jednych robót dotyczących budowy, rozbudowy, przebudowy budynku użyteczności publicznej o wartości 30.000.000 zł ORAZ jednych robót budowlanych dotyczących budowy, rozbudowy, przebudowy obiektu służby zdrowia o wartości minimum 15.000.000 zł. (...) doświadczenia tego nie da się rozdzielić. Jest to niejako doświadczenie „niepodzielnej ręki”, a nie „w częściach ułamkowych” a z dwóch podmiotów, które nie potrafią (w znaczeniu: nie posiadają wymaganego doświadczenia), nie da się osiągnąć jednego podmiotu, który potrafi (posiada wymagane doświadczenie).

W przedmiotowym warunku więc zdolności wymagane przez Zamawiającego do realizacji robót budowlanych, w kontekście regulacji art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, to zdolności do wybudowania obiektu służby zdrowia, czyli de facto całości zamówienia. W tym kontekście więc wskazanie 20% zakresu podwykonawstwa rzeczywiście nieadekwatne do udostępnianego zasobu j przedmioty zamówienia, a samo udostępnienie zasobu nierealne.

Odwołujący stwierdził, że z powyższego wynikają dwie istotne kwestie, które Zamawiający zobowiązany jest uwzględnić podczas czynności badania i oceny ofert:

- spełnienie warunku z Rozdziału V pkt 2 ppkt 3 lit. a SIWZ jest należycie wykazane, jeżeli jest wykazane w całości przez jeden i ten sam podmiot,
- zdolności wymagane przez Zamawiającego do realizacji robót budowlanych są realnie udostępnione, jeżeli wskazują na podwykonawstwo de facto całości zamówienia; ograniczenie procentowego zakresu podwykonawstwa do zakresu dotyczących tiretu drugiego jest nieadekwatne, a samo udostępnienie zasobu nierealne.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający całkowicie pominął cytowaną treść orzeczenia KIO 512/21. Mianowicie, uzupełniona oferta Wiksbud wygląda obecnie następująco:

Lp.	Nazwa inwestycji wykazywanej na spełnienie warunku doświadczenia	Częściowe spełnienie warunku	Zasoby własne/ udostępnione
-----	--	------------------------------	-----------------------------

1	Przebudowa i modernizacja budynków dydaktycznych Państwowej Wyższej Uczelni Zawodowej we Włocławku przy ul. Energetyków 30 w formule zaprojektuj i wybuduj	Rozdział V. pkt. 2 ppkt 3) a) tiret pierwszy SIWZ	Doświadczenie własne Wiksbud
2	Adaptacja istniejącego budynku położonego w Kowalewie Pomorskim przy u. Konopnickiej 13 na potrzeby siedziby Urzędu Miasta oraz Przedszkola	Rozdział V. pkt. 2 ppkt 3) a) tiret pierwszy SIWZ	Doświadczenie własne Wiksbud
3	Budowa Szpitala kardiologicznego z Przychodnią specjalistyczną Rehabilitacją kardiologiczną w Lesznie ul. Jana Kiepury	Rozdział V. pkt. 2 ppkt 3) lit. a) tiret drugi SIWZ	Doświadczenie udostępnione przez T.B.INVEST

Zdaniem Odwołującego wbrew wykładni dokonanej przez Izbę, Zamawiający zaniechał przy ocenie oferty Wiksbud uwzględnienia, że niezbędnie jest wykazanie, iż warunek z Rozdziału V pkt 2 ppkt 3 lit. a SIWZ został spełniony w całości przez jeden i ten sam podmiot. W wyniku uzupełnienia Wiksbud wykazał spełnienia części niepodzielnego warunku własnym doświadczeniem, a drugiej części niepodzielnego warunku doświadczeniem udostępnionym przez T.B.INVEST. Podczas ponownej czynności badania i oceny ofert Zamawiający całkowicie pominął stanowisko Izby. W ramach uzupełnienia dokumentów Wiksbud nie przedstawił wykazu doświadczenia oraz kolejnej referencji, które potwierdzałyby, że cały warunek został spełniony przez jeden i ten sam podmiot na zasadzie „niepodzielnej ręki”. Mimo to, Zamawiający uznał, że z dwóch podmiotów (Wiksbud i T.B.INVEST), które nie potrafią wykonać należycie przedmiotowego zamówienia, gdyż nie posiadają wymaganego doświadczenia, jest w stanie uzyskać jeden podmiot, który potrafi, tj. posiada wymagane doświadczenie.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że doświadczenie udostępnione przez T.B.INVEST nie może być traktowane doświadczenie udostępnione na wykazanie spełnienia warunku z Rozdziału V pkt 2 ppkt 3 lit. a tiret pierwszy SIWZ. Po pierwsze, przeczyłoby to klarownym i spójnym oświadczeniom i dokumentom złożonym przez T.B.INVEST, a po drugie, udostępnione doświadczenie nie jest zgodne z pierwszą częścią warunku doświadczenia.

Odwołujący podniósł, że T.B.INVEST wprost oświadczył, że udostępnia doświadczenie w zakresie warunku z Rozdziału V pkt. 2 ppkt 3 lit. a tiret drugi SIWZ, dodatkowo cytując cały tiret drugi. Również oświadczenie T.B.INVEST dotyczące sposobu wykorzystania udostępnionych zasobów Wiksbud, przy wykonywaniu zamówienia publicznego, wprost odnosi się jedynie do tiretu drugiego warunku doświadczenia. Z uwagi na te jasne i spójne deklaracje T.B.INVEST, złożone przez Wiksbud w ramach uzupełnień, a dotyczące zakresu udostępnionych zdolności oraz ich wykorzystania podczas realizacji,

nie można ze złożonych oświadczeń i dokumentów wywodzić, że T.B.INVEST udostępnił zasoby w zakresie całego warunku z Rozdziału V pkt 2 ppkt 3 lit a SIWZ.

W zakresie niezgodności doświadczenia z pierwszą częścią warunku doświadczenia Odwołujący zaznaczył, że inwestycja „Budowa Szpitala kardiologicznego z Przychodnią specjalistyczną i Rehabilitacją kardiologiczną w Lesznie ul. Jana Kiepury” nie jest skończona, gdyż nie wykonano niezbędnych przyłączy. Tymczasem część warunku doświadczenia, opisana w tirecie pierwszym, dotyczy „roboty budowlanej polegającej na budowie (...) budynku (...) wraz z instalacjami wewnętrznymi i przyłączami”. Brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że złożone przez Wiksbud uzupełnienia, dotyczące zakresu udostępnionych przez T.B.INVEST zdolności oraz ich wykorzystania podczas realizacji potwierdzają, że T.B.INVEST udostępnił zasoby w zakresie całego warunku z Rozdziału V pkt 2 ppkt 3 lit a SIWZ, taki wywód nie ma bowiem potwierdzenia w zakresie zrealizowanych przez T.B.INVEST robót budowlanych.

Dalej Odwołujący podniósł, że zobowiązanie T. B.INVEST jest nierealne. Zdaniem Odwołującego intencją T.B.INVEST nie było ani udostępnianie doświadczenia na cały warunek wskazany w Rozdziale V pkt. 2 ppkt 3 lit. a SIWZ, ani realizacja w ramach podwykonawstwa de facto całego zamówienia. W zobowiązaniu o udostępnieniu własnego doświadczenia T.B.INVEST jasno oświadcza, że podejmie się podwykonawstwa wyłącznie w zakresie określonym w Rozdziale V pkt 2 ppkt 3 lit. a tiret drugi SIWZ, czyli zgodnie z udostępnionym potencjałem.

Zdaniem Odwołującego w świetle orzeczenia KIO 512/21 bez znaczenia jest okoliczność, czy ograniczenie zakresu podwykonawstwa do zakresu dotyczącego tiretu drugiego zostanie określone procentowo na poziomie 20%, czy też poprzez odniesienie się do tiretu drugiego warunku doświadczenia – bez względu na sposób wyrażenia tego ograniczenia, takie udostępnienie jest nieadekwatne, a samo udostępnienie zasobu nierealne. Jedynie zdolności wymagane przez Zamawiającego do realizacji robót budowlanych, które udostępnione są w zakresie całego warunku są udostępnione realnie, o ile oczywiście, podmiot udostępniający wskazuje realizację zamówienia na zasadzie podwykonawstwa de facto całości newralgicznych robót budowlanych.

Odwołujący zaznaczył, że po otrzymaniu uzupełnień, które Wiksbud złożył w celu wykazania spełnienia warunku doświadczenia, Zamawiający 28 kwietnia 2021 r. oraz 29 kwietnia 2021 r. wystosował do Wiksbud zapytania o bliźniaczej treści:

Na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2019 r.. poz. 1843 ze zm.) Zamawiający wzywa Państwa do wyjaśnienia jak należy rozumieć treść odpowiedzi Państwa na wezwanie Zamawiającego w kontekście

przedstawionego Zobowiązania podmiotu trzeciego Przedsiębiorstwa Budowlanego TB.INVEST (...) w stosunku do pkt 12 Formularza oferty.

Wiksbud w odpowiedzi wyjaśnił:

Wiksbud wskazał nowy podmiot trzeci tj. podmiot realnie oddający zasoby na potrzeby realizacji zamówienia – Przedsiębiorstwo Budowlane T.B. INVEST (...). Należy podkreślić, że automatycznie dochodzi również do uprawnionej zmiany oferty w wyniku działań Zamawiającego w zakresie formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, w pkt 12 w sposób nieistotny, bowiem na miejsce poprzedniego podwykonawcy, który tylko w 20% miał mieć powierzone zamówienie, wstąpił nowy podmiot, z nowym zobowiązaniem, wykazem nowej roboty i nowym poświadczeniem wykonanej roboty budowlanej – któremu zamówienie zostanie powierzone w zakresie niezbędnym do prawidłowej realizacji zamówienia i proporcjonalnie do warunku udziału w postępowaniu, który ten nowy podmiot spełnia w takim zakresie do jakiego odnosił się warunek z rozdz. V pkt 2 ppkt 3 lit a tiret drugi SIWZ.

Odwołujący wskazał, że 30 kwietnia 2021 r. Zamawiający poinformował Wiksbud o poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłki w Formularzu Oferty, pkt 12 z treści:

Lp.	Część zamówienia (Zakres i wartość lub procentowa część zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcy)	Podwykonawca (Nazwa i adres firmy)
1	2	3
1	20%	Erbud S.A. 02-797 Warszawa ul. Klimczaka 1

na treść:

Lp.	Część zamówienia (Zakres i wartość lub procentowa część zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcy)	Podwykonawca (Nazwa i adres firmy)
1	2	3
1	Zgodnie ze zobowiązaniem podmiotu trzeciego - roboty budowlane w zakresie pełnym i niezbędnym w celu prawidłowej realizacji zamówienia w zakresie warunku z Rozdziału V pkt 2 ppkt 3 litera a tiret drugi SI WZ tj. wynosi kwotę minimum 15 000 000.00	Przedsiębiorstwo Budowlane T.B.INVEST T.B. Gdańsk ul. Jabłoniowa 20/312

Odwołujący podniósł, że chociaż Wiksbud wyraził zgodę na poprawienie omyłki, a zatem wskazana ofercie część zamówienia powierzona do podwykonawstwa została zmodyfikowana, to i tak zmiana ta nie spowodowała, że udostępnienie doświadczenia stało się realne. Przeciwnie, niezależnie od tego, czy ograniczenie udostępnienia, a w ślad za tym i podwykonawstwa, dotyczy progu 20% czy tiretu drugiego przedmiotowego warunku,

w dalszym ciągu pozostaje ono „nieadekwatne”. Zatem Wiksbud w wyniku złożonych uzupełnień nie konwalidował własnej oferty, gdyż ponownie jej konstrukcja jest obarczona tymi samymi wadami co pierwotnie, jedynie podmiot udostępniający się zmienił.

Odwołujący podkreślił, że należy odróżnić pojęcie „udziału w realizacji zamówienia” od pojęcia „realizacji zamówienia”, o którym mowa w art. 22a ust. 4 i które jest pojęciem węższym niż udział w realizacji zamówienia. Udział w realizacji zamówienia może przybrać rozmaite formy zaangażowania podmiotu trzeciego, natomiast wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się spełnianie warunku doświadczenia przy pomocy podmiotu trzeciego, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania tej części zamówienia (co do zasady w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą składającym ofertę). Wobec tego, wykorzystanie wiedzy i doświadczenia T.B.INVEST zgodnie z treścią zobowiązania, nijak się ma do roli jaką przewidział Zamawiający dla podmiotu, który wykazuje spełnienie warunku doświadczenia. Rola T.B.INVEST jest daleko niewystarczającą, gdyż ograniczona została do części niepodzielnego warunku. Tym samym przedstawione przez Wiksbud zobowiązanie T.B.INVEST nie potwierdza realnego udziału w realizacji zamówienia w całym zakresie objętym treścią warunku udziału w postępowaniu, gdyż Wiksbud ograniczył zakres podwykonawstwa jedynie do zakresu objętego tiretem drugim omawianego warunku.

Dalej Odwołujący podniósł, że złożone przez Wiksbud poświadczenie, stanowiące o należytej realizacji przez T.B.INVEST inwestycji „Budowa Szpitala kardiologicznego z Przychodnią specjalistyczną i Rehabilitacją kardiologiczną w Lesznie ul. Jana Kiepury” nie stanowi dowodu w rozumieniu z 59 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych. Złożone w ramach uzupełnień poświadczenie zostało wydane przez inspektora nadzoru inwestorskiego, R.C.. Inspektor nadzoru inwestorskiego nie jest jednak „podmiotem na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane”. Odwołujący wskazał, że NAFIS S.A. jest spółką kapitałową, zatem do wystawienia referencji uprawniony jest wyłącznie zarząd. R.C. w żadnym momencie działalności spółki nie wchodził w skład zarządu, a ponadto od początku istnienia spółki obowiązuje reprezentacja dwuosobowa, w przypadku zarządu wieloosobowego, zaś w całym 2016 r. istniał zarząd wieloosobowy.

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że nawet jeżeli by przyjąć, że poświadczenie jest oświadczeniem wiedzy (choć Odwołujący temu zaprzecza), to charakter działań inspektora nadzoru inwestorskiego nie zawsze wiąże się ze zdobyciem wiedzy, która byłaby pomocna zarządowi przy wystawianiu referencji, a tym bardziej, która umożliwiałaby składanie własnych oświadczeń. Analizując zaś treść poświadczenia i błędy w nim zawarte, stwierdzić należy, że wiedza, którą R.C. zdobył podczas pełnienia funkcji inspektora nadzoru

inwestorskiego nie jest wystarczająca aby uznać, że poświadczenie faktycznie zostało wystawione przez osobę z gruntownymi informacjami o etapie realizacji zamówienia.

Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie uznania oferty Wiksbud za odrzuconą

Odwołujący wskazał, że niniejszy zarzut jest został sformułowany jako zarzut niesamodzielny, ale komplementarnie do zarzutów naruszenia innych przepisów, wskazanych w pkt. A i pkt. B powyżej. Z uwagi na zaistnienie okoliczności faktyczno-prawnych opisanych B powyżej, zarzuty zaniechania wykluczenia Wiksbud z postępowania są zasadne. Zaś zgodnie z norma zawartą w art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem III.1 SIWZ przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych na realizację zadania inwestycyjnego pn. „Budowa Powiatowego Centrum Zdrowia”. Celem inwestycji jest wybudowanie pawilonu przeznaczonego na wielospecjalistyczne poradnie lekarskie. Budynek będzie pełnił funkcje obiektu służby zdrowia. Efektem realizacyjnym będzie podniesienie bezpieczeństwa i jakości opieki zdrowotnej typu ambulatoryjnego poprzez poprawę standardów i dostępności świadczeń zdrowotnych oraz unowocześnienie infrastruktury.

W punkcie V.2.3 lit. a SIWZ Zamawiający określił, że wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykaże, że:

posiada doświadczenie w wykonaniu minimum 2 robót budowlanych, w tym:

- 1 roboty budowlanej polegającej na budowie, przebudowie, rozbudowie budynku użyteczności publicznej wraz z instalacjami wewnętrznymi i przyłączami o wartości minimum 30.000.000,00 zł.,*

Uwaga: Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony także w sytuacji posiadania przez Wykonawcę doświadczenia w wykonaniu minimum 2 robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie, rozbudowie budynków użyteczności publicznej wraz z instalacjami wewnętrznymi i przyłączami o wartości minimum 15.000.000,00 zł. każda.

oraz

- 1 roboty budowlanej polegającej na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu służby zdrowia typu ambulatoryjnego lub szpitalnego kategorii XI w myśl art. 8 ust. 1) lit a) lub ust. 2) ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. z 2020 r. poz. 295 ze zm.) o wartości minimum 15.000.000,00 zł.

W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający żąda:

- wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty.

Wykonawca Wiksbud na wezwanie Zamawiającego przedstawił dokumenty mające potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym następujący wykaz robót:

Lp.	Nazwa zadania i miejsce realizacji/ Zamawiający	Wartość zamówienia	Data wykonania zamówienia	Rodzaj wykonywanych robót
1.	Przebudowa i modernizacja budynków dydaktycznych Państwowej Wyższej Uczelni Zawodowej we Włocławku przy ul. Energetyków 30 w formie zaprojektuj i wybuduj Zamawiający: Państwowa Uczelnia Zawodowa we Włocławku	15 588 950,52 zł w tym wartość robót budowlanych: 15 416 750,52 zł	19.03.2018 r. 31.07.2019r.	wykonanie dokumentacji projektowej rozbiórka łącznika; rozbudowa łącznika z wymianą stropodachu; przebudowa całego obiektu w celu dopasowania układu funkcjonalnego do funkcji obiektu; -zagospodarowanie terenu z budową parkingu, sieci i przyłączy; wyposażenie budynku w instalacje; wykonanie instalacji
2.	Adaptacja istniejącego budynku położonego w Kowalewie Pomorskim przy u. Konopnickiej 13 na potrzeby siedziby Urzędu Miasta oraz Przedszkola Zamawiający: Urząd Miejski w Kowalewie	17 925 497,11 zł	04.06.2018 r. 22.05.2019 r.	roboty rozbiórkowe roboty budowlano-montażowe - zagospodarowanie terenu wraz z utwardzeniami wykonanie przyłączy i instalacji sanitarnych i elektrycznych - wyposażenie obiektu

	Pomorskim			
3.	Rozbudowa budynku Szpitala MSW w Lublinie polegająca na budowie łącznika wraz z blokiem operacyjnym Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Lublinie	22 497 234,04 zł	15.07.2014 r. 18.10.2017 r.	roboty rozbiórkowe przebudowa instalacji roboty budowlano-montażowe - roboty drogowe wraz z - zagospodarowaniem terenu - instalacja gazów medycznych

W dniu 5 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Wiksbud jako najkorzystniejszej. Konsorcjum Alstal wniosło odwołanie wobec zaniechanie wykluczenia wykonawcy Wiksbud z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Wyrokiem z 17 marca 2021 r. (sygn. akt KIO 512/21) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w zakresie dotyczącym nierealnego udostępnienia zasobów przez Erbud S.A. w celu wykazania, że Wiksbud spełnia warunek wskazany w pkt V.2 ppkt 3a SIWZ. Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym oferty Wiksbud.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów zaniechania wykluczenia z postępowania Wiksbud, pomimo tego, że wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd oraz nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej co do robót budowlanych wykonanych dla Gminy Kowalewo oraz w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej — zdolności kredytowej na wartość 15.000.000 złotych. Podstawą umorzenia postępowania w tym zakresie było cofnięcie przez Odwołującego ww. zarzutów.

