

WYROK
z dnia 30 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę: **AGROBEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu**; w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Jarocińskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Jarocinie**;

przy udziale wykonawcy: **Investic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Golinie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. **oddala odwołanie**;
2. kosztami postępowania w wysokości **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża wykonawcę: **AGROBEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Kaliszu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Jarocińskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Jarocinie (dalej „zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa dwóch budynków mieszkalnych jednorodzinnych w Potarzycy przy ul. Noskowskiego - 78 mieszkań (dz. nr 297/1)”, numer postępowania nadany przez zamawiającego: JTBS/ZP/1/2020 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 lipca 2020 r., pod numerem: 564197-N-2020.

W dniu 21 sierpnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: **AGROBEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu** (dalej „odwołujący”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 oraz art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wniósł odwołanie od czynności zamawiającego w postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia spółki pod firmą INVESTIC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Golinie (dalej: „Investic”) mimo, iż wykonawca ten nie wykazał posiadania „Zdolności technicznych lub zawodowych”, potwierdzeniem posiadania których miało być w szczególności spełnienie warunku wykonania „minimum 1 zadania, którego przedmiotem była budowa budynku/ zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych wykończonych pod klucz wraz z infrastrukturą (...) o wartości nie mniejszej niż 7 mln zł. netto oraz o powierzchni użytkowej budynku co najmniej 2000 m².”, albowiem złożył referencje świadczące o wykonaniu robót budowlanych polegających jedynie na dokończeniu budowy;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Investic mimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, z uwagi na fakt, że Investic powołał się na doświadczenie wynikające z wcześniejszego wykonania zadania w ramach konsorcjum i nie sprecyzował, czy (a) zakres wyłącznie wykonanych

przez niego prac oraz (b) wartość wyłącznie wykonanych przez niego prac pozwala spełnić warunek doświadczenia nałożony przez zamawiającego w postępowaniu;

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Investic mimo, iż jest ona niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), w zakresie w jakim wykonawca ten powoływał się na spełnienie warunku doświadczenia, tj. że wykonał „minimum jedno zadanie, którego przedmiotem była budowa budynku lub budynków mieszkalnych wielorodzinnych wykończonych „pod klucz“ wraz z infrastrukturą (chodniki, przyłącza, sieci itp.) o wartości nie mniejszej niż 7 mln zł netto oraz o powierzchni użytkowej budynku co najmniej 2.000 m², a w rzeczywistości to zadanie jedynie dokończył i to nie samodzielnie, a w ramach konsorcjum;
4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp - w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów.

W związku z wymienionymi czynnościami i sformułowanymi wyżej zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert; wykluczenie Investic z postępowania i odrzucenie jego oferty; dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Przytaczał zapisy pkt 5.2 SIWZ, w których zamawiający zawarł wymaganie, aby wykonawca biorący udział w postępowaniu wykazał się doświadczeniem w wykonaniu minimum jednego zadania, którego przedmiotem była budowa budynku lub budynków mieszkalnych wielorodzinnych wykończonych „pod klucz“ wraz z infrastrukturą (chodniki, przyłącza, sieci itp.) o wartości nie mniejszej niż 7 mln zł. netto oraz o powierzchni użytkowej budynku co najmniej 2.000 m². Co więcej, w części zawierającej opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający zapisał, że z treści załączonych przez wykonawcę dokumentów musi jednoznacznie wynikać, że ww. warunki spełnia. Tymczasem Investic przedstawiła w tym zakresie wyłącznie referencję z dnia 29 lipca 2020 r. wystawioną przez spółkę pod firmą Projekt Muncypalny Jarocin 1 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, z której wynika, że zrealizowała inwestycję polegającą na dokończeniu budowy dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych. Odwołujący podkreślał, że referencje te wskazują, że „dokończenia” budowy dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych, o łącznej ilości 108 lokali mieszkalnych wraz z towarzyszącą infrastrukturą w Jarocinie przy ul. Siedlemińskiej, dokonało konsorcjum firm: INVESTIC oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Handlowo - Usługowe „DORJA” P. A. .

Na marginesie zaakcentował, iż z doniesień prasowych wynika, że był również trzeci konsorcjant: „VEKTOR” spółka cywilna D. R. i S. B., nie ujęty w referencjach z dnia 29 lipca 2020 r. Okoliczność ta może być istotna dla oceny znaczenia tego dokumentu i oświadczeń podmiotu udzielającego tych referencji, a nie było to zupełnie przedmiotem badania i wyjaśnień w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego.

Wskazując powyższe odwołujący stwierdzał, że tak sformułowane referencje stanowią dowód niespełniania przez Investic wymogów określonych przez zamawiającego w SIWZ. Kluczowy jest bowiem fakt, iż prace w ramach inwestycji budowy dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych o łącznej ilości 108 lokali mieszkalnych wraz z towarzyszącą infrastrukturą w Jarocinie przy ul. Siedlemińskiej, od maja 2019 r., polegały nie na wybudowaniu budynków wielorodzinnych, ale na ich dokończeniu. Z dostępnej dokumentacji fotograficznej (ze strony internetowej spółki pod firmą Projekt Muncypalny Jarocin 1 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - załączonej do niniejszego odwołania) oraz artykułów z portali internetowych z lokalnymi wiadomościami (załączonych do niniejszego odwołania) wynika, że na koniec czerwca 2018 r. tj. na moment zejścia z budowy przez pierwotnego ich wykonawcę, budynki były zrealizowane niemal w stanie surowym zamkniętym, to jest: miały wykonane wszystkie ściany, konstrukcję dachu oraz zamontowane były okna. Natomiast Investic wykonał prace polegające na dokończeniu - w okresie od maja 2019 r. do czerwca 2020 r. - tej budowy. Oznacza to, że Investic nie wykonał budynków wielorodzinnych o określonych parametrach - co było warunkiem udziału w postępowaniu. Jednocześnie zaznaczył, że z treści SIWZ jasno wynika, iż zamawiający chce realizacji budynków w standardzie „pod klucz”, czyli zależy mu na wykonaniu całego zakresu prac. Dlatego postawił warunek, iż zamówienie może wykonać podmiot mający właśnie takie doświadczenie, czyli podmiot, który wykonał całość prac budowlanych, a nie jedynie realizował dokończenie inwestycji.

Nadto z przywołanych referencji wynika, że Investic nie realizował wskazanych robót samodzielnie, lecz w ramach konsorcjum z innym podmiotem (podmiotami) i w związku z tym nie jest wiadome jaka część prac i jaka ich wartość przypadła na Investic. Również i ta okoliczność nie była przedmiotem weryfikacji w postępowaniu. Odwołujący zatem, co do zasady i z ostrożności kwestionuje, aby zakres i wartość prac wykonanych przez Investic odpowiadała wymaganiom określonym przez zamawiającego i uznanym za „warunek udziału w postępowaniu” polegający na „nie podleganiu wykluczeniu” (pkt 5 SIWZ).

Zamawiający, 24 sierpnia 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego zgłosił swoje przystąpienie, w dniu 27 sierpnia 2020 r., wykonawca: **INVESTIC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Golinie** (dalej także „przystępujący”), zgłaszając swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią oferty złożonej przez przystępującego w postępowaniu, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego, oferta odwołującego powinna być - zgodnie z ustalonymi kryteriami ofert - uznana za ofertę najkorzystniejszą. Interes odwołującego w uwzględnieniu odwołania polega zatem na tym, iż jego uwzględnienie będzie skutkowało wykluczeniem przystępującego, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, jak również odrzuceniem jego oferty. W tym przypadku to oferta odwołującego zostałaby sklasyfikowana na pierwszym miejscu, a zatem miałby on szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty złożonej przez Investic.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołującego, zamawiającego i przystępującego, załączone do odwołania, będące załącznikami do odpowiedzi na odwołanie, załączone do pisma procesowego złożonego przez przystępującego - przystąpienia do postępowania, stanowiące załącznik do pisma procesowego odwołującego, jak też złożone na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że przedmiotem niniejszego zamówienia, zgodnie z opisem zamieszczonym w Rozdziale III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia jest budowa dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych w Potarzycy przy ul. Noskowskiego (łącznie 78 mieszkań) wraz z wykonaniem towarzyszącej infrastruktury, instalacji zewnętrznych (w tym przyłącza zgodnie z warunkami technicznymi i projektem przyłączy) i wewnętrznych: elektrycznej, teletechnicznej, wod-kan, gazowej, deszczowej, zagospodarowania terenu (w tym wykonania utwardzenia terenu – chodniki, parkingi, zasianie trawy).

Ponadto, jak ustalił skład orzekający, w Rozdziale V SIWZ opisane zostały warunki, które musieli spełnić wykonawcy ubiegający się o zamówienie, w tym dotyczące doświadczenia. Zgodnie z opisem w pkt 5.2. wykonawcy mieli wykazać się wykonaniem robót budowlanych, zrealizowanych nie wcześniej niż przed upływem pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których te roboty zostały wykonane, z załączeniem dowodów czy roboty te zostały należycie wykonane, przy czym dowodami o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane. Wykonawca miał wykazać, że wykonał minimum jedno zadanie, którego przedmiotem była budowa budynku lub budynków mieszkalnych wielorodzinnych wykończonych „pod klucz” wraz z infrastrukturą (chodniki, przyłącza, sieci itp.) o wartości nie mniejszej niż 7 mln zł netto oraz o powierzchni użytkowej budynku co najmniej 2.000 m².

Dalej, Izba ustaliła, że wykonawcy wraz ofertą zobowiązani byli złożyć wykaz robót budowlanych (zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ) oraz załączyć dowody potwierdzające, że wymienione w wykazie roboty budowlane zostały wykonane należycie (Rozdział VII, pkt 7.8. SIWZ).

Przystępujący, wraz z ofertą, złożył wymagany wykaz, wpisując w nim zamówienie zrealizowane na rzecz inwestora - spółki pod firmą Projekt Muncypalny Jarocin 1 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oświadczając, że wykonał prace polegające na budowie dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych w Jarocinie przy ul. Siedlemińskiej. Ponadto, do przedmiotowego wykazu, załączył referencję z 29 lipca 2020 r. wystawioną przez inwestora, z której wynikało, że zrealizował inwestycję polegającą na dokończeniu budowy dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych. Jednocześnie wystawca referencji wymienił w jej treści jaki zakres prac został wykonany przez przystępującego tj. roboty budowlane: roboty ziemne i fundamentowe, roboty murarskie, roboty posadzkarskie, okładzinowe, tynkarskie i malarskie, montaż stolarki okiennej i drzwiowej, roboty dekarские; instalacje wewnętrzne i zewnętrzne: elektryczna, teletechniczna, wod-kan, c.o., gazowa, kanalizacja deszczowa, zagospodarowane terenu (chodniki, droga wewnętrzna, tereny zielone); roboty drenarskie.

Odwołujący kwestionował spełnienie przez odwołującego warunku, opisanego przez zamawiającego w pkt 5.2. SIWZ wskazując na następujące okoliczności: zarówno nazwa zadania zrealizowanego przez Investic, jak też treść referencji wskazują, że zadanie polegało jedynie na dokończeniu inwestycji polegającej na budowie dwóch budynków, nie zaś na jej wykonaniu, a ponadto zadanie to zrealizowane zostało przez konsorcjum firm, nie zaś przez samego przystępującego.

Izba, oceniając całokształt okoliczności w niniejszej sprawie, mając na uwadze zgromadzone w sprawie dowody, doszła do przekonania, że zarzuty sformułowane przez odwołującego nie znajdują uzasadnienia. Zgodnie bowiem z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, które w myśl ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp, mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej. W pkt 5.2. SIWZ zamawiający sformułował takie warunki udziału w postępowaniu precyzując, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają odpowiednią zdolność techniczną i zawodową wskazując, że wykonawca ubiegający się o zamówienie winien legitymować się co najmniej jedną realizacją polegającą na budowie budynku lub budynków mieszkalnych wielorodzinnych wykończonych „pod klucz” wraz z infrastrukturą (chodniki, przyłącza, sieci itp.) o wartości nie mniejszej niż 7 mln zł netto oraz o powierzchni użytkowej budynku co najmniej 2.000 m².

Z wykazu zrealizowanych robót budowlanych, przedłożonego przez Investic oraz z przedłożonej referencji wynikało, że zrealizował on prace polegające na dokończeniu budowy dwóch budynków wielorodzinnych, wraz z infrastrukturą. Zarówno wartość prac, jak też powierzchnia użytkowa budynków - odpowiadały treści sformułowanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Wykaz robót zawierał wprawdzie lakoniczny opis (nazwę) projektu zrealizowanego przez przystępującego, jednakże opis prac wykonanych

w ramach tego zadania, wymieniony w treści listu referencyjnego, precyzuje na czym polegało zadanie realizowane przez Investic i jaki był faktyczny ich zakres.

Odwołujący nie wykazał, że wskazane w referencji czynności nie zostały wykonywane w ramach referowanego zadania. Jako dowody, na okoliczność tego, że prace wykonywane przez przystępującego polegały na dokończeniu (w ograniczonym zakresie), a nie na zrealizowaniu całości robót, przedstawił zdjęcia wykonane w lipcu 2018 r., które miały obrazować stan zaawansowania inwestycji przy ul. Siedlemińskiej w Jarocinie, przed przejściem placu budowy przez Investic. Ponadto do odwołania załączył także trzy artykuły z portali internetowych: jtbs.com.pl i jarocinska.pl z lokalnymi wiadomościami na temat dokończenia inwestycji przy ul. Siedlemińskiej w Jarocinie. Zauważyć należy, że przedstawione zdjęcia dowodzą jedynie tego jaki był stan zaawansowania inwestycji w chwili, gdy wykonawca, który poprzednio realizował przedmiotową inwestycję - opuścił plac budowy. Nie sposób z nich wywieść, jaki był zakres prac powierzonych do wykonania wykonawcy, który miał za zadanie dokończyć prace po poprzedniku. Zauważyć należy w szczególności, że z dokumentacji fotograficznej nie wynika również, jak twierdzi odwołujący, że budynki znajdowały się niemal w stanie surowym zamkniętym. Na zdjęciach widać, że konstrukcja drewniana została wykonana na części jednego z budynków, natomiast drugi z nich nie miał w ogóle przygotowania pod dach, brak było także części ścian konstrukcyjnych na ostatniej kondygnacji. Zdjęcia obrazują również, że brak było stolarki okiennej i drzwiowej w części budynków.

Odwołujący odnosił się zatem do stanu inwestycji w momencie, gdy inny podmiot - Family House Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu opuścił plac budowy, nie biorąc pod uwagę zakresu, jaki pozostał do realizacji firmie Investic. Ten z kolei wynikał niewątpliwie z treści referencji przedłożonej przez inwestora. Zakres ten dodatkowo potwierdza dowód przedłożony przez przystępującego w postaci „Protokołu stanu zaawansowania robót nr 6/2020 (raport rozliczeniowy) - dokończenie budowy dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych Jarocin ul. Siedlemińska dz. nr 835/7, 835/5”, w którym wymieniono prace zrealizowane w ramach zadania polegającego na dokończeniu budowy. Dokument ten wymienia między innymi: fundamenty, ściany, stropy i elementy konstrukcyjne, podłóża i posadzki, tynki, elewację, stolarkę okienną i drzwiową, instalacje, a także chodniki i tarasy, drogi i parkingi a zatem dowodzi, że zakres prac obejmował wszystkie elementy składające się na budowę obiektu.

Z kolei przedłożony przez odwołującego dziennik budowy nr 895/ 2016, wydany 31 lipca 2017 r., który dokumentuje budowę dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych w Jarocinie przy ul. Siedlemińskiej, nie stanowi w ocenie Izby dowodu na okoliczność, jaki był zakres oraz wartość prac wykonanych przez przystępującego w ramach zadania, w szczególności nie stanowi on dowodu, że podmiot ten nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Odwołujący wskazywał na niektóre zapisy

w tym dokumencie podnosząc między innymi, że wpisem z 10 maja 2019 r. dokonano inwentaryzacji prac zrealizowanych przez poprzedniego wykonawcę, a w konsekwencji dziennik budowy określa jakie było zaawansowanie prac na budowie, a także zakres pozostałych do wykonania robót, który powierzony został do wykonania nowemu wykonawcy – konsorcjum, w składzie którego znalazł się przystępujący. Tymczasem, jak słusznie zauważył Investic, przejmujący plac budowy kierownik zaznaczył, że stan zaawansowania budowy zostanie zweryfikowany, co oznacza, że faktyczne prace pozostałe do realizacji określono dopiero po wykonaniu szczegółowej inwentaryzacji. Ponadto Izba przyjęła wyjaśnienia przystępującego, że w dokumencie tym nie zawarto szczegółowych opisów prac, które Investic zobowiązany był wykonać w ramach umowy. Analiza dokumentu wskazuje, że zawarto tam jedynie pobieżne informacje co do postępów i zaawansowania poszczególnych etapów, wzmianki o dokonanej na budowie kontroli czy też zgłaszania do odbioru określonego zakresu robót.

Zauważyć należy ponadto, że zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu, wykonawca miał wykazać się doświadczeniem polegającym na „budowie” budynku, zaś zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane mówiąc o budowie - należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Tym samym z budową mamy do czynienia także w przypadku, gdy zadanie polega na „dokończeniu budowy”, jak wskazuje nazwa zrealizowanego przez Investic zadania. Jednocześnie w okolicznościach niniejszej sprawy zakres prac, które powierzono do wykonania przystępującemu, zawierał wszystkie elementy składające się na cały proces budowlany, począwszy od wykonania fundamentów, poprzez wykonanie instalacji, jak też wykończenie obiektów.

Odwołujący nie wziął pod uwagę okoliczności, w zakresie których przystępujący składał wyjaśnienia na rozprawie, że przejmując plac budowy w maju 2019 r. przejął na siebie dokończenie całości inwestycji, zgodnie z wcześniej wydaną decyzją - pozwoleniem na budowę i zobowiązał się do zrealizowania prac na podstawie wcześniej sporządzonej dokumentacji projektowej. Ponadto Investic przedłożył gwarancję jakości na całe wybudowane budynki (co wynika, w ocenie Izby, z treści dowodu przedłożonego przez zamawiającego - Gwarancja jakości, w którym w pkt 2 Investic wraz z drugim z konsorcjantów deklarują, że udzielają gwarancji jakości na wybudowane budynki a zatem rozumiane jako całość prac zrealizowanych przez poprzedniego wykonawcę, jak też przejmującego), stąd musiał dokonać weryfikacji prawidłowości wykonanych przez poprzedniego wykonawcę prac, a niejednokrotnie zmuszony był wykonać przez poprzednika roboty poprawiać lub wykonywać od początku.

Odnosząc się z kolei do zarzutu odwołującego, dotyczącego kwestii możliwości posłużenia się referencją, która została wystawiona nie na Investic, ale na przystępującego jako członka konsorcjum, w ramach którego wykonywał on prace polegające na realizacji inwestycji dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych przy ul. Siedlemińskiej w Jarocinie, Izba uznała zarzuty odwołującego tym zakresie za niezasadne.

Skład orzekający w pełni aprobuje tezy zawarte w orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 Sygn. akt C-387/14 ws. Esaprojekt, w którym Trybunał wskazywał, że zasada równego traktowania wykonawców nie dopuszcza, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji. Ponadto, co podkreślał Trybunał Sprawiedliwości UE w innym z orzeczeń: „warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział np. w zarządzaniu sprawami konsorcjum” (tak w wyroku z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji sygn. C-399/05). Ponadto, jak wskazują tezy z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, wydawanych już po ogłoszeniu wyroku ws. Esaprojekt, przyjmuje się, że doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum wymaga indywidualnej analizy konkretnego stanu faktycznego i badania realnego udziału w realizacji danego zadania każdego z członków konsorcjum. Wskazuje się także, że wykonawca nabywa doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem konsorcjum, lecz przez bezpośredni udział w realizacji części zamówienia, do którego wykonania zobowiązana jest cała grupa wykonawców. W sytuacji, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, to doświadczenie tego wykonawcy należy ocenić w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, czyli jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.

Tym samym Izba dokonała analizy, biorąc pod uwagę oświadczenia zamawiającego i przystępującego, jak też materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, jaki był faktyczny udział wykonawcy Investic w realizacji zadania, na doświadczenie w wykonaniu którego ten się powoływał. Izba uznała, że udział tego wykonawcy w realizacji ww. przedsięwzięcia, jak również wymaganego zakresu doświadczenia polegającego na wykonaniu przedmiotowych prac był realny i faktyczny.

Niespornym w niniejszej sprawie jest, że inwestycja początkowo była zrealizowana przez konsorcjum firm: przystępującego, który był liderem konsorcjum; P. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DORJA z siedzibą w Witaszycach oraz Vector S.C. S. B., D. R. z siedzibą w Golinie. Ponadto, co wynika z dowodów w postaci: aneksu nr 1 do umowy o roboty budowlane z 8 maja 2020 r., oświadczenia Investic z 3 marca 2020 r., oświadczenia

Vector S.C. z 25 lutego 2020 r. (w załączeniu do przystąpienia), ostatni z wymienionych członków konsorcjum zaprzestał wykonywania prac związanych z realizacją umowy w lutym 2020 r. Tym samym prace budowlane zakończone zostały w składzie dwóch pozostałych konsorcjantów. Okoliczność tę dodatkowo potwierdził również zamawiający, który pełnił funkcję inwestora zastępczego w trakcie prac budowlanych, które realizował Investic w ramach konsorcjum (dowód zamawiającego: umowa i pełnienie funkcji inwestora zastępczego z 4 października 2017 r.).

Z faktu, że zamawiający pełnił funkcję inwestora zastępczego dla inwestycji wynika również, że posiadał on pełną wiedzę nie tylko co do składu konsorcjum realizującego roboty budowlane, ale również zakresu prac, jakie były wykonywane przez poszczególnych jego członków. Obecny na rozprawie pełnomocnik zamawiającego był jednocześnie kierownikiem projektu, a tym samym posiadał szeroką wiedzę, co do zakresu prac wykonywanych przez przystępującego oraz roli, jaką ten pełnił przy dokończeniu tej inwestycji. Na rozprawie wyjaśnił on, że firma Investic, w ramach konsorcjum, wykonywała około 80% wszystkich prac, przy czym rola przystępującego była wiodąca. Był on prawnym i faktycznym liderem konsorcjum. Po jego stronie leżało finansowanie całości inwestycji, z drugiej zaś strony to on był odpowiedzialny za przedkładanie protokołów z miesięcznym przerobem do raportów i wystawianie faktur. Umowy z podwykonawcami zawierane były również przez Investic (co potwierdza również dowód złożony przez przystępującego na rozprawie w postaci umowy zawartej z podwykonawcą na wykonanie robót murarskich i fundamentowych z 27 maja 2019 r.). Zamawiający opisał również rolę pozostałych konsorcjantów, która w przypadku firm Dorja i Vektor (który w trakcie zrezygnował z udziału w konsorcjum) polegała na zapewnieniu wkładu osobowego w postaci około 6-7 osób (każdy z nich) oraz sprzętu. Wkład ten zamawiający ocenił na około 20%. Wyjaśnienia zamawiającego były spójne ze stanowiskiem Investic, który podkreślił, że brał udział w wykonywaniu pełnego zakresu prac, składających się na cały proces budowlany.

Izba wzięła pod uwagę złożone wyjaśnienia, mając na uwadze jednocześnie, że odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów podważających rolę Investic w ramach konsorcjum. W orzecznictwie KIO wielokrotnie zwracano uwagę, że postępowanie przed Izbą jest kontrydiktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Przechodząc z kolei do art. 6 KC ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 6 KC wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie

udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W niniejszym postępowaniu to na odwołującym ciążył zatem obowiązek wykazania, iż wartość prac zrealizowanych przez Investic, czy też rola tego wykonawcy w konsorcjum nie pozwalały w istocie na posługiwanie się zdobytym przez niego doświadczeniem. Tymczasem odwołujący opierał się jedynie na doniesieniach prasowych, z których wynikało wyłącznie, że takie konsorcjum dla realizacji tej inwestycji zostało założone.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

Przewodniczący: