

**Sygn. akt: KIO 2658/19**

**WYROK**  
**z dnia 17 stycznia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2019 r. przez PBO Śląsk Sp. z o. o. z siedzibą w Sosnowcu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Wojskowy Instytut Medyczny z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EXPOBUD ZRB M. C. z siedzibą w Wołominie, MARO M. S. z siedzibą w Wołominie, ELMOR R. S. z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2658/19 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża PBO Śląsk Sp. z o. o. z siedzibą w Sosnowcu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez PBO Śląsk Sp. z o. o. z siedzibą w Sosnowcu tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od PBO Śląsk Sp. z o. o. z siedzibą w Sosnowcu na rzecz Wojskowego Instytutu Medycznego z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Wojskowy Instytut Medyczny z siedzibą w Warszawie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa budynku koszarowego dla potrzeb Poradni Wojskowego Instytutu Medycznego”, znak sprawy: P/251/2019/SEN/WIM/MON-116/ZP/19.

W dniu 27 września 2019 r. opublikowano ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S187-453475.

W dniu 17 grudnia 2019 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu: PBO Śląsk Sp. z o. o. z siedzibą w Sosnowcu za pomocą poczty elektronicznej „Informację o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” stanowiącą zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej ustawą Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz odrzuceniu jego oferty.

W ocenie Zamawiającego - Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale 5 pkt 2 ppkt 1) SIWZ (podstawa prawna art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP), ponieważ spółka DOTO Sp. z .o.o. realizowała inwestycję pn. „Przebudowa, rozbudowa, nadbudowa istniejących obiektów Zespołu Opieki Zdrowotnej w Brodnicy” dla Zespołu opieki Zdrowotnej w Brodnicy w ramach konsorcjum, wspólnie ze spółką DORBUD S.A. a zrealizowany przez DOTO Polska Sp. z o.o. zakres prac nie pozwala przyjąć, że DOTO Polska Sp. z o.o. może legitymować się całym doświadczeniem zdobytym w konsorcjum ponieważ: rzeczywisty udział partnera konsorcjum DOTO Polska Sp. z o.o. przy realizacji inwestycji w Brodnicy nie był znaczny, co uniemożliwia temu podmiotowi posługiwanie się doświadczeniem odpowiednim dla realizacji całości inwestycji.

Poza tym, zdaniem Zamawiającego - Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd co do faktycznego zakresu realizowanych czynności przez Doto Polska Sp z o.o. (podmiot udostępniający Wykonawcy zasoby) przy realizacji inwestycji pn. „Przebudowa, rozbudowa, nadbudowa istniejących obiektów Zespołu Opieki Zdrowotnej w Brodnicy”.

Z ustaleń Zamawiającego miało wynikać, że Doto Polska Sp. z o.o. wykonywała jako Partner Konsorcjum prace o łącznej wartości 1 834 351,07 zł netto, a z umowy konsorcjum

zawartej pomiędzy DORBUD S.A. (Lider konsorcjum) a DOTO Polska Sp. z o.o. (Partner konsorcjum) miało wynikać, że udział Członka Konsorcjum będzie wynosił do 5% całości Kontraktu. W konsekwencji, Zamawiający uznał, że doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, a tym samym zastosowanie znajdzie przepis art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy Pzp.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 27 grudnia 2019 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań w przedmiocie dokonania badania i oceny ofert w Postępowaniu polegających na wykluczeniu go z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty w związku z przyjęciem przez Zamawiającego w sposób błędny oraz z naruszeniem postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanych w Rozdziale 5 pkt 2 ppkt 1) SIWZ, oraz poprzez błędne przyjęcie, że Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd lub przekazał informacje wprowadzającego Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych w rozdziale 5 pkt 2 ppkt 1 SIWZ, a tym samym poprzez błędne przyjęcie, że Odwołujący winien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Opisanym powyżej czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, opisanego w rozdziale 5 pkt 2 ppkt 1) SIWZ (wykonanie jednej roboty budowlanej polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu szpitalnego lub zakładu opieki medycznej, która swoim zakresem obejmowała wykonanie minimum: a) robót ogólnobudowlanych, b) robót elektrycznych, c) robót sanitarnych, o wartości nie niższej niż 15 000 000,00 złotych brutto wykonaną w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert), ponieważ według ustaleń Zamawiającego zakres prac zrealizowanych przez DOTO Polska Sp. z o.o. (podmiot na potencjale którego Odwołujący polega) miał wartość 1.834 351,07 zł netto, a udział DOTO Polska Sp. z o.o., jako partnera konsorcjum (wspólnie z liderem DORBUD S.A.) przy realizacji inwestycji referencyjnej (ZOZ w Brodnicy) nie pozwala przyjąć, że DOTO Polska Sp. z o.o. może legitymować się doświadczeniem odpowiednim dla realizacji całości inwestycji, podczas gdy Zamawiający dokonał wykładni warunku udziału w Postępowaniu w sposób sprzeczny z SIWZ, a zakres prac zrealizowanych przez DOTO Polska Sp. z o.o. oraz zakres obowiązków DOTO Polska Sp. z o.o. realizowanych w ramach konsorcjum oraz powiązania osobowe pomiędzy liderem oraz partnerem konsorcjum pozwalają uznać, że spółka DOTO Polska Sp. z o.o. nabyła i może legitymować się całością doświadczenia związanego z realizacją inwestycji dla ZOZ w Brodnicy;

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 1 i 4 ustawy Pzp oraz w zw. z 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, opisanego w rozdziale 5 pkt 2 ppkt 1) SIWZ (wykonanie jednej roboty budowlanej polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu szpitalnego lub zakładu opieki medycznej, która swoim zakresem obejmowała wykonanie minimum: a) robót ogólnobudowlanych, b) robót elektrycznych, c) robót sanitarnych, o wartości nie niższej niż 15 000 000,00 złotych brutto wykonaną w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert) ponieważ dodatkowego doświadczenia wykazanego przez Odwołującego tj. doświadczenia Firmy Budowlanej Anna - Bud Sp. z o.o. i zaangażowanie tego podmiotu polegające na doradztwie i konsultacjach przy realizacji inwestycji nie można uznać za rzeczywiste udowodnienie i realne udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, podczas gdy doradztwo i konsultacje są formą udziału w realizacji zamówienia oraz udostępnienia i realnego przekazania doświadczenia niezbędnego do realizacji zamówienia, co potwierdza, że Odwołujący będzie faktycznie dysponował zasobami Firmy Budowlanej Anna - Bud Sp. z o.o. podczas realizacji zamówienia;

3. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że informacje przekazane Zamawiającemu, a dotyczące doświadczenia nabytego przez spółkę DOTO Sp. z o.o. podczas realizacji inwestycji dla ZOZ w Brodnicy dotyczące faktycznego zaangażowania i zakresu zrealizowanych czynności przez DOTO Polska Sp. z o.o. mają charakter informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania przez Odwołującego warunku udziału w Postępowaniu, opisanego w rozdziale 5 pkt 2 ppkt 1) SIWZ (art. 24 ust. 1 pkt. 16 ustawy Pzp) lub, że Odwołujący przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy Pzp), podczas gdy przekazane Zamawiającemu informacje były zgodne ze stanem faktycznym dotyczącym realizacji i zaangażowania spółki DOTO Polska Sp. z o.o. w realizację inwestycji dla ZOZ Brodnica, a zakres prac zrealizowanych przez DOTO Polska Sp. z o.o. oraz zakres obowiązków DOTO Polska Sp. z o.o. w ramach konsorcjum oraz powiązania osobowe pomiędzy liderem oraz partnerem konsorcjum pozwalały przyjąć, że spółka DOTO Polska Sp. z o.o. nabyła i może legitymować się całością doświadczenia związanego z realizacją inwestycji dla ZOZ w Brodnicy, a w konsekwencji powyższych zarzutów:

4. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez bezzasadne uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami wnosił o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z rozdziałem 5 pkt. 2 SIWZ Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia Zamawiający wymagał, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu wykazali spełnienie następujących warunków udziału w Postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej i zawodowej:

#### Rozdział 5. Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia

1. W postępowaniu mogą wziąć udział wyłącznie Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w SIWZ oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art 24 ust. 1 ustawy,

2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ustawy, dotyczące:

Zdolności technicznej lub zawodowej

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

1. posiada wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia, tj. wykonał co najmniej dwie roboty budowlane w tym:

1) jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu szpitalnego lub zakładu opieki medycznej, która swoim zakresem obejmowała wykonanie:

- a) robot ogólnobudowlanych,
- b) robot elektrycznych,
- c) robot sanitarnych,

o wartości nie mniejszej niż 15 000 000,00 złotych brutto (słownie: piętnaście milionów złotych), wykonaną w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.

Zauważył, że do upływu terminu składania ofert w postępowaniu oferty złożyło 3 wykonawców, oferując wykonanie przedmiotu zamówienia:

Wykonawca	Cena brutto (PLN)
Odwołujący	22 432 252,27 zł
Konsorcjum: EXPOBUD ZRB M. C., MARO M. S., ELMOR R. S.	22 617 480,84 zł
FADBET S.A.	26 789 659,01 zł

Zważywszy, że Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę Zamawiający, pismem z dnia 21 października 2019 r., wezwał Odwołującego do przedłożenia oświadczeń i dokumentów, potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wyjaśnił przy tym, że wykonawca wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie opisanym w rozdziale 5 pkt 2 SIWZ opierając się na potencjale podmiotów trzecich tj.:

a) w zakresie warunku opisanego w rozdziale 5 pkt. 2 ppkt 1) SIWZ - inwestycja pn. „Przebudowa, rozbudowa, nadbudowa istniejących obiektów Zespołu Opieki Zdrowotnej w Brodnicy” dla Zespołu opieki Zdrowotnej w Brodnicy ul. Wiejska 9 zrealizowanej przez spółkę DOTO Polska Sp. z o.o. („Doświadczenie DOTO”);

b) w zakresie warunku opisanego w rozdziale 5 pkt 2 ppkt 2) SIWZ - inwestycja pn. „Modernizacja pomieszczeń II piętra budynków D i E na potrzeby Oddziału Chirurgii Urazowo Ortopedycznej” Szpitala Dziecięcego im. Prof. dr. Med. Jana Bogdanowicza z siedzibą w Warszawie przy ul. Niekańskiej 4/24 zrealizowanej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno — Handlowe „RADOS” R. M. („Doświadczenie RADOS”).

Dalej, relacjonował, że w dniu 7 listopada 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących Doświadczenia DOTO oraz Doświadczenia RADOS - wątpliwości Zamawiającego wzbudziło to, że obie inwestycje realizowane były w ramach konsorcjum.

W piśmie z dnia 15 listopada 2019 r. Odwołujący przedstawił wyjaśnienia dotyczące Doświadczenia DOTO oraz doświadczenia RADOS, wyjaśniając w jaki sposób realizowane były prace oraz jaki był udział poszczególnych członków konsorcjów w realizacji poszczególnych inwestycji, a w dniu 3 grudnia 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego

do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących Doświadczenia DOTO oraz Doświadczenia RADOS oraz do przedstawienia dokumentów w trybie art. 22a PZP, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu opisanych w rozdziale 5 pkt 2 SIWZ.

Zauważył, że w piśmie z dnia 6 grudnia 2019 r. Odwołujący przedstawił dodatkowe wyjaśnienia dotyczące Doświadczenia DOTO oraz doświadczenia RADOS oraz przedstawił Wykaz Robót zawierający, oprócz dotychczasowego Doświadczenia DOTO i Doświadczenia RADOS dodatkowe doświadczenia Firmy Budowlanej Anna-Bud Sp. z o.o. (w celu wykazania spełniania warunku opisanego w rozdziale 5 pkt 2 ppkt 1) SIWZ) oraz doświadczenia spółki WODPOL Sp. z o.o. (w celu wykazania spełniania warunku opisanego w rozdziale 5 pkt 2 ppkt 2) SIWZ).

#### **Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp - doświadczenie Doto Polska sp. z o.o.**

W pierwszej kolejności zauważył, iż wydaje się bezsporne pomiędzy Odwołującym i Zamawiającym, że inwestycja pn. „Przebudowa, rozbudowa, nadbudowa istniejących obiektów Zespołu Opieki Zdrowotnej w Brodnicy” dla Zespołu opieki Zdrowotnej w Brodnicy ul. Wiejska 9, zrealizowana przez konsorcjum w składzie: DORBUD S.A. (lider konsorcjum) oraz DOTO Polska Sp. z o.o. (partner konsorcjum) pozwala na spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale 5 pkt 2 ppkt 1) SIWZ tj.

a) w ramach inwestycji wykonano robotę budowlaną polegającą na rozbudowie lub przebudowie (tutaj: przebudowa, rozbudowa i nadbudowa) obiektu szpitalnego lub zakładu opieki medycznej (tutaj: obiekt Zespołu Opieki Zdrowotnej w Brodnicy):

b) robota budowlana swoim zakresem obejmowała wykonanie minimum: a) robót ogólnobudowlanych, b) robót elektrycznych, c) robót sanitarnych.

c) wartość inwestycji jest nie niższa niż 15.000.000,00 zł brutto (tutaj: całkowita wartość inwestycji 38.884.228,51 zł brutto).

d) inwestycją wykonaną w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (tutaj: data rozpoczęcia 12.11.2014, data zakończenia: 05.04.2016 r.), co wynika z Wykazu robót budowlanych Odwołującego oraz poświadczenia należytego wykonania robót dot. ZOZ w Brodnicy - protokół odbioru końcowego inwestycji, Wyjaśnienia Odwołującego z 15 listopada 2019 r., Wyjaśnienia Odwołującego z 6 grudnia 2019 r.

Zdaniem Odwołującego - Istota sporu pomiędzy nim i Zamawiającym sprowadza się do oceny, czy doświadczenie zdobyte przez spółkę DOTO Polska Sp. z o.o. („DOTO”) jako partnera konsorcjum, podczas realizacji wspólnie ze spółką DORBUD S.A., jako liderem konsorcjum, inwestycji dla ZOZ w Brodnicy oraz zakres prac oraz obowiązków oraz

powiązania osobowe pomiędzy liderem i partnerem konsorcjum, pozwalają przyjąć, że spółka DOTO może legitymować się samodzielnie doświadczeniem nabytym w ramach ww. inwestycji.

Argumentował, że z Zawiadomienia o wykluczeniu z postępowania oraz odrzuceniu oferty (Załącznik nr 9) wynika, zgodnie z analizą dokonaną przez Zamawiającego, w oparciu o wyjaśnienia i dokumenty Odwołującego oraz ustalenia własne (korespondencja z ZOZ w Brodnicy), że Zamawiający uznał, że firma DOTO wykonywała jako partner konsorcjum w ramach ww. inwestycji roboty budowlane obejmujące wymianę stolarki aluminiowej okiennej i drzwiowej zewnętrznej i wewnętrznej oraz witryny szklano - aluminiowej zewnętrznej i wewnętrznej o łącznej wartości 1.834.351,07 zł netto.

Dodatkowo, wskazał, że z zawartej pomiędzy DOTO a DORBUD S.A. umowy konsorcjum ma wynikać, że „przewidywany udział Członka Konsorcjum będzie wynosił do 5% całości Kontraktu”, postanowienia umowy konsorcjum, na której wskazuje Zamawiający w zawiadomieniu, mają świadczyć o tym, że zaangażowanie spółki DOTO w realizację inwestycji nie pozwala uznać, że DOTO może legitymować się całym doświadczeniem związanym z realizacją inwestycji.

Odnosząc się do powyższych argumentów Zamawiającego Odwołujący podniósł, co następuje.

Po pierwsze, bez znaczenia dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu pozostaje wskazana przez Zamawiającego wartość robót wykonanych przez DOTO jako członka konsorcjum. W świetle warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale 5 pkt 2 ppkt 1) SIWZ zamawiający wymagał bowiem wykazania się doświadczeniem w zrealizowaniu robót budowlanych dotyczących obiektu szpitalnego lub zakładu opieki medycznej, które swoim zakresem obejmowały wskazane przez zamawiającego zakresy robót tj. minimum a) roboty ogólnobudowlane, b) roboty elektryczne, c) roboty sanitarne, zaś minimalna wymagana wartość robót budowlanych dotyczących obiektu szpitalnego lub zakładu opieki medycznej miała wynosić 15.000.000,00 zł brutto.

Według Odwołującego - Zamawiający nie kwestionuje tego czy inwestycja dla ZOZ w Brodnicy dotyczyła obiektu zakładu opieki zdrowotnej lub tego czy obejmowała ona wymagane zakresy robót, ale odnosi się do wartości zrealizowanych prac.

Biorąc jednak pod uwagę konstrukcję warunku udziału w postępowaniu jak również wartość zamówienia, które jest przedmiotem Postępowania (m.in. z uwagi na ceny ofertowe w Postępowaniu, które wahają się od 22,4 do 26,7 mln zł brutto) minimalna wymagana



wartość robót (15.000.000,00 zł brutto) odnosiła się do wartości wszystkich robót budowlanych zrealizowanych w ramach danej inwestycji. W przypadku inwestycji realizowanej dla ZOZ w Brodnicy wartość inwestycji wynosiła 38.884.228,51 zł brutto. co niewątpliwie pozwala stwierdzić, że warunek dotyczący minimalnej wymaganej wartości robót został spełniony.

W konsekwencji należy uznać, w ocenie Odwołującego - że Zamawiający na etapie oceny ofert dokonuje zawężającej wykładni warunku udziału w postępowaniu, a nawet konstruuje nowy, nieznanym na etapie składania ofert warunek, odnosząc minimalną wymaganą wartość robót nie do całej inwestycji - jak wynika z literalnego brzmienia warunku, ale do zakresu prac zrealizowanego przez członka konsorcjum.

W dalszej kolejności, odnosząc się do kwestii udziału i roli jaką spółka DOTO pełniła podczas realizacji inwestycji dla ZOZ w Brodnicy Zamawiający, dokonując oceny czy DOTO może legitymować się doświadczeniem dotyczącym realizacji inwestycji ZOZ w Brodnicy skupia się na określonych w umowie konsorcjum obowiązkach dotyczących przygotowania oferty, a całkowicie pomija rolę spółki DOTO jako partnera konsorcjum i zakres obowiązków realizowanych przez spółkę.

W związku z tym zauważył, iż w świetle orzecznictwa możliwość legitymowania się doświadczeniem zdobytym podczas realizacji inwestycji w ramach konsorcjum nie można ograniczać wyłącznie do zakresów robót zrealizowanych przez danego członka konsorcjum, ale pod uwagę należy brać również rolę jaką członek konsorcjum pełnił w ramach przedsięwzięcia, jego wpływ na proces decyzyjny i zarządzanie całą inwestycją jak również odpowiedzialność którą członek konsorcjum ponosił w kontekście realizacji całej inwestycji.

Odwołujący zaznaczył również, że ocena tego czy doświadczenie zostało rzeczywiście uzyskane przez dany podmiot wymaga każdorazowo zindywidualizowanej analizy konkretnego przypadku. W szczególności pod uwagę należy wziąć funkcje pełnione przez danego członka konsorcjum w strukturze podmiotowej (np. lidera konsorcjum lub członka konsorcjum) w kontekście zarządzania sprawami całej inwestycji.

Warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest nie tylko zakres prac, który faktycznie taki wykonawca realizuje ale to czy taki wykonawca bierze czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum.

Przekonywał, że nabycie doświadczenia w ramach inwestycji realizowanych przez

grupę wykonawców wynika nie tylko z realizacji konkretnego zakresu prac, ale przede wszystkim sprowadza się do umiejętności zarządzania, administrowania określonym rodzajem i rozmiarem przedsięwzięć. Tego rodzaju podejście jest racjonalne i ma głębokie praktyczne uzasadnienie, ponieważ pozwala na ustalenie czy dany wykonawca nabył doświadczenie związane z kierowaniem, zarządzaniem i nadzorowaniem realizacji inwestycji, która wszakże może być realizowana w dużej mierze nie tylko przez samego wykonawcę ale także przez podwykonawców, co jest stanowi powszechną praktykę w przypadku inwestycji realizowanych w modelu zamówień publicznych.

Przyjęcie stanowiska, że wykonawca może legitymować się wyłącznie doświadczeniem w ramach prac, które wykonał wyłącznie osobiście, prowadzioby do wniosku – w ocenie Odwołującego, że doświadczenie zdobyte w ramach danej inwestycji jest nierozdzielnie związane wyłącznie z konkretną grupą wykonawców w określonym układzie podmiotowym (danym konsorcjum), a w przypadku inwestycji wykonywanych przy udziale podwykonawców lub dalszych podwykonawców doświadczenie takie ulega „rozdrobieniu” na poszczególne podmioty zaangażowane w realizację przedsięwzięcia. Takie podejście prowadzioby w konsekwencji do wniosku, że żaden z podmiotów nie może legitymować się całym doświadczeniem dotyczącym danej inwestycji - ponieważ doświadczenie to jest rozproszone, albo też że dane doświadczenie należy wyłącznie do całego konsorcjum, które w celu wykazania się tym doświadczeniem już zawsze będzie musiało występować w tej samej konfiguracji podmiotowej.

Takie stanowisko – w przekonaniu Odwołującego - należy jednak uznać za błędne, ponieważ faworyzowałoby wyłącznie tych wykonawców, którzy nabyli doświadczenie samodzielnie, a także przeczyłoby idei samego konsorcjum, które służy nabyciu przez członka konsorcjum, takiego doświadczenia którego dotychczas nie posiadał.

Jak wynika z wyjaśnień przedłożonych Zamawiającemu spółka DOTO brała udział w realizacji inwestycji dla ZOZ Brodnica jako partner konsorcjum, niemniej zakres zaangażowania DOTO w realizację inwestycji obejmował również zarządzanie sprawami konsorcjum i realizacją inwestycji, a tym samym spółka DOTO brała realny udział w procesie decyzyjnym na każdym etapie realizacji inwestycji wraz z liderem konsorcjum tj. spółką DORBUD S.A. Spółka DOTO.

Wyjaśnił, że prace w ramach konsorcjum prowadzone były w ramach tzw. konsorcjum zintegrowanego, w którym proces zarządzania realizacją inwestycji prowadzą wspólnie wszyscy członkowie konsorcjum, a wszelkie decyzje dotyczące realizacji obowiązków umownych były podejmowane w oparciu o wspólne ustalenia wewnętrzne lidera oraz

partnera konsorcjum. Co więcej, relacje stron regulowała nie tylko umowa konsorcjum, która w znacznym stopniu odnosiła się do obowiązków stron na etapie przygotowania oferty, ale również umowa wykonawcza która regulowała obowiązki stron na etapie realizacji inwestycji.

Wobec tego wskazał, że do obowiązków spółki DOTO w związku z realizacją inwestycji dla ZOZ w Brodnicy należało m.in.:

- (1) udział w wypracowaniu stanowiska konsorcjum w rozmowach z zamawiającym, (2) dokonywanie wraz z liderem konsorcjum uzgodnień co do sposobu wspólnej realizacji robót,
- (3) wyznaczanie osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, (4) prowadzenie bieżącego nadzoru nad wykonywaniem i koordynacją robót,
- (5) pozyskiwanie oraz udział w angażowaniu podwykonawców dla realizacji całej inwestycji,
- (6) pozyskiwanie materiałów niezbędne do realizacji inwestycji,
- (7) koordynowanie prace projektowych oraz prowadzonych robót
- (8) przygotowanie dokumentacji kontraktowej, w tym harmonogramu rzeczowo-finansowego oraz rozliczenie kontraktu.

Powołał się na stanowisko wyrażone w wyroku TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C- 387/14 (Esaprojekt), zgodnie z którym gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. W konsekwencji, członek konsorcjum może się powołać na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum jeżeli był on bezpośrednio, faktycznie i realnie zaangażowany w realizację zamówienia publicznego. Takie faktyczne zaangażowanie obejmuje zaś nie tylko realizację konkretnych robót, ale również doświadczenie w zarządzaniu i kierowaniu realizacją inwestycji.

Odwołujący stanął na stanowisku, że przy ocenie możliwości posługiwania się przez członka konsorcjum doświadczeniem zdobytym w ramach grupy wykonawców należy wziąć pod uwagę również zakres odpowiedzialności, jaką członek konsorcjum ponosi wobec inwestora (zamawiającego).

Zważywszy, że inwestycja dla ZOZ w Brodnicy była realizowana jako zamówienie publiczne (co wynika również z umowy konsorcjum i umowy wykonawczej), spółka DOTO jako partner konsorcjum oraz DORBUD S.A. jako lider konsorcjum odpowiadali solidarnie wobec zamawiającego za realizację inwestycji oraz wykonanie wszystkich zobowiązań wynikających z umowy, na zasadach wynikających z art. 141 ustawy Pzp

W końcu, nie bez znaczenia – według zapatrywania Odwołującego - dla oceny doświadczenia nabytego przez DOTO w ramach inwestycji realizowanej wspólnie z DORBUD S.A. pozostają powiązania osobowe jakie występują pomiędzy tymi spółkami.

W związku z tym wskazał, że Prezesem zarządu spółki DOTO Polska Sp. z o.o. oraz spółki DORBUD S.A. pozostaje ta sama osoba tj. p. T. T., a w realizację zamówienia z ramienia spółki DOTO pozostawałby p. W. Ł., który koordynował w imieniu konsorcjum DOTO i DORBUD S.A. realizację inwestycji dla ZOZ w Brodnicy.

Powszechnie uznaje się – według twierdzenia Odwołującego, że „nośnikiem” wiedzy i doświadczenia w ramach struktur organizacyjnych jest przede wszystkim personel i osoby odpowiedzialne za kierowanie i zarządzanie realizacją inwestycji. Tym samym, powiązania osobowe pomiędzy członkami ówczesnego konsorcjum tj. spółką DORBUD S.A. oraz DOTO dodatkowo świadczą o tym, że spółka DOTO jest uprawniona do legitymowania się całością doświadczenia zdobytego w ramach referencyjnej inwestycji.

**Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 22a ust. 1 i 4 ustawy Pzp - doświadczenie firmy budowlanej Anna - Bud sp. z o.o.**

Mając na uwadze, że pismem z dnia 3 grudnia 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 22a ustawy Pzp, dotyczących wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący stwierdził, że oprócz wykazania doświadczenia spółki DOTO, przedstawił również dodatkowe doświadczenie Firmy Budowlanej Anna - Bud Sp. z o.o., dotyczące spełniania warunku udziału opisanego w rozdziale 5 pkt 2 ppkt 1) SIWZ w postaci Wykazu robót wraz z załącznikami z 6 grudnia 2019 r.

Zdanie Odwołującego - samo doświadczenie wykazane przez ANNA-BUD nie wydaje się być sporne pomiędzy stronami, to jednak z zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego wynika, że Zamawiający kwestionuje treść zobowiązania ANNA-BUD do udostępnienia zasobów Odwołującemu twierdząc, że zaangażowanie ANNA-BUD polegające na doradztwie i konsultacjach przy realizacji inwestycji nie można uznać za rzeczywiste udowodnienie i realne udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący zakwestionował stanowisko Zamawiającego z następujących względów.

Po pierwsze, z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów ANNA-BUD wynikają – w jego ocenie - wszystkie istotne elementy, wymagane przepisami ustawy Pzp i

rozporządzenia ws. dokumentów, tworzące treść takiego oświadczenia: tj. zakres udostępnionych Odwołującemu zasobów (wiedza i doświadczenia oraz zdolności techniczne i zawodowe w zakresie realizacji robót budowlanych polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu szpitalnego lub zakładu opieki medycznej, o wartości nie niższej niż 15 000 000,00 złotych brutto); sposób wykorzystania zasobów (poprzez doradztwo i konsultacje świadczone na rzecz Odwołującego przy pracach polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu szpitalnego lub zakładu opieki medycznej o wymaganej wartości) okres udostępnienia zasobów (przez cały okres niezbędny do realizacji zamówienia), forma stosunku prawnego, który będzie łączył podmiot udostępniający zasoby oraz Odwołującego (umowa o doradztwo i konsultacje); oraz potwierdzenie, że podmiot udostępniający zasoby zrealizuje roboty budowlane (w formie doradztwa i konsultacji).

Wskazał, że ocenie Zamawiającego - udział tego podmiotu przy realizacji zamówienia, będzie polegał na doradztwie i konsultacjach na podstawie zawartej umowy o doradztwo i konsultacje, a zatem należało stwierdzić, że zawarcie w treści zobowiązania lakonicznego i ogólnikowego sformułowania nie można uznać za rzeczywiste udowodnienie udostępnienia zasobów.

Zwrócił również uwagę, że w ocenie Zamawiającego z treści złożonego zobowiązania nie wynika, że udział podmiotu udostępniającego Wykonawcy zasoby do wykonywania zamówienia będzie realny.

Zauważył przy tym, iż doradztwo i konsultacje są jedną z dostępnych form udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, a przepisy ustawy Pzp nie wskazują bowiem jaką formę ma przyjąć udział podmiotu trzeciego, bowiem przepis art. 22a ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że: Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Zaznaczył przy tym, że jedynym wymogiem jaki winien spełnić podmiot trzeci jest realizacja robót budowlanych lub usług, do realizacji których określone zdolności są wymagane (art. 22a ust. 4 ustawy Pzp).

Według Odwołującego - z przywołanego przepisu nie wynika, ani też ustawodawca nie narzuca formy „realizacji” lub udziału takiego podmiotu trzeciego np. jako podwykonawcy.

Przyznał, że „Podwykonawstwo” można oczywiście uznać za „najwyższą” formę udziału podmiotu trzeciego, niemniej jednak wiedza i doświadczenia związana z realizacją danego typu inwestycji jak również „realizacja” o której mowa w przywołanym przepisie może przyjąć również formę doradztwa lub konsultacji, które mogą przybrać również formę podwykonawstwa.

Odnosnie „realności udostępnienia” wskazał, iż Zamawiający nie wymagał przedstawienia już zawartych umów podwykonawczych lub umów o doradztwo i konsultacje.

Taki sam walor dowodowy można zatem przypisać zobowiązaniu, które mówi o możliwości zaangażowania podmiotu trzeciego jako podwykonawcy, jak i zaangażowaniu podmiotu trzeciego do realizacji zamówienia w formule doradztwa i konsultacji.

Zdaniem Odwołującego - ze swej istoty, zobowiązania do udostępnienia zasobów dotyczą bowiem przyszłych zobowiązań, które materializują się w momencie zawarcia umowy o zamówienie publiczne.

#### **Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp**

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp wskazał, iż Zamawiający założył, że przekazane przez Odwołującego informacje dotyczące doświadczenia nabytego przez spółkę DOTO Sp. z o.o. podczas realizacji inwestycji dla ZOZ w Brodnicy mają charakter informacji wprowadzających w błąd, ponieważ faktyczne zaangażowanie spółki DOTO w realizację zamówienia było inne niż w rzeczywistości.

Przytoczył argumentację Zamawiającego, który stwierdził, że rzeczywisty udział partnera konsorcjum DOTO Polska Sp. z o.o. przy realizacji inwestycji w Brodnicy nie był znaczny, co uniemożliwia temu podmiotowi posługiwanie się doświadczeniem odpowiednim dla realizacji całości inwestycji.

W rezultacie wskazywanie przez Wykonawcę, że DOTO Polska uczestniczyło przy wykonywaniu całości prac przy ww. inwestycji i w związku z tym nabyło doświadczenie do całego zakresu świadczenia jest w ocenie Zamawiającego nieuprawnione i wprowadzające Zamawiającego w błąd.

W związku z tym zarzucił Zamawiającemu przyjęcie stanowiska o braku legitymowania się przez DOTO doświadczeniem dotyczącym całej inwestycji ZOZ w Brodnicy, a także, że z treści zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z postępowania

nie wynika, na czym dokładnie miałyby polegać wprowadzenie Zamawiającego w błąd i której z przekazanych Zamawiającemu informacji miałyby być niezgodna ze stanem rzeczywistym.

Dla Odwołującego jest nie do przyjęcia, iż odmienna interpretacja postanowień SIWZ lub przepisów prawa, a także odmienna wykładnia orzecznictwa może być kwalifikowana jako wprowadzenie Zamawiającego w błąd lub przekazanie informacji wprowadzających w błąd. Wprowadzenie w błąd może dotyczyć bowiem wyłącznie okoliczności faktycznych, nie zaś wykładni prawa lub interpretacji orzecznictwa.

Z powyższych względów, uzasadniając zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy Pzp Odwołujący w pełni podtrzymał swoje stanowisko i argumentację zaprezentowane wyżej, a w szczególności, analiza wyjaśnień przedłożonych przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwania z 7 listopada 2019 r. (wyjaśnienia z 15 listopada 2019 r.) oraz 3 grudnia 2019 r. (wyjaśnienia z 6 grudnia 2019 r.) wskazująca, iż Odwołujący odpowiadając na pytania Zamawiającego starał się kompleksowo opisać przedmiot inwestycji, w świetle warunku udziału sformułowanego w rozdziale 5 pkt 2 ppkt 1) SIWZ oraz wyjaśnić zadania i rolę pełnioną przez spółkę DOTO podczas realizacji inwestycji dla ZOZ w Brodnicy.

Przekonywał, że w przedłożonych wyjaśnieniach Odwołującego z 15 listopada 2019 r. i z 6 grudnia 2019 r. nie zostały jednak zawarte żadne informacje, które można kwalifikować jako wprowadzające w błąd i z powyższych względów zastosowanie przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy Pzp należy uznać za bezzasadne.

Pismem z dnia 2 stycznia 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: EXPOBUD ZRB M. C. z siedzibą w Wołominie, MARO M. S. z siedziba w Wołominie, ELMOR R. S. z siedzibą w Warszawie, zwani dalej Przystępującym, zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 14 stycznia 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Odwołującego,

wezwania Zamawiającego z dnia 21 października 2019r. do przedłożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, odpowiedzi na to wezwanie wraz załączonym wykazem, wezwania Zamawiającego z dnia 7 listopada 2019 r. do wyjaśnień dotyczących doświadczenia DOTO Polska Sp. z o.o., zwanego dalej DOTO oraz RADOS, pisma Odwołującego z dnia 15 listopada 2019 r. zawierającego wyjaśnienia wobec DOTO oraz RADOS, wezwania Zamawiającego z dnia 3 grudnia 2019 r. do uzupełnienia wykazu robót budowlanych, odpowiedzi Odwołującego wraz z nowym wykazem ze wskazaniem nowych podmiotów: Firmy budowlanej Anna-Bud sp. z o.o. oraz Wodpol sp. z o.o., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 14 stycznia 2019 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 17 stycznia 2020r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień i dokumentów Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.24 ust.1 pkt 12 w związku z art.7 ust.1 ustawy Pzp, art.24 ust.1 pkt 12 w związku z 22a ust.1 i 4 ustawy Pzp, a także art.24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy, wymagało wskazania, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający w granicach obowiązującego prawa wykluczył Odwołującego z przetargu publicznego ze skutkiem odrzucenia jego oferty.

W pierwszej kolejności, należało uznać zarzut dotyczący rozstrzygnięcia przez Zamawiającego okoliczności braku spełniania przez Odwołującego warunku podmiotowego w zakresie jego oświadczenia zawartego w wykazie odnoszącego się do podwykonawcy DOTO, za spóźnione.

Izba ustaliła w zakresie niezbędnym do rozpoznania tego zarzutu, że Zamawiający rozdziale 5 pkt. 2 ppkt 1.1 SIWZ postanowił, że o udzielenie zamówienia w zakresie zdolności technicznej i zawodowej mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ustawy, gdzie Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia, tj. wykonał co najmniej dwie roboty budowlane w tym jedną robotę budowlaną polegającą na



budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu szpitalnego lub zakładu opieki medycznej, która swoim zakresem obejmowała wykonanie:

- a) robot ogólnobudowlanych,
- b) robot elektrycznych,
- c) robot sanitarnych,

o wartości nie mniejszej niż 15 000 000,00 złotych brutto (słownie: piętnaście milionów złotych), wykonaną w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący w swoim pierwszym wykazie robót budowlanych złożonym Zamawiającemu wskazał podwykonawcę DOTO na potwierdzenie powyższego warunku udziału w postępowaniu.

W związku z nieuznaniem przez Zamawiającego spełniania przez złożony przez Odwołującego powyższy wykaz podmiotowego warunku, pismem z dnia 3 grudnia 2019 r., działając na podstawie art.26 ust.3 ustawy Pzp w związku z art.22a ust.6 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia wykazu robót budowlanych ( stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ) w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w rozdziale 5 pkt 2 ppkt 1.

W ocenie Izby - powyższe wezwanie do uzupełnienia dokumentów bez wątpienia stanowiło czynność Zamawiającego, podlegającą kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

Zdaniem Izby - czynność ta zawierała definitywne rozstrzygnięcie przez Zamawiającego kwestii oceny niespełniania przez złożony przez Odwołującego wykaz i referencje – warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zadeklarowanego podwykonawcy DOTO.

Powyższy pogląd Izby w tej mierze potwierdza w całej rozciągłości treść przepisu art.22a ust.6 ustawy, który został w sposób wyraźny wskazany przez Zamawiającego w podstawie prawnej powołanej czynności.

Stosownie do jego brzmienia jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami, lub

2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Z powyższego wynika zatem, w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, że Zamawiający oczekiwał złożenia nowego wykazu z podaniem nowego podwykonawcy, który zrealizuje przedmiot zamówienia.

Z tej przyczyny, a także z powodu opóźnienia we wniesieniu środka ochrony prawnej w stosunku do czynności Zamawiającego w postaci wezwania Odwołującego z dnia 3 grudnia 2019 r. do uzupełnienia dokumentów, nie można było, potraktować treści starego wykazu odnoszącego się do podwykonawcy DOTO, wykazu częściowo implementowanego do nowo złożonego, za wywołujący jakiegokolwiek skutki prawne.

Stosownie do art.182 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Z ustaleń Izby wynika, że Odwołujący o powyższych okolicznościach (wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 3 grudnia 2019 r.) dowiedział się już w dniu 3 grudnia 2019 r., a zatem termin do wniesienia odwołania w tym zakresie upłynął w dniu 12 grudnia 2019 r., podczas gdy odwołanie zostało wniesione dopiero w dniu 27 grudnia 2019 r.

Z powyższych przyczyn, Izba nie znalazła podstawy prawnej, do rozstrzygnięcia w tym zakresie zarzutu odwołania.

Przechodząc do rozpoznania zarzutu odwołania dotyczącego uzupełnionego wykazu wraz ze zobowiązaniem podmiotu trzeciego Firmy Budowlanej Anna Bud sp. z o.o., Izba, uznała go za bezzasadny.

Izba ustaliła, w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia tego zarzutu, że Firma Budowlana Anna Bud sp. z o.o. złożyła zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zdolności technicznych lub zawodowych poprzez przekazanie własnego zasobu w postaci doradztwa i konsultacji, nie określając w jaki realny sposób to doświadczenie zostanie przeznaczone do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z art.22a ust.1 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Wobec tego, według zapatrywania Izby - takie doradztwo i konsultacje same w sobie są prawnie dopuszczalne, o ile udział świadczeniodawcy zapewni realny transfer tego doświadczenia, co może się ziszczyć poprzez realizację przedmiotu zamówienia.

Powyższe, przekonanie Izby potwierdza przepis art.22a ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że 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.

Jednocześnie, w myśl przepisu art.22a ust. 2 ustawy Pzp 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.

Wprawdzie w rozpoznawanej sprawie takie zobowiązanie zostało złożone formalnie w granicach § 9 ust.1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale zobowiązanie to nie było związane z bezpośrednią realizacją zadania inwestycyjnego, lecz jedynie z jej wsparciem w postaci konsultacji i doradztwa bez udowodnienia Zamawiającemu w jaki realny sposób będą realizowane roboty budowlane w zakresie objętym przedmiotem zamówienia.

Niezależnie od powyższego – w przekonaniu Izby – wykonawca, co najmniej w wyniku lekkomyślności przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co dawało podstawę prawną Zamawiającego do uruchomienia przepisu art.24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp.

W swoim wykazie, a także korespondencji Odwołujący nie powinien deklarować takiej wiedzy, która mija się z oczywistymi faktami, że realizacja przez DOTO dotyczyła

jedynie wycinku całego zadania, w stopniu bardzo istotnie odbiegającym od oczekiwania Zamawiającego wynikającego z rozdziału 5 pkt 2 ppkt 1 SIWZ.

W ocenie Izby - nieprawdziwa informacja wprowadzająca Zamawiającego w błąd polegała na wskazaniu przez Odwołującego w wykazie robót budowlanych zakresu prac jako odpowiadającego wyżej wskazanemu zakresowi określonymu w warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 5 pkt 2 ppkt 1 SIWZ, o wartości przekraczającej 15 000 000 zł, podczas gdy zgodnie ze stanem faktycznym, łączna wartość prac wykonanych przez DOTO rzecz ZOZ w Brodnicy wynosiła jedynie 1 834 351, 07 zł, to jest znacznie poniżej wartości referencyjnej i dotyczyła wąskiego zakresu robót, to jest wykonania tylko stolarki okiennej i drzwiowej zewnętrznej i wewnętrznej oraz witryny szklano – aluminiowej zewnętrznej i wewnętrznej, a nie wszystkich robót budowlanych.

Izba ustaliła również, że w § 4 ust.6 umowy pomiędzy DOTO – członek konsorcjum, a DORBUDEM S.A. - liderem konsorcjum postanowiono, że udział członka konsorcjum będzie wynosił do 5% całości Kontraktu.

Powyższe okoliczności podania nieprawdziwych informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, w sposób oczywisty, wynikają z pisma z dnia 19 listopada 2019 r. ZOZ w Brodnicy i przesłanej przez ten podmiot umowy konsorcjum z dnia 18 września 2014 r. oraz załączonych kosztorysów. Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek przeciwdowodów w stosunku do tych oświadczeń i dokumentów złożonych przez ZOZ w Brodnicy.

Stanowisko Izby o przedstawieniu Zamawiającemu informacji wprowadzających go w błąd znajduje również potwierdzenie w oparciu o dyrektywę określoną w pkt 5 wykazu robót budowlanych, gdzie wyraźnie zastrzeżono, że w przypadku gdy wykonawca powołujący się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum, Zamawiający żąda wskazania wyłącznie doświadczenia nabytego w związku z konkretną i faktyczną realizacją czynności przez Wykonawcę w ramach konsorcjum w celu potwierdzenia posiadania zdolności technicznej i zawodowej do wykonania zamówienia.

W związku z tym, Izba reprezentuje pogląd, że tak sprecyzowana przez Zamawiającego informacja powinna wywołać u profesjonalnego wykonawcy przeświadczenie, że jest on zobowiązany jedynie do zadeklarowania doświadczenia wynikającego z faktycznego i konkretnego wykonania przedmiotu zamówienia, a nie umieszczania informacji nie polegającej na prawdzie o tym, że jego podwykonawca zrealizował pełny zakres wymaganych robót.

Izba przy tym, nie dała wiary zapewnieniom wykonawcy, że faktyczna realizacja spornej umowy na rzecz ZOZ w Brodnicy była wykonywana w równym stopniu przez każdego z konsorcjantów, co rzekomo wynika z § 4 umowy wykonawczej z dnia 18 września 2014 r. do cyt. umowy konsorcjum. Przeczy temu również § 6 ust.2 tej umowy określający wąski zakres realizacji umowy z ZOZ w Brodnicy przez DOTO, co potwierdza informację uzyskaną od ZOZ w Brodnicy.

Ostatecznie, Izba uznała powyższą umowę wykonawczą za dokument wewnętrzny nie kreujący nowych faktów, które wynikają wprost z umowy zawartej pomiędzy konsorcjum DOTO i DORBUD a ZOZ w Brodnicy.

Powyższej oceny Izby – nie zmienia również okoliczność istnienia powiązań osobowych w zarządzie konsorcjum, bowiem Odwołujący jako odrębny przedsiębiorca nie ma pełnej wiedzy jak faktycznie te powiązania mogły wpłynąć na realizację kontraktu.

W związku z tym bez znaczenia dla oceny prawdziwości powyższych informacji miały dla Izby oświadczenia T. T. i W. Ł. złożone w dniu 15 stycznia 2020 r., których treść nie jest spójna, jednoznaczna i logiczna, skoro zostały pomiędzy konsorcjantami w sposób wyraźny określone granice ich odpowiedzialności na gruncie kontraktu podstawowego.

Reasumując, takie zachowanie Odwołującego, Izba uznała za co najmniej lekkomyślne, przy składaniu informacji mających zadecydować o uznaniu, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu, od którego uzależniona jest możliwość pozyskania zamówienia publicznego.

Zgodnie z art.24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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.

Mając powyższe na względzie należało uznać, że Zamawiający prawidłowo zastosował przepis art.24 ust.1 pkt 17 i art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, i w konsekwencji wykluczył Odwołującego ze skutkiem odrzucenia jego oferty.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:.....**