W pozostałym zakresie odwołanie zostało oddalone.

Pismem z 15 kwietnia 2021 r. Zamawiający skierował do Przystępującego następujące wezwanie:

Działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (...) mając na uwadze wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2021 r. (sygn. akt KIO 512/21), nakazujący Zamawiającemu ponowną ocenę i badanie ofert w Postępowaniu, z uwzględnieniem oferty Wiksbud Sp. z o.o. Zamawiający wzywa Państwa do wyjaśnień dotyczących udostępnionych zasobów podmiotu trzeciego – ERBUD S.A. z siedzibą przy ul. Klimczaka I. 02-797 Warszawa, poprzez wskazanie w jaki sposób: określony w 20% udział w realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby, przekłada się na zakres udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia wskazany w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów przez ERBUD S.A. oraz rzeczywisty udział tego podmiotu w wykonaniu przedmiotu zamówienia określonego w Postępowaniu.

Ewentualnie, gdyby Państwo uznali, iż nie są w stanie udzielić żądanych wyjaśnień to wskazujemy na możliwości, którą rodzi przepis art. 26 ust. 3 P.z.p. w zw. z art. 22a ust. 6 P.z.p., który zastosowany odpowiednio uprawnia Państwa do:

1) zastąpienia wskazanego pierwotnie podmiotu (...) innym podmiotem lub podmiotami, których zdolność (doświadczenie) potwierdza spełnianie przez Państwa warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V pkt 2 ppkt 3 lit. a tiret drugi SIWZ.

(...)

2) zobowiązania się Państwa do osobistego wykonania zamówienia w zakresie w jakim powoływali się Państwo na zdolność (doświadczenie) podmiotu trzeciego (...) pod warunkiem wykazania, że samodzielnie spełniają Państwo warunek udziału w postępowaniu określony w Rozdziale V. pkt 2 ppkt 3) lit a) tiret drugi SIWZ. (...)

Uzupełniając dokumenty w odpowiedzi na wezwanie stanowiące wykonanie wyroku Izby wykonawca Wiksbud wskazał, że zastępuje podmiot Erbud S.A. podmiotem Przedsiębiorstwo Budowlane TB.INVEST T.B., co oznacza, że wskazany w pkt 12 formularza ofertowego pkt 1 tabeli jest nieaktualny i nie ma zastosowania, gdyż wskazana tam procentowa część zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcy w wysokości 20 % odnosi się wyłącznie do podmiotu Erbud S.A. Wykonawca wyjaśnił, że:

(...) nowy podmiot wskazany w ramach uzupełnienia zasobu podmiotu trzeciego, tj. Przedsiębiorstwo Budowlane TB.INVEST T.B. będzie udostępniał zasób wiedzy i doświadczenia w sposób realny, biorąc udział przy realizacji zamówienia w pełnym zakresie, czyli de facto w całości zamówienia w kontekście regulacji art. 22a ust.4 ustawy PZP (patrz wyrok KIO 512/21 wyrok z dnia 17 marca 2021 r.) poprzez podwykonawstwo (udział w realizacji robót budowlanych) i udzielanie bezpośrednich, bieżących i stałych konsultacji i doradztwa oraz korzystanie z wiedzy technicznej w pełnym zakresie udzielanych zasobów

przez pełen okres realizacji inwestycji, zgodnie z uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego zobowiązaniem podmiotu trzeciego – Przedsiębiorstwo Budowlane TB.INVEST T.B. załączonego do niniejszego pisma (załącznik nr 1 do niniejszego pisma zobowiązanie). Powyższe wskazuje na nowy stan faktyczny i prawny w związku z wezwaniem Zamawiającego w piśmie z dnia 15 kwietnia 2021 r. w trybie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy PZP i powoduje, że po prawidłowym uzupełnieniu dokumentów wynikających z ww. wezwania oferta Wiksbud zostanie uznana jako najkorzystniejsza. Mając na uwadze powyższy pkt 1 niniejszego pisma oraz pkt. 1 Państwa wezwania z dnia 15 kwietnia 2021 r., a także wyrok KIO 512/21 z dnia 17 marca 2021 r. nakazujący powtórzyć czynność badania i oceny ofert przy uwzględnieniu firmy Wiksbud -oświadczam, że zastępując na podstawie art. 22a ust.6 ustawy PZP podmiot Erbud SA nowym podmiotem Przedsiębiorstwo Budowlane TB.INVEST T.B., dołączam do niniejszego pisma nowy JEDZ od ww. nowego podmiotu trzeciego oraz zobowiązanie tego podmiotu dotyczące udostępnienia niezbędnych zasobów dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych oraz inne wymagane dokumenty.

Wykonawca przedstawił nowy wykaz, w którym wskazał następujące roboty:

Lp.	Nazwa zadania i miejsce realizacji/ Zamawiający	Wartość zamówienia	Data wykonania zamówienia	Rodzaj wykonywanych robót
1.	Przebudowa i modernizacja budynków dydaktycznych Państwowej Wyższej Uczelni Zawodowej we Włocławku przy ul. Energetyków 30 w formule zaprojektuj i wybuduj <u>Zamawiający:</u> Państwowa Uczelnia Zawodowa we Włocławku	15 588 950,52 zł w tym wartość robót budowlanych: 15 416 750,52 zł	19.03.2018 r. 31.07.2019 r.	wykonanie dokumentacji projektowej rozbiórka łącznika; rozbudowa łącznika z wymianą stropodachu; przebudowa całego obiektu w celu dopasowania układu funkcjonalnego do funkcji obiektu; zagospodarowanie terenu z budową parkingu, sieci i przyłączy; wyposażenie budynku w instalacje; wykonanie instalacji
2.	Adaptacja istniejącego budynku położonego w Kowalewie Pomorskim przy u. Konopnickiej 13 na potrzeby siedziby Urzędu Miasta oraz Przedszkola <u>Zamawiający:</u> Urząd Miejski w	17 925 497,11 zł	04.06.2018 r. 22.05.2019 r.	roboty rozbiórkowe roboty budowlane – montażowe - zagospodarowanie terenu wraz z utwardzeniami wykonanie przyłączy i

	Kowalewie Pomorskim			instalacji sanitarnych i elektrycznych wyposażenie obiektu
3.	Budowa Szpitala kardiologicznego z przychodnią specjalistyczną i rehabilitacją kardiologiczną w Lesznie ul. Jana Kiepur Zamawiający: NAFIS S.A. w Poznaniu	18 895 889,53 zł	12.11.2015 r. 18.11.2016 r.	roboty rozbiórkowe i przygotowawcze przyłącza i sieci zewnętrzne roboty budowlane – montażowe roboty drogowe wraz z zagospodarowaniem terenu instalacja gazów medycznych blok operacyjny

W odniesieniu do zadania z poz. 3 wykazu wykonawca przedstawił poświadczenie z 18 listopada 2016 r., o następującej treści:

NAFIS S.A (...) zaświadcza, że w okresie od 12 112016r. do 18, 11.2016r, firma Przedsiębiorstwo Budowlane TB INVEST T.B. z siedzibą w Gdańsku przy ul. Harfowej 34 zrealizowało inwestycję polegającą na budowie obiektu . użyteczności publicznej jakim jest obiekt służby zdrowia wraz z pełną infrastrukturą i wyposażeniem medycznym (w tym blok operacyjny),

Inwestycja realizowana była pn. „Budowa szpitala kardiologicznego z przychodnią specjalistyczną i rehabilitacją kardiologiczną w Lesznie ul, Jana Kiepur”. Wartość brutto wykonanych prac wyniosła 18 896 889,53 zł zł, a ich zakres obejmował (...)

Przedmiot zamówienia został wykonany z należytą starannością zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Wysoka jakość, a przede wszystkim nasze zadowolenie z efektu wykonanych prac zobowiązuje nas do polecenia firmy Przedsiębiorstwo Budowlane TB.INVEST T.B. jako wykonawcy wiarygodnego, solidnego i rzetelnego.

Niniejszy dokument stanowi poświadczenie, że w/w prace zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej / prawidłowo ukończone.

Powyższe poświadczenie podpisał R.C..

Wykonawca Wiksbud przedstawił także zobowiązanie Przedsiębiorstwa Budowlane T.B.INVEST T.B., zgodnie z którym ww. podmiot zobowiązuje się oddać do dyspozycji Wiksbud zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, dla celów zamówienia „Budowa Powiatowego Centrum Zdrowia.

Ww. podmiot oświadczył, że:

1. Udostępniam Wykonawcy następujące zasoby:

Nasze zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy zasobów obejmuje zasoby w postaci zdolności technicznej i zawodowej, określonej w przez Zamawiającego w Rozdziale V pkt 2 ppkt 3 lit a tiret drugi SIWZ, wymagane przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu tj.: wiedza i doświadczenie związane z wykonaniem 1 roboty budowlanej polegającej na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu służby zdrowia typu ambulatoryjnego lub szpitalnego kategorii XI w myśl art. 8 ust.1 lit. a lub ust.2 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz.U. z 2020 r. poz. 295 ze zm.) o wartości minimum 15.000.000,00 zł (wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie).

2.Sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego: Uczestnictwo Przedsiębiorstwa Budowlanego T.B.INVEST T.B. w realizacji Zamówienia w charakterze podwykonawcy w celu wykonania robót budowlanych, których dotyczą zdolności określone w Rozdziale V pkt 2 ppkt 3 lit a tiret drugi SIWZ- realizacja robót budowlanych, których wskazane zdolności dotyczą na podstawie umowy o podwykonawstwo, bezpośrednio, bieżące i stałe konsultacje, doradztwo i korzystanie z wiedzy technicznej w pełnym zakresie udzielonych ww. zasobów,

3.Zakres udziału przy wykonywaniu Zamówienia: Zakres udziału przy wykonywaniu Zamówienia obejmuje wykonanie robót budowlanych w charakterze podwykonawcy zgodnie z SIWZ oraz Opiszem Przedmiotu Zamówienia wraz z załącznikami w zakresie niezbędnym do prawidłowego wykonania zamówienia.

4.Okres udziału podmiotu przy wykonywaniu zamówienia- cały okres wykonywania przedmiotu zamówienia i w celu jego należytego wykonania, Umowa o podwykonawstwo zawarta będzie na cały okres realizacji Zamówienia w zakresie robót budowlanych związanych z udostępnioną zdolnością, o której mowa w ww. pkt 1.

5.Zrealizuję roboty budowlane, których wskazane zdolności/zasoby dotyczą – w pełnym zakresie w charakterze podwykonawcy – na podstawie umowy o podwykonawstwo.

Dodatkowe informacje: Niniejsze zobowiązanie ma charakter realny- zapewnia realny udział podmiotu Przedsiębiorstwo Budowlane T.B.INVEST T.B. w realizacji zamówienia, w takim zakresie do jakiego odnosił się warunek z rozdz. V pkt 2 ppkt 3 lit a tiret drugi SIWZ, a stosunek łączący Wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do udostępnianych zasobów.

Jednocześnie informuję, że udostępnienie przedmiotowego zasobu następuje z dniem podpisania nn. Zobowiązania, z mocą obowiązującą od dnia składania ofert.

Pismem z 28 kwietnia 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Wiksbud: do wyjaśnienia jak należy rozumieć treść odpowiedzi Państwa na wezwanie Zamawiającego w kontekście przedstawionego Zobowiązania podmiotu trzeciego Przedsiębiorstwa Budowlanego TB.INVEST T.B. z siedzibą przy ul. Jabłoniowej 20, 80-175 Gdańsk - w stosunku do pkt 12 Formularza oferty.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca wyjaśnił, że w wyniku dokonanego uzupełnienia dokumentów zmieniła się treść oferty, gdyż zmienił się JEDZ podwykonawcy oraz zobowiązanie podmiotu trzeciego, a także treść pkt.12 załącznika nr 1 do SIWZ. Wykonawca wskazał, że automatycznie doszło do uprawnionej zmiany oferty w wyniku działań Zamawiającego w zakresie formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, w pkt 12 w sposób nieistotny, bowiem na miejsce poprzedniego podwykonawcy, który tylko w 20% miał mieć powierzone zamówienie, wstąpił nowy podmiot, z nowym zobowiązaniem, wykazem nowej roboty i nowym poświadczeniem wykonanej roboty budowlanej – któremu zamówienie zostanie powierzone w zakresie niezbędnym do prawidłowej realizacji zamówienia i proporcjonalnie do warunku udziału w postępowaniu, który ten nowy podmiot spełnia w takim zakresie do jakiego odnosił się warunek z rozdz. V pkt 2 ppkt 3 lit a tiret drugi SIWZ.

Pismem z 30 kwietnia 2021 r. Zamawiający poinformował o poprawieniu w ofercie Wiksbud omyłki, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez wpisanie w rubryce dotyczącej części zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcy, następującej informacji: Zgodnie ze zobowiązaniem podmiotu trzeciego- roboty budowlane w zakresie pełnym i niezbędnym w celu prawidłowej realizacji zamówienia w zakresie warunku z Rozdziału V pkt 2 ppkt 3 litera a tiret drugi SIWZ tj. wynosi kwotę minimum 15 000 000,00 zł. Wykonawca Wiksbud wyraził zgodę na poprawienie omyłki.

Pismem z 4 maja 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Wiksbud jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.), który

stanowi, że 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.

Z uwagi na fakt, że odwołanie zostało wniesione 14 maja 2021 r., do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm. (dalej: nowa ustawa Pzp), stosownie do 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Wiksbud Sp. z o.o., który zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na niezyskaniu zamówienia. Nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Przystępującego o braku po stronie Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania. Przystępujący wywodził tę tezę z faktu, że oferta Odwołującego jest sklasyfikowana na trzecim miejscu, a Odwołujący nie zakwestionował oferty z drugiego miejsca. Odnosząc się do tego stanowiska wskazać należy, że wobec faktu, iż postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej, nie nastąpiła jeszcze ostateczna weryfikacja wykonawcy, którego oferta została sklasyfikowana na 2 miejscu. Na obecnym etapie postępowania nie wiadomo, jaki wynik będzie miała ta weryfikacja. Tym samym Odwołujący, kwestionując skutecznie wybór oferty Przystępującego, zachowuje szansę na uzyskanie zamówienia, a ewentualne naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy może spowodować szkodę w postaci niezyskania zamówienia, przy czym – wbrew twierdzeniom Przystępującego – ryzyko poniesienia tej szkody jest jak najbardziej realne.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, które stanowią:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
- art. 7 ust. 3 ustawy Pzp: Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

- art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Pzp: Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:
 - 12) 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;
 - 16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;
 - 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
- art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.
- art. 22a ust. 2, 3 i 4 ustawy Pzp:
 - 2. 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.
 - 3. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.
 - 4. 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.
- art. 24 ust. 4 ustawy Pzp: Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp: Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby zasadne okazały się zarzuty określone w punktach VII.5 i VII.6 , a związane z niewykazaniem spełniania warunku określonego w punkcie V.2.3 lit. a SIWZ. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że oceniając spełnianie tego warunku Zamawiający nie uwzględnił wyroku Izby wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 512/21.

Nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, zgodnie z którym z powyższego wyroku Izby nie wynikał obowiązek oceny spełniania tego warunku w sposób wskazany w uzasadnieniu wyroku. Wbrew twierdzeniom Przystępującego, konieczność łącznego wykazania obu elementów warunku nie jest jedynie „luźnym zdaniem” z uzasadnienia orzeczenia. Wskazać należy, że Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu nierealnego udostępnienia zasobu przez ERBUD S.A. i nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym oferty Przystępującego, a powodem uwzględnienia tego zarzutu – co wyraźnie wynika z uzasadnienia wyroku – było ustalenie przez Izbę, że *wykonawcy musieli wykazać łącznie (koniunkcja „oraz”) doświadczenie dotyczące jednych robót dotyczących budowy, rozbudowy, przebudowy budynku użyteczności publicznej o wartości 30.000.000 zł ORAZ jednych robót budowlanych dotyczących budowy, rozbudowy, przebudowy obiektu służby zdrowia o wartości minimum 15.000.000 zł. Ewentualnie jednych robót dotyczących budowy, rozbudowy, przebudowy budynku użyteczności publicznej o wartości 15.000.000 zł ORAZ jednych robót dotyczących budowy, rozbudowy, przebudowy budynku użyteczności publicznej o wartości 15.000.000 zł ORAZ jednych robót budowlanych dotyczących budowy, rozbudowy, przebudowy obiektu służby zdrowia o wartości minimum 15.000.000 zł.* Izba wprost stwierdziła, że *wymogiem Zamawiającego było więc, by wykonawca posiadał doświadczenie i przy budowie (rozbudowie, przebudowie) budynku użyteczności publicznej, i przy budowie (rozbudowie, przebudowie) obiektu służby zdrowia. I doświadczenia tego nie da się rozdzielić. Jest to niejako doświadczenie „niepodzielnej ręki”, a nie „w częściach ułamkowych”, a z dwóch podmiotów, które nie potrafią (w znaczeniu: nie posiadają wymaganego doświadczenia), nie da się osiągnąć jednego podmiotu, który potrafi (posiada wymagane doświadczenie).* Nie ulega wątpliwości, że to właśnie powyższa kwestia była przyczyną częściowego uwzględnienia odwołania. Jednocześnie nie zasługują na uwzględnienie twierdzenia Zamawiającego i Przystępującego, że przytoczone wyżej zważenia przedstawione w uzasadnieniu wyroku wykraczają poza zakres zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Zauważyć należy, że wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 512/21 nie został zaskarżony, w związku z czym stał się prawomocny, zatem uczestnicy obecnego

postępowania odwoławczego nie są uprawnieni do podważania jego prawidłowości, której nie może również weryfikować obecny skład orzekający Izby. Weryfikacja taka mogła bowiem zostać dokonana jedynie przez organ drugiej instancji, tj. Sąd Okręgowy.

Niezależnie od powyższego, skład orzekający w niniejszej sprawie w pełni podziela wyrażone w uzasadnieniu wyroku o sygn. akt KIO 512/21 stanowisko Izby dotyczące interpretacji warunku określonego w punkcie V.2.3 lit. a SIWZ i przyjmuje je za własne.

Nie ulega wątpliwości, że Przystępujący spełniania tak określonego warunku nie wykazał. Przedstawił on bowiem w uzupełnionym wykazie robót dwa zadania wykonane przez siebie (w zakresie punktu V.2.3 lit. a tiret pierwsze SIWZ) oraz zadanie z poz. 3 wykazu, będące doświadczeniem udostępnionym przez podmiot trzeci (TB.INVEST), przy czym udostępnienie to nastąpiło wyłącznie w zakresie określonym punkcie V.2.3 lit. a tiret drugie. Wynika to literalnie z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów, co zresztą nie było kwestią sporną.

Z kolei wskazany przez Przystępującego zakres podwykonawstwa podmiotu udostępniającego zasoby jest powiązany z zakresem tego udostępnienia. Skoro udostępnienie nastąpiło w zakresie niewystarczającym dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, to tym samym zakres podwykonawstwa również należy uznać za nieadekwatny.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że Przystępujący nie wykazał spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu. Izba nie nakazała jednak wykluczenia Przystępującego z postępowania, stwierdzając, że wezwanie z 15 kwietnia 2021 r. do uzupełnienia dokumentów było nieprawidłowe. Zamawiający wezwał bowiem Przystępującego do zastąpienia podmiotu udostępniającego doświadczenie innym podmiotem lub do zobowiązania się do osobistego wykonania zamówienia, ale wyłącznie w zakresie określonym w punkcie V.2.3 lit. a tiret drugie SIWZ, podczas gdy w wezwaniu powinien wskazać, że spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie V.2.3 lit. a SIWZ powinno nastąpić przez wykazanie się doświadczeniem zdobytym łącznie co do obu elementów warunku przez ten sam podmiot.

Jakkolwiek zgodnie z ukształtowanym w orzecznictwie poglądem możliwe jest tylko jednokrotne wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (który to pogląd Izba w pełni podziela), to zauważenia wymaga, że dotyczy to sytuacji, w której skierowane przez zamawiającego wezwanie było prawidłowe, tj. w którym właściwie i precyzyjnie wskazano brak podlegający uzupełnieniu. W rozpoznawanej sprawie wezwanie z 15 kwietnia 2021 r. nie może być uznane za prawidłowe, w związku z czym Izba nakazała Zamawiającemu ponowne wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentów

potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie V.2.3 lit. a SIWZ.

W konsekwencji niezasadny na obecnym etapie postępowania był zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, przez zaniechanie uznania oferty Przystępującego za odrzuconą.

Pozostałe zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Po pierwsze nie sposób podzielić stanowiska, że Przystępujący przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, gdyż roboty wskazane w poz. 3 wykazu robót nie zostały ukończone w terminie wskazanym przez wykonawcę. Odwołujący wywodzi to z faktu, że inwestycja do dnia dzisiejszego nie została odebrana przez PINB, sanepid, budynek nie jest podłączony do zewnętrznych sieci wodociągowych i kanalizacyjnych, a także nie zostało wydane pozwolenie na użytkowanie. Odnosząc się do tych twierdzeń należy zauważyć, że wskazywane okoliczności nie są istotne z punktu widzenia brzmienia warunku udziału w postępowaniu, który nie obejmował wymagań dotyczących odbioru inwestycji przez zewnętrzne służby i uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Biorąc pod uwagę treść warunku należy stwierdzić, że należało wykazać się doświadczeniem w wykonaniu robót, które zostały odebrane przez inwestora – tak bowiem należy rozumieć ukończenie robót w sytuacji, gdy Zamawiający nie określił w tym zakresie dodatkowych wymagań. O dokonaniu takiego odbioru świadczy przedstawione poświadczenie, a także protokoły odbioru przedłożone przez Przystępującego na rozprawie. Wobec powyższego bezprzedmiotowe pozostają przedstawione przez Odwołującego dowody w postaci:

- informacji Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego dla Miasta Lesza z 12 maja 2021 r. potwierdzającej brak złożenia wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie;
- oświadczenia Komendanta Miejskiego Państwowej Straży Pożarnej w Lesznie z 19 maja 2021 r. potwierdzającego brak zawiadomienia o zakończeniu budowy i zamiarze przystąpienia do użytkowania;
- oświadczenia Komendanta Miejskiego Państwowej Straży Pożarnej w Lesznie z 27 maja 2021 r. potwierdzającego, że iż w latach 2015-2017 do Komendy nie wpłynęło zawiadomienie o zakończeniu budowy i zamiarze przystąpienia do użytkowania;
- informacji z Biuletynu Informacji Publicznej Urzędu Miasta Leszna potwierdzającej, że 23 maja 2019 r. dokonano zgłoszenia budowy sieci wodnokanalizacyjnej, mającej obsłużyć szpital kardiologiczny z przychodnią specjalistyczną i rehabilitacją kardiologiczną w Lesznie przy ul. Jana Kiepury.

Jak wskazano powyżej, okoliczności, które mają być potwierdzone powyższymi dowodami, nie mają znaczenia dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji nie mogą świadczyć o przedstawieniu informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd.

Niezasadny jest także zarzut oparty na twierdzeniu, że roboty budowlane nie zostały wykonane w ramach jednej umowy. Stan faktyczny w tym zakresie nie był sporny, istotą sporu jest natomiast to, czy roboty referencyjne musiały być wykonane na podstawie jednej umowy. W ocenie Izby brak jest podstaw do takiego twierdzenia, Zamawiający nie określił bowiem takiego wymagania w SIWZ. Gdyby Zamawiający uznał, że dla oceny zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia ma znaczenie okoliczność, czy roboty zostały wykonane na podstawie jednej umowy obejmującej całość inwestycji, to wyraziłby to w treści warunku. Skoro tak nie zrobił, to nie ma podstaw, aby na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu interpretować warunek w taki sposób, jak to robi Odwołujący, tj. wywodząc z jego brzmienia wymagania, których w nim nie wyrażono. W tej sytuacji warunek należy interpretować jako odnoszący się do doświadczenia w realizacji określonej inwestycji budowlanej, niezależnie od tego, ile umów było podstawą jej realizacji. W związku z tym nie sposób uznać, że informacja na temat robót z poz. 3 wykazu mogła wprowadzać Zamawiającego w błąd co do spełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu.

Za niezasadny Izba uznała zarzut oparty na twierdzeniu, że roboty budowlane wskazane w poz. 3 wykazu robót nie zostały wykonane w całości przez T.B. INVEST, ale również przez inne przedsiębiorstwa, na podstawie odrębnych umów tych przedsiębiorców zawartych bezpośrednio z NAFIS S.A. Odwołujący nie wykazał, aby całość inwestycji nie została zrealizowana przez podmiot udostępniający Przystępującemu swoje doświadczenie. Jedynym dowodem przedstawionym w tym zakresie przez Odwołującego jest umowa na wykonanie instalacji gazów medycznych zawarta z INMED – K. Sp. z o.o. Sp. k. i związane z jej wykonaniem dokumenty. Odnosząc się do tych dowodów wskazać należy, że nie wynika z nich wartość wykonanych robót (we wszystkich dokumentach wartość ta została zakryta), nie wiadomo więc, jaki zakres miały wykonane roboty. Tym samym należy stwierdzić, że ww. umowa i związana z nią dokumentacja nie mogą stanowić podstawy do wniosku, że podmiot TB.INVEST nie wykonał kompleksowych robót związanych z inwestycją wskazaną w wykazie. Dokumenty przedstawione przez Odwołującego nie stanowią wystarczającego dowodu przeciwnego w stosunku do treści przedstawionych referencji oraz przedłożonych

przez Przystępującego dowodów w postaci umów na wykonanie robót w ramach tej inwestycji oraz protokołów odbioru robót.

Nie zasługują na uwzględnienie zarzuty oparte na twierdzeniach, że poświadczenie należytego wykonania robót było nieprawidłowe z tego powodu, że zostało podpisane przez inspektora nadzoru inwestorskiego, a nie przez osoby uprawnione do reprezentacji spółki NAFIS. Sformułowane w tym zakresie zarzuty świadczą o tym, że Odwołujący uznaje takie poświadczenie za oświadczenie woli, wymagające dla swojej ważności zachowania zasad reprezentacji, z czym nie sposób się zgodzić.

Izba podziela prezentowany w orzecznictwie pogląd, że referencje stanowią oświadczenie wiedzy, nie zaś oświadczenie woli. Przykładowo, w wyroku o sygn. akt KIO 695/14 Izba wskazała: *Podpisanie dokumentu referencji przez osobę nieuprawnioną do reprezentacji AEROEKSPRESS Rosja – co nie zostało przy tym udowodnione przez Odwołującego – nie mogło w istocie spowodować odmowy uznania tego pisma, za dowód potwierdzający należyte wykonanie zamówienia. W tym zakresie należy bowiem odróżnić oświadczenia woli, dla których skuteczności konieczne jest zachowanie zasad reprezentacji, od oświadczeń wiedzy. Referencje natomiast to oświadczenie wiedzy podmiotu posiadającego w dyspozycji informacje z zakresu objętego ich przedmiotem, może je zatem wystawić każdy, kto ma wystarczający zasób wiedzy pozwalający uznać o należytej jakości wykonanych robót czy dostaw (por. wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 589/13). Kwestionowany przez Odwołującego dokument został podpisany przez kierownika produkcyjno-technicznego w/w firmy. Izba nie miała podstaw do uznania, by osoba ta nie dysponowała dostateczną wiedzą dla potwierdzenia należytego wykonania przedmiotu umowy. Odwołujący bynajmniej nie przedstawił dowodów na wykazanie przedmiotowej okoliczności.*

Wobec powyższego bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostaje przedstawiony przez Odwołującego dowód w postaci odpisu pełnego KRS dla NAFIS S.A., złożony na okoliczność, że pan R.C. nigdy nie był umocowany do reprezentacji spółki. Okoliczność ta nie jest między stronami sporna, a ponadto nie przesądza ona o nieuprawnionym wystawieniu referencji.

W rozpoznawanej sprawie kwestionowany przez Odwołującego dokument został podpisany przez inspektora nadzoru inwestorskiego, który pełnił tę funkcję w całym procesie budowlanym dotyczącym przedmiotowej inwestycji, co potwierdzają umowy przedstawione na rozprawie przez Przystępującego. Zgodnie z tymi umowami pan R.C. został ustanowiony inspektorem nadzoru budowlanego, podejmującym wszelkie decyzje w zakresie prac

objętych przedmiotem umowy, działającym w umieniu i na rachunek Zamawiającego (§ 8 ust. 1 umowy z 4 grudnia 2015 r., § 7 ust. 1 umowy z 1 czerwca 2016 r., § 8 ust. 1 umowy z 10 sierpnia 2016 r.). Twierdzenia Odwołującego, jakoby ta osoba nie miała wystarczającej wiedzy do wystawienia referencji, nie zostały w żadnej mierze udowodnione. Dowodu takiego nie stanowi przedłożone pismo spółki NAFIS. Z pisma tego nie wynikają okoliczności, które podnosił Odwołujący, tj. że *zarządzający tego podmiotu nie mają wiedzy o treści referencji wystawionych przez pana R.C.* Zauważenia wymaga, że reprezentanci spółki udzielają w ww. piśmie odpowiedzi na pytanie, czy pan R.C. posiadał pełnomocnictwo do podpisania referencji. Po pierwsze, osoby reprezentujące spółkę nie zaprzeczyły, a jedynie odpowiedziały, że bez przedłożenia referencji nie są w stanie udzielić informacji, po drugie – ponownie należy podkreślić, że referencje nie stanowią oświadczenia woli, zatem dla swojej ważności nie wymagają wystawienia przez osoby uprawnione do reprezentacji spółki osobiście lub przez pełnomocnika.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 6 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), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego w wysokości 75% i Zamawiającego w wysokości 25%. Odwołanie okazało się bowiem zasadne w zakresie dwóch z ośmiu podniesionych zarzutów (tj. w zakresie zarzutów przedstawionych w punktach VII.5 i VII.6 odwołania).

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20.000,00 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izba w kwocie 3.600,00 zł oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł (łącznie 27.200,00 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 23.600,00 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (20.000,00 + 3.600,00), tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 20.400,00 zł (27.200,00 zł x 75%). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3.200,00 zł (23.600,00 – 20.400,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi

Sygn. akt KIO 1445/21

dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: