

Sygn. akt: KIO 177/18

**WYROK**  
**z dnia 16 lutego 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:           Jan Kuzawiński**

**Protokolant:               Zuzanna Idźkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2018 r. przez wykonawcę **BBI Budownictwo Sp. z o.o., ul. Tarnobrzaska 2/2, 53-404 Wrocław**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Narodowy Instytut Dziedzictwa, ul. Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: konsorcjum **Renovatorium Konserwacja Obiektów Zabytkowych M. M., ul. Dr Jana Plitza 48/85, 30-392 Kraków** i **Ars Longa Konserwacja Dziel Sztuki i Obiektów Zabytkowych, D. M. i M. M. Sp. j., ul. Podgórk Tynieckie 71, 30-398 Kraków**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **BBI Budownictwo Sp. z o.o., ul. Tarnobrzaska 2/2, 53-404 Wrocław** i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **BBI Budownictwo Sp. z o.o., ul. Tarnobrzaska 2/2, 53-404 Wrocław**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2017 poz. 1579 ze zm.) 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 Narodowy Instytut Dziedzictwa, ul. Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie remontu konserwatorskiego Wiaduktu w Parku Mużakowskim”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12.12.2017 r. pod numerem 63144641-2017, a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

W dniu 24.01.2018 r. Zamawiający przekazał wykonawcy BBI Budownictwo Sp. z o.o., ul. Tarnobrzaska 2/2, 53-404 Wrocław zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Renovatorium Konserwacja Obiektów Zabytkowych M. M. (Lider konsorcjum) oraz Ars Longa Konserwacja Dzieł Sztuki i Obiektów Zabytkowych, D. M. i M. M. Sp. j. (dalej jako konsorcjum Renovatorium).

Wobec powyższej czynności odwołanie w dniu 29.01.2018 r. wniósł wykonawca BBI Budownictwo Sp. z o.o., ul. Tarnobrzaska 2/2, 53-404 Wrocław (dalej jako Odwołujący).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Renovatorium, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a ponadto 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, a zatem powinien zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona;
2. art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:

- dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Renovatorium, która powinna zostać odrzucona i nie powinna podlegać ocenie, tymczasem została oceniona w sposób niezgodny z przepisami prawa i treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) wykluczenia wykonawcy konsorcjum RENOVATORIUM
- 4) wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

#### Uzasadnienie odwołania

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z SIWZ przedmiotowego postępowania, Rozdział VI ust. 1 pkt. 1.3. 1 o udzielenie zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy spełniali warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca spełniał warunek, jeśli wykazał, że należycie wykonał w okresie ostatnich ośmiu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył, co najmniej dwie roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. polegające na remoncie obiektu zabytkowego, o wartości co najmniej 700 000,00 zł brutto każda z nich, przy czym:

- a) co najmniej jedna z dwóch wymaganych robót obejmowała naprawę i konserwację elewacji ceglanych;
- b) co najmniej jedna z dwóch wymaganych robót obejmowała wzmocnienie konstrukcji sklepień ceglanych.

Odwołujący podnosi, że w Rozdziale IX SIWZ Zamawiający wskazał wykaz wymaganych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. W ust. 1 pkt 1.1. Zamawiający wskazał, że do oferty wykonawca winien załączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. W ust. 7 lit. a pkt 7.1. oraz 7.2. Zamawiający wskazał, że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, będzie zobowiązany do złożenia wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich ośmiu

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 roboty te zostały wykonane, w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku o którym mowa w Rozdz. VI ust. 1 pkt 1.3.1 (wzór wykazu stanowił załącznik nr 9 do SIWZ) oraz dowodów określających, czy te roboty 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 zostały wykonane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Renovatorium pomimo, że wykonawca ów powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. pkt 12 i 17 ustawy Pzp albowiem nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a ponadto 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 w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, poprzez złożenie nieprawdziwego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz przedstawiając na wezwanie pełnomocnika Zamawiającego z dnia 17.01.2018 r. poprawiony wykaz robót budowlanych i wskazując w robotach budowlanych nr 1 i 2, że obejmowały one swoim zakresem wzmocnienie konstrukcji sklepień ceglanych, gdy tymczasem zarówno z dokumentów dołączonych przez konsorcjum Renovatorium, jak i informacji ogólnodostępnych wynika, że żadna z tych dwóch robót nie obejmowała swoim zakresem wzmocnienia konstrukcji sklepień ceglanych, a nadto w zakresie roboty budowlanej nr 2 doświadczenie zostało zdobyte w ramach konsorcjum ARS LONGA Konserwacja Dzieł Sztuki i Obiektów Zabytkowych, D. M. i M. M. Sp. j. z podmiotem trzecim, niebiorącym udziału we przedmiotowym postępowaniu, zaś doświadczenie takiego konsorcjum nie jest doświadczeniem wykonawcy, startującego samodzielnie lub w konsorcjum z innym podmiotem.

Odwołujący wskazuje, że konsorcjum Renovatorium w dniu 3.01.2018 r. na druku Załącznika nr 7 do SIWZ złożyło oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego w Rozdziale VI SIWZ. W piśmie z dnia 19.01.2018 r., złożonym na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca podtrzymał aktualność tego oświadczenia. Ponadto w piśmie tym wskazał, że warunek wiedzy i doświadczenia w zakresie wzmocnienia konstrukcji sklepień ceglanych spełnia zarówno robota budowlana nr 1 z przedłożonego wykazu (jako prace konserwatorskie i konstrukcyjne przy ceglanych

elewacjach i sklepieniu ryzalitu gmachu Szkoły Podstawowej przy ul. Dietla 70 w Krakowie) jak i robota budowlana nr 2 (jako robota obejmująca wzmocnienie konstrukcji sklepienia ceglanego w jednej z kaplic w ramach projektu „Rewitalizacja zespołu barokowych kaplic nagrobnych w Jeleniej Górze wkładem w ochronę europejskiego dziedzictwa kulturowego w ramach Programu Operacyjnego Współpracy Transgranicznej Polska - Saksonia 2007-2013”). Na potwierdzenie prawidłowego wykonania robót w zakresie prac konserwatorskich i konstrukcyjnych przy sklepieniu ryzalitu wykonawcy przedstawili referencje wystawione przez Dyrektora Szkoły Podstawowej nr 16 przy ul. Dietla 70 w Krakowie dla firmy Ars Longa Konserwacja Dzieł Sztuki i Obiektów Zabytkowych, D. M. i M. M. Sp. j. Na potwierdzenie prawidłowego wykonania robót wzmocnienie konstrukcji sklepienia ceglanego w kaplicach nagrobnych wykonawcy przedstawili protokół odbioru końcowego robót budowlano - konserwatorskich, wykonanych przez konsorcjum firm "Wrobud Zabytki" Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu - lider konsorcjum oraz Ars Longa Konserwacja Dzieł Sztuki i Obiektów Zabytkowych, D. M. i M. M. Sp. j. - członek konsorcjum.

Odwołujący podnosi, że z analizy dokumentów przedłożonych przez konsorcjum Renovatorium i z informacji dostępnych ze źródeł zewnętrznych wynika, że żadna z tych dwóch robót budowlanych nie była robotą o wartości co najmniej 700 000 zł brutto, obejmujących wzmocnienie konstrukcji sklepień ceglanych. Odwołujący wywodzi z tego, że ww. konsorcjum przedstawiło Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, które nie tylko mogły, lecz wręcz miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj. o wyborze oferty konsorcjum Renovatorium jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Jednocześnie konsorcjum nie wykazało spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz złożyło nieprawdziwe oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, dąży do wyboru wykonawcy, który wykaże się wcześniejszym prawidłowym wykonaniem robót budowlanych podobnych do tych, jakie są przedmiotem zamówienia. Stąd też w odniesieniu do planowanych robót budowlanych zabytkowego wiaduktu, posiadającego konstrukcyjnie strategiczne elementy w postaci sklepienia łukowego Zamawiający oczekiwał, aby wykonawca wykazał się wiedzą i doświadczeniem w zakresie wzmocnienia konstrukcji sklepień ceglanych. Wskazuje, że ryzalit to część budynku wysunięta z lica elewacji ku przodowi, stanowiąca jego ograniczoną część, wobec czego nie występują sklepienia ryzalitowe. Podkreśla, że referencje przedłożone przez konsorcjum Renovatorium w zakresie roboty budowlanej nr 1, wskazują szczegółowy zakres wykonanych prac, ale nie wskazują wykonanie "wzmocnienia konstrukcji sklepień ceglanych" bądź "wzmocnienia sklepień ryzalitowych", zaś wymieniony w referencjach zakres

prac wyraźnie wskazuje, że odnosiły się one do elewacji oraz elementów zewnętrznych budynku. Wywodzi, że prace te w żadnej mierze nie mogły dotyczyć wzmocnienia sklepień ceglanych. W zakresie roboty budowlanej numer 2 wskazuje, że w wyjaśnieniach z dnia 19.01.2018 r. konsorcjum Renovatorium podaje, że *"jednocześnie dla poz. b) wyjaśniamy, że w.w. robota obejmowała wzmocnienie konstrukcji sklepienia ceglanych jednej z kaplic"*. Odwołujący podnosi, że z treści protokołu odbioru końcowego robót z dnia 19.11.2012 r. wynika, że przedmiotem umowy nie były prace polegające na wzmocnieniu sklepień ceglanych. Wskazuje, że szczegółowy zakres wykonanych prac zawarty jest na str. 2 protokołu od góry, w lit. od a. do e. Wskazuje, że z opisu projektu, którego dotyczyła przedmiotowa robota, zawierającego szczegółowy opis prac i czynności wykonywanych w ramach projektu przez zamawiającego oraz różnych wykonawców, biorących w nim udział, należy wyciągnąć następujące wnioski:

- 1) kaplice nagrobne, będące przedmiotem rewitalizacji, to nie budynki lecz rozbudowana forma nagrobków, nie zawierająca sklepień lecz co najwyżej łuki;
- 2) prace wykonywane przez konsorcjum firm 'Wrobud Zabytki' Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu - lider konsorcjum oraz Ars Longa Konserwacja Dziej Sztuki i Obiektów Zabytkowych, D. M. i M. M. Sp. j. - członek konsorcjum nie obejmowały wzmocnienia sklepień ceglanych.

Podnosi również, że robota budowlana nr 2 była realizowana przez firmę Ars Longa w konsorcjum z wykonawcą, który nie bierze udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podnosi, że zgodnie z wyrokiem TSUE C-387/14, prawo do polegania na zdolnościach innych podmiotów, takich jak między innymi grupa wykonawców, której był on członkiem (konsorcjum), o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że wykonawca ten będzie w rzeczywistości dysponował zasobami takiego podmiotu, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia. Tym samym, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy ocenić w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Podnosi, że zgodnie z ww. wyrokiem, art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, 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. W nawiązaniu do powyższego Odwołujący podnosi, że wykonawca Ars

Longa nie złożył żadnych dokumentów potwierdzających, jaki był jego zakres prac, wykonanych przez tę firmę w ramach roboty budowlanej referencyjnej nr 2.

### Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w dniu 12.02.2018 r. W opinii Zamawiającego oferta konsorcjum Renovatorium potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu postawionego w rozdziale VI pkt 1.3. ppkt 1.3.1. SIWZ, co też Zamawiający na etapie czynności oceny ofert w sposób prawidłowy zbadał. Zamawiający stwierdza, że wykonawca konsorcjum Renovatorium przedstawił wykaz wymaganych robót budowlanych, co stanowiło confirmację warunku udziału i wypełnienie obowiązku określonego w rozdziale 10 pkt 7 ppkt 7.1. i 7.2. SIWZ oraz w § 2 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający wskazuje, że na potwierdzenie, że te roboty powołane w wykazie robót, wykonane zostały należycie, konsorcjum Renovatorium złożyło dokument: „Referencje dla firmy ARS LONGA Konserwacja Dzieł Sztuki i Obiektów Zabytkowych, D. i M. M., Sp. j.,” wystawiony przez dyrektor Szkoły Podstawowej nr 16 przy ul. Dietla 70 w Krakowie i protokół odbioru końcowego wykonanych robót budowlano konserwatorskich, elektrycznych i renowacyjnych wystawiony przez Miasto Jelenia Góra. W opinii Zamawiającego oba dokumenty potwierdzały należyte wykonanie robót określonych w wykazie robót budowlanych przedstawionym na potwierdzenie spełnienia warunku zdolności technicznej i zawodowej udziału w postępowaniu.

Podnosi, że referencje w swej istocie mają jedynie potwierdzać należyte wykonanie usługi, roboty budowlanej, dostawy. Zamawiający zaznacza, że brak jest przepisu kształtującego elementy składowe referencji, ustawodawca nie wyposażył Zamawiającego w mechanizm wpływania na zakres informacji udostępnianych w dokumencie potwierdzającym należyte wykonanie usługi, czy też roboty budowlanej przedstawionej dla wykazania warunku udziału w postępowaniu. Z powyższego Zamawiający wywodzi, że nie może wymagać, a podmiot udzielający nie ma obowiązku określenia wszelkich elementów składowych zrealizowanego zamówienia. Wskazuje, że z referencji nie muszą wynikać ilości czy rodzaj dostawy, miejsce dostawy, ponieważ wykonawcy nie mają wpływu na treść oświadczeń zamieszczanych w referencjach przez inny, odrębny od wykonawcy, podmiot trzeci. Zamawiający stwierdza, że kluczowym dokumentem na wykazanie warunku udziału w postępowaniu jest wykaz robót budowlanych, usług itp., a referencja lub inny dokument służy potwierdzeniu należytego wykonania przedmiotu umowy/ zamówienia przedstawionego dla spełnienia tegoż warunku. Wskazuje, że dokumenty przedłożone przez konsorcjum Renovatorium nie są wewnętrznie sprzeczne, współgrają z opisem przedmiotu zamówienia

i potwierdzają należyte wykonanie robót budowlanych wykazujących spełnienie warunku udziału.

Zamawiający podkreśla, że przedmiot prac dotyczących Szkoły Podstawowej nr 16 przy ul. Dietla 70 w Krakowie, jak i rewitalizacji zespołu barokowego kaplic nagrobnych w Jeleniej Górze dotyczy prac odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, to jest wykonania robót budowlanych mających na celu remont konserwatorski, prac polegających na remoncie obiektu zabytkowego. Zdaniem Zamawiającego dokumenty te potwierdzają też warunki udziału w postępowaniu (konserwacje wątku ceglanego elewacji, wzmocnienia strukturalne itp.). Odnosząc się do zarzutu niezłożenia przez konsorcjum Renovatorium dokumentów potwierdzających, jaki był zakres prac wykonanych w ramach roboty budowlanej referencyjnej nr 2 przez konsorcjanta Ars Longa, w sytuacji, w której roboty te były realizowane przez Ars Longa w konsorcjum z wykonawcą, który nie bierze udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający stwierdza, że zarzut jest chybiony, contra legem i niezgodny z jednoznaczną linią orzecniczą KIO, bowiem Odwołujący w sposób błędny uznał, że okoliczność wykonania zamówienia wykazanego na spełnienie warunku udziału w postępowaniu w konsorcjum z podmiotem trzecim, determinuje konieczność udowodnienia za pomocą dokumentu zakresu prac realizowanych w tymże postępowaniu przez członków tego konsorcjum lub chociażby przez podmiot wykazujący spełnienie warunku, w realiach sprawy przez Ars Longa. Zamawiający podnosi, że zgodnie z art. 141 ustawy Pzp wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, to jest wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Ustawodawca w przepisie art. 141 oraz art. 23 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w sposób jednoznaczny uznał, że wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz wspólnie wykonujących umowę w tym zamówieniu traktuje się jako jednego wykonawcę ponoszącego solidarną — wspólną — odpowiedzialność. Z powyższego Zamawiający wywodzi, że zrealizowanie zamówienia przez wykonawców wspólnie się o nie ubiegających, stanowi o wykonaniu tego zamówienia przez wszystkich tych wykonawców niezależnie od tego, za co każdy był odpowiedzialny lub jaki zakres przedmiotu zamówienia wykonywał. Podnosi, że przyjęcie odmiennego założenia, w przeciwieństwie do twierdzeń Odwołującego, naruszałoby przepisy ustawy Pzp, w tym zasadę konkurencyjności. Zamawiający stoi na stanowisku, że doświadczenie nabyte w trakcie pozostawania w konsorcjum jest doświadczeniem każdego z jego członków i każdy ma prawo się nim wykazywać odnośnie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 w zw. z art. 91 wt. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty konsorcjum Renovatorium, Zamawiający podnosi,



że z uwagi na całkowity brak zasadności wywodzonego przez Odwołującego naruszenia przepisu art. 7 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 12 i 17 ustawy Pzp, nie można również mówić o naruszeniu art. 7 i 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z wyborem oferty konsorcjum Renovatorium. Prawdopodobnie przeprowadzonej przez Zamawiającego oceny oferty Wykonawcy w zakresie dotyczącym m.in. spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przekładająca się na właściwą czynność wyboru Wykonawcy, stanowi w konsekwencji o zgodności działań Zamawiającego z zasadą konkurencyjności wyrażoną w przepisie art. 7 i wymogami przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający podnosi również, że Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodowemu i nie wykazał zaistnienia podnoszonych w treści odwołania naruszeń ustawy Pzp.

### Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie do udziału w postępowaniu po stronie Zamawiającego zgłosiło konsorcjum Renovatorium. Zgłaszający przystąpienie złożył pismo, w którym podniósł, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie zachodzą podstawy wykluczenia go z postępowania, jak wnosi Odwołujący. Zgodnie ze stanowiskiem konsorcjum Renovatorium, przedmiotowe warunki udziału w postępowaniu zostały spełnione poprzez:

- udokumentowanie realizacji wyczerpującej warunek zawarty w punkcie a) — naprawę i konserwację ceglanych elewacji Gmachu Szkoły Podstawowej przy ul. Dietla 70 w Krakowie, której zdjęcie Odwołujący zamieścił w załączniku. Wartość wykonanych prac wyniosła 976.000,00 netto czyli znacznie ponad 700.000,00 zł co potwierdza przedłożona referencja. Wskazuje, że referencja ta potwierdza spełnienie warunku zawartego w punkcie b) – wykonanie dużego zakresu prac konstrukcyjnych, ale z przyczyn oczywistych nie wymienia wszystkich miejsc poddanych pracom konstrukcyjnym,
- złożenie referencji i opisanie zakresu wykonanych prac przy konserwacji Zespołu Barokowych Kaplic Nagrobnych. Wartość zakresu prac wykonanych przez Ars Longa wyniosła 1.940.000,00 zł a więc znacznie przekroczyła wymaganą przez Zamawiającego wartość 700.000,00 zł. Zgłaszający przystąpienie podnosi, że zakres prac konserwatorskich w tej realizacji był bardzo duży i obejmował nie tylko konserwację elewacji kaplic, ale dotyczył także np. konserwacji wystroju wybranych wnętrz, w tym konserwację techniczną i częściową rekonstrukcję wystroju sztukatorskiego kaplicy nr XV czy np. konserwację złoceń i polichromii niektórych epitafiów w kaplicy nr XVII.

Konsorcjum Renovatorium podnosi, że tak szczegółowego zakresu nie opisują ani protokół odbioru ani skrótkowe informacje z Internetu, załączone przez Odwołującego. Podnosi, że w wykazie prac budowlanych wskazał, że prace konstrukcyjne przy sklepieniu ceglonym dotyczyły jednej kaplicy. Wskazuje, że Zamawiający wymagał tylko jednej

realizacji obejmującej wzmocnienie konstrukcji sklepień ceglanych, nie określał powierzchni ani metody wzmocniania. Podnosi, że wystrój sztukatorski tej kaplicy był w bardzo złym stanie, szczególnie ze względu na silną degradację podłoża — ceglanego sklepienia, dlatego prace dotyczyły częściowego demontażu zachowanych sztukaterii i przed ponownym montażem wykonano wzmocnienia konstrukcji sklepienia. Wynagrodzenie za prace miały charakter ryczałtowy, a więc obejmujący komplet wszelkich zabiegów niezbędnych do uzyskania oczekiwanego efektu prac, w tym przypadku z uwagi na bardzo zły stan zachowania podłoża należało zdemontować sztukaterie i wzmocnić konstrukcje sklepienia.

Podnosi, że Zamawiający nie wymagał doświadczenia w zakresie remontu budynku, a „obiektu zabytkowego”, zaś rzeczzone kaplice stanowią takie obiekty oraz posiadają sklepienia ceglane, jak również spełniają definicję budynku, chociaż nie było to przedmiotem warunku. Zgłaszający przystąpienie wskazuje, w ramach roboty 2 z wykazu robót, ówczesny konsorcjant „Wrobud Zabytki” Sp. z o.o. wykonywał wyłącznie prace budowlane szczegółowo opisane w załączonym do oferty Protokole Odbioru Końcowego Prac oraz ujęte w harmonogramie na stronie 1. Wskazuje, że ów konsorcjant nie wykonywał prac przy wzmocnianiu sklepienia w kaplicy nr XV, prace zostały wykonane wyłącznie przez Ars Longa, która wykonała prace opisane w wykazie robót, których wartość wyniosła 1.940.000,00 zł.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 13.02.2018 r. strony i uczestnik podtrzymały dotychczasowe stanowisko.

**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, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie oraz pismem zgłaszającym przystąpienie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.**

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

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych mających na celu remont konserwatorski Wiaduktu w Parku Mużakowskim w Łęknicy (pow. Żarski, woj. lubuskie) oraz wykonanie i montaż tablic pamiątkowych w ramach projektu pt.: „Park Mużakowski - ochrona, rozwój i promocja europejskiego dziedzictwa kultury”. Wiadukt jest zabytkowym, murowanym obiektem objętym ochroną w ramach zespołu Parku Mużakowskiego.

Zgodnie z rozdziałem VI SIWZ, pkt 1.3.1, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, m.in. posiadania odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej, dla stwierdzenia której koniecznym było wykazanie, że wykonawca:

- należycie wykonał w okresie ostatnich ośmiu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył, co najmniej dwie roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. polegające na remoncie obiektu zabytkowego, o wartości co najmniej 700 000,00 zł brutto każda z nich, przy czym:
  - a) co najmniej jedna z dwóch wymaganych robót obejmowała naprawę i konserwację elewacji ceglanych,
  - b) co najmniej jedna z dwóch wymaganych robót obejmowała wzmocnienie konstrukcji sklepień ceglanych.

W rozdziale IX SIWZ, pkt 7 Zamawiający zastrzegł, że przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj.:

- wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich ośmiu 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 roboty te zostały wykonane, w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku o którym mowa w Rozdz. VI ust. 1 pkt 1.3.1 (wzór wykazu stanowi załącznik nr 9 do SIWZ).
- dowodów określających, czy te roboty 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 zostały wykonane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Przystępujący konsorcjum Renovatorium wraz z ofertą przedłożył uzupełniony wykaz robót, stanowiący załącznik nr 9 do SIWZ. Jako robotę nr 1 wskazał, w rubryce „Przedmiot umowy (opis pozwalający na stwierdzenie spełniania warunku określonego w Rozdz. VI ust. 1 pkt 1.3.1. siwz), w tym miejsce wykonania)” wskazał *„Kraków. Kompleksowa konserwacja ceglanych elewacji (wykonanych z czerwonej, żółtej i czarnej cegły układanej w dekoracyjne pasy) gmachu dawnej Szkoły Miejskiej - obecnie szkoła podstawowa nr 16 przy ul. Dietla w Krakowie wraz kamiennym detalem architektonicznym i z pracami konstrukcyjnymi”*. Przystępujący zaznaczył również, w odpowiednich rubrykach, iż robota ta obejmowała wzmocnienie konstrukcji sklepień ceglanych oraz, że obejmowała wzmocnienie konstrukcji sklepień ceglanych. Jako wartość robót podał kwotę 976 000,00 zł netto, z zaznaczeniem, że w tym czasie prace konserwatorskie były zwolnione z VAT.

Jako robotę nr 2 konsorcjum Renovatorium wskazało, jako przedmiot umowy wraz z opisem – *„Rewitalizacja Zespołu Barokowych Kaplic nagrobnych w Jeleniej Górze wkładem w ochronę europejskiego dziedzictwa kulturowego w ramach Programu Operacyjnego Współpracy Transgranicznej Polska- Saksonia 2007-2013. Konstrukcja kaplic ceglana (ściany i sklepienia), elewacje obłożone kamiennym detalem rzeźbiarskim i architektonicznym. Wykonano kompleksowy remont konserwatorski elewacji kaplic wg. Programu Konserwatorskiego opracowanego przez D. M. i A. J. ”*. W zakresie tej roboty, Przystępujący zaznaczył, że obejmowała ona wzmocnienie konstrukcji sklepień ceglanych oraz nie obejmowała naprawy i konserwacji elewacji ceglanych. Jako wartość robót podał kwotę 1 940 000,00 zł.

Pismem z dnia 17.01.2018 r. Zamawiający wezwał konsorcjum Renovatorium m.in. do udzielenia wyjaśnień, czy złożone wraz z ofertą dokumenty pozostają aktualne, a także do wyjaśnienia, czy roboty nr 2 z wykazu robót, zgodnie z oświadczeniem Przystępującego, obejmowały wzmocnienie konstrukcji sklepień ceglanych – Zamawiający wskazał, że z opisu robót nie wynikał fakt przeprowadzenia takiego remontu. Ponadto Zamawiający wezwał konsorcjum Renovatorium do złożenia oświadczeń lub dokumentów – dowodów określających czy roboty wymienione w wykazie robót zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

Konsorcjum Renovatorium udzieliło odpowiedzi pismem z dnia 19.01.2018 r., w którym poinformowało, że przedkłada „referencje i Protokół odbioru końcowego prac na potwierdzenie spełnienia warunku udziału postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w tym: - referencja należytego wykonania prac konserwatorskich i konstrukcyjnych przy ceglanych elewacjach i sklepieniu ryzalitu gmachu Szkoły Podstawowej przy ul. Dietla 70 w Krakowie, - Protokół Odbioru Końcowego prac konserwatorskich przy elewacjach Zespołu Barokowych Kaplic w Jeleniej Górze oraz referencje za powyższe prace wystawione przez Kierownika WUOZ w Jeleniej Górze”. Ponadto udzieliło wyjaśnień w zakresie roboty nr 2, wskazując, że „konstrukcja kaplic jest ceglana ale elewacje są obłożone kamieniem, dlatego konserwacja dotyczyła lica kamiennego a nie ceglanego” oraz wskazując, że przedmiotowa robota obejmowała wzmocnienie konstrukcji sklepienia ceglanego w jednej z kaplic. Do ww. pisma załączone zostały dokumenty zgodnie z powyższym wskazaniem.

W referencjach wystawionych przez dyrektor Szkoły Podstawowej nr 16 w Krakowie, na potwierdzenie należytego wykonania roboty nr 1, wskazano, że spółka Ars Longa wykonała kompleksowy remont konserwatorski budynku szkoły, wartość robót wyniosła 976 000,00 zł, wykonane zostały następujące prace: konserwacja wątku ceglanego elewacji, konserwacja elementów kamiennych, konserwacja elementów metalowych, konserwacja stolarki, dostawa i montaż okien, dostawa i montaż krat ozdobnych, wymiana rynien i rur spustowych, iniekcje spękań murów, montaż taśm zabezpieczających z włókna węglowego, kotwienie murów, odbudowa ceglanych szczytów schodkowych wraz z rekonstrukcją sterczyn.

W protokole odbioru końcowego, przedłożonym dla udowodnienia należytego wykonania roboty nr 2, podpisanym przez zamawiającego przedmiotową robotę, wskazano, że została ona wykonana przez konsorcjum Wro-bud Zabytki Sp. z o.o., ul. Kościuszki, 50-441 Wrocław - lider konsorcjum oraz „ARS LONGA” Konserwacja Dzieł Sztuki i Obiektów Zabytkowych, D. M. i M. M. -- Sp. j. - członek konsorcjum. Jako zakres robót konserwatorskich wykonanych w ramach ww. zamówienia podano: „*Rewaloryzacja kaplic cmentarnych (mauzoleum). Rewaloryzacja zespołu epitafiów, Rewaloryzacja kaplic cmentarnych. Wykonanie: Czyszczenie elementów kamiennych, odsalanie, wzmocnianie strukturalne, prace konserwatorskie detali architektonicznych i elementów kamiennych, hydrofobizacja kamienia*”.

**Izba zważyła, co następuje.**

**Odwwołanie jako bezzasadne, nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba stwierdziła, iż w niniejszej sprawie nie znalazły potwierdzenia zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miały lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Pierwszą z okoliczności, na jakiej Odwołujący opiera zarzuty odwołania, jest brak spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w wykonaniu wzmocnienia konstrukcji sklepień ceglanych. Odwołujący podnosi, że w ramach żadnej z robót wymienionych w wykazie złożonym wraz z ofertą Przystępujący prac takich nie wykonywał.

Dokonując oceny rzeczonego zarzutu, należy zauważyć, że zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp ciężar wskazywania wszystkich okoliczności i dowodów na ich potwierdzenie, od których zależy uznanie odwołania za zasadne, spoczywa na stronie odwołującej. To wnoszący odwołanie ze stwierdzonych faktów wywodzi skutki prawne. Odwołujący jest zobowiązany do przedstawienia i wykazania okoliczności sprawy w sposób, który przekona Krajową Izbę Odwoławczą o słuszności swoich twierdzeń, zaś zaniechanie podjęcia tych działań lub ich nieskuteczność zazwyczaj skutkować będzie oddaleniem odwołania. Wskazać należy również, że postępowanie przed KIO toczy się z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności - to strony są w obowiązku przedstawiać dowody na podnoszone okoliczności, Izba nie jest zobligowana do wymuszania ani zastępowania stron w wypełnianiu obowiązku dowodowego.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że Odwołujący nie uniósł ciężaru dowodowego w niniejszej sprawie. Podstawa faktyczna zarzutów odwołania w zasadzie sprowadzała się do okoliczności braku wykonania, w ramach obu prac wymienionych w przedłożonym wykazie robót, wzmocnienia konstrukcji sklepienia ceglanego. Na poparcie powyższej tezy Odwołujący powołał się na treść przedłożonych przez konsorcjum Renovatorium wraz z pismem z dnia 19.01.2018 r. referencji, załączonego do odwołania opisu projektu „*Rewitalizacja zespołu barokowych kaplic nagrobnych w Jeleniej Górze wkładem w ochronę europejskiego dziedzictwa kulturowego*”, na zdjęcie Szkoły Podstawowej nr 16 w Krakowie oraz złożony w toku rozprawy przed Izbą przedmiar robót dodatkowych w ww. projekcie.

W ocenie Izby z żadnego z dowodów, na które powołuje się Odwołujący nie wynika, że konsorcjum Renovatorium w ramach rzeczonych robót nie wykonało wzmocnienia konstrukcji sklepienia ceglanego. Odnosząc się do przedłożonych przez Przystępującego referencji, należy zgodzić się z Zamawiającym, iż referencje mają służyć jedynie wykazaniu, że zamówienie zostało należycie wykonane. Należy zwrócić uwagę, że wszystkie dokumenty przedłożone przez Przystępującego dla wykazania należytego wykonania robót noszą daty ich sporządzenia o wiele wcześniejsze niż data wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Referencje dyrektor Szkoły Podstawowej nr 16 w Krakowie wystawione zostały w dniu 28.02.2011 r., referencje Dolnośląskiego

Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków we Wrocławiu – w dniu 23.01.2013 r., protokół odbioru końcowego robót pochodzi z dnia 19.11.2012 r. Przystępujący, w chwili pozyskiwania tych dokumentów nie miał interesu w zawarciu w ich treści wzmianki o wykonaniu tych konkretnych prac (wzmocnienie konstrukcji sklepień ceglanych), dokumenty te miały jedynie poświadczать należyte wykonanie przedmiotu zamówienia – opisanego za pomocą ogólnych wskazań, mających na celu zidentyfikowanie przedmiotu umowy, bez szczegółowego wykazu zakresu wykonanych prac. Konsorcjum Renovatorium, zgodnie ze wskazaniem SIWZ i wezwania Zamawiającego, przedłożyło rzeczony dokumenty dla wykazania należytego wykonania robót wymienionych w wykazie robót, których to wykonanie miało potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, referencje nie muszą zawierać wszystkich szczegółowych informacji wymaganych w treści warunku udziału w postępowaniu, ich treść powinna natomiast pozwalać na identyfikację wykonanego zamówienia do którego się odnoszą (por. wyrok KIO z dnia 9.03.2016 r., sygn. akt KIO 278/16). A zatem z faktu, że przedmiotowe dokumenty nie wskazywały wprost na wykonanie przez Przystępującego wzmocnienia konstrukcji sklepienia ceglanego, nie można wywieść twierdzenia, że Przystępujący robót takich nie wykonał. Kolejnym dowodem, na który powołuje się Odwołujący jest opis projektu, w ramach którego miały być wykonane roboty nr 2 z wykazu robót Przystępującego. Jak wskazał Odwołujący, opis ten został pobrany ze strony zamawiającego w tym projekcie. Należy zauważyć, że opis ten nie stanowi dokumentu urzędowego, a ma raczej charakter prospektu informacyjnego, opatrzonego zdjęciami, w tym zdjęciami ze spotkań zespołów pracujących przy projekcie, broszur informacyjnych, wraz z „kroniką projektu”. Nie jest to dokument branży budowlanej, pozwalający na zidentyfikowanie wszystkich wykonanych w ramach projektu prac, nie został on stworzony w celu dokonania bilansu robót budowlanych wykonanych w ramach projektu, a raczej dla podsumowania informacji dotyczących przebiegu realizacji przedmiotu projektu, rozumianego ogólnie, jako rewitalizacja zespołu zabytkowych kaplic nagrobnych. O lakonicznym charakterze informacji zawartych w opisie projektu świadczy chociażby fakt, że roboty dodatkowe, na które aneks został podpisany w dniu 12.12.2011 r. (zgodnie z opisem projektu, strona 6), zostały w opisie wymienione w 13 liniijkach, zaś przedłożony przez Odwołującego przedmiar robót w tym zakresie liczy 73 strony. Nie sposób zatem, wobec niewskazania w rzeczonym opisie projektu wykonania konkretnych prac, odnoszących się do jednej kaplicy, twierdzić, iż świadczy to o braku wykonania tych prac przez Przystępującego. Z przedmiotowych dokumentów nie wynika również, że – jak twierdził Odwołujący – prace przy wzmocnieniach konstrukcyjnych kaplic wykonywane były właśnie w ramach robót dodatkowych, których dotyczył przedłożony na rozprawie przedmiar robót. Zarówno z opisu projektu (strona 6), jak i rzeczony przedmiar robót nie wynika, ażeby owe roboty

dodatkowe dotyczyły sklepienia kaplicy nr XV, na które to powołuje się Przystępujący. Dokumenty te, w zakresie kaplicy nr XV wskazują jedynie na wykonywane prace dotyczące remontów dachów, wymiany obróbek blacharskich, rynien dachowych i rur spustowych oraz zabezpieczenie blachą ołowianą ozdobnych attyk, gzymsów i głowic, jak też naprawę krat wejściowych. Nawet dokument tak szczegółowy jak przedmiar robót nie w żadnym punkcie nie wskazuje na wykonywanie wzmocnienia konstrukcji sklepienia ceglanego w kaplicy XV. Na podstawie omówionych dokumentów nie jest zatem możliwym stwierdzenie, że wzmocnienie konstrukcji sklepienia ceglanego w kaplicy nr XV było przedmiotem robót dodatkowych, które wykonywane były przez podmiot inny niż Przystępujący, a co za tym idzie – że konsorcjum Renovatorium nie wykonało w ramach roboty nr 2 ww. prac. W odniesieniu do roboty 1 z wykazu robót, Odwołujący podnosi, ponad ww. twierdzenia w zakresie treści referencji, że nie istnieje konstrukcja „sklepień ryzalitowych”, oraz powołuje się na zdjęcie Szkoły Podstawowej nr 16 w Krakowie. Należy zauważyć, że Przystępujący nie posługiwał się terminem „sklepienie ryzalitowe”. Termin „ryzalit” pojawia się jedynie w wyjaśnieniach Przystępującego z dnia 19.01.2018 r., gdzie wskazuje, że przedkłada referencje należytego wykonania prac konserwatorskich i konstrukcyjnych przy ceglanych elewacjach i sklepieniu ryzalitu gmachu Szkoły Podstawowej. Przystępujący nie twierdzi, że wykonywał „sklepienia ryzalitowe”, a jedynie sklepienie ryzalitu, wobec czego twierdzenia odwołania w tym zakresie są całkowicie bezprzedmiotowe. Ponadto należy uznać, że samo zdjęcie gmachu szkoły, wykonane z jednej perspektywy, bez jego omówienia, również nie pozwala na stwierdzenie o wykonywaniu bądź jego braku prac przy sklepieniu gmachu lub jego części.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że brak jest podstaw dla przyjęcia, że konsorcjum Renovatorium w ramach któregośkolwiek z zamówień wskazanych w wykazie robót nie wykonało prac polegających na wzmocnieniu konstrukcji sklepienia ceglanego.

Odwołujący wskazywał również, że powołane przez Przystępującego prace nie spełniały wymogów udziału w postępowaniu, bowiem ich wartość wynosiła poniżej 700 000,00 zł. Odwołujący jednakże poprzestaje na sformułowaniu samego zarzutu, nie przytacza żadnych okoliczności na których opiera to twierdzenie. Zarówno z dokumentacji postępowania (referencje w zakresie robót w Szkole Podstawowej nr 16 w Krakowie) jak i dokumentów złożonych przez Przystępującego w toku rozprawy wynika, że przedmiotowe prace miały wartość znacznie przewyższającą kwotę 700 000,00 zł. Wskazana na rozprawie rozbieżność pomiędzy wartością robót nr 2 wskazaną w piśmie stanowiącym przystąpienie do udziału w postępowaniu oraz wykazie robót nie pozwala na przyjęcie, że wartość robót była niższa niż wymagana w SIWZ, albowiem każda ze wskazywanych kwot przenosi ww. wartość o ponad milion złotych.



Za bezpodstawny należało uznać argument Odwołującego, że kaplice, w których wzmocnień konstrukcji sklepień ceglanych miał dokonać Przystępujący, nie stanowiły budynków. Jak zasadnie wskazał Przystępujący – warunkiem udziału w postępowaniu nie był remont budynków a obiektów zabytkowych. Odwołujący nie podważał, że rzeczony kaplice nie są obiektami zabytkowymi. Ponadto należy zważyć, że przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu również nie jest remont budynku, a właśnie innego obiektu zabytkowego – wiaduktu, wobec czego nie sposób wymagać, by wbrew literalnemu brzmieniu warunku udziału w postępowaniu wykonawcy byli zobowiązani do wykazania się wykonaniem remontu budynku. Odwołujący w żaden inny sposób nie dążył do wykazania, że ww. kaplice nie posiadały sklepień, wobec czego nie sposób uznać, by okoliczność ta została udowodniona.

Dalej, Odwołujący wywodzi zarzut braku zrealizowania w ramach roboty nr 2 konstrukcyjnego wzmocnienia sklepień ceglanych również z okoliczności, że robota ta była realizowana przez członka konsorcjum Renovatorium – spółkę Ars Longa Konserwacja Dziej Sztuki i Obiektów Zabytkowych D. M. i M. M. Sp. j. wraz z podmiotem trzecim, nie biorącym udziału w niniejszym postępowaniu, wobec czego spółka Ars Longa nie może skutecznie powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach ww. robót, bez odpowiedniego wykazania zakresu wykonanych prac. Należy zgodzić się z Odwołującym, iż zgodnie z wyrokiem TSUE w sprawie C-387/14 wykonawca może powoływać się na doświadczenie zdobyte w konsorcjum jedynie w zakresie w jakim realnie je nabył, tj. jeśli brał udział w realizacji przedmiotu zamówienia. Jednakże w niniejszej sprawie brak jest okoliczności faktycznych pozwalających na stwierdzenie, że Przystępujący nie brał rzeczywistego udziału w realizacji rzeczony zamówienia i nie uczestniczył w wykonaniu wzmocnienia konstrukcji sklepień ceglanych w ramach roboty nr 2. Odwołujący nie przedstawia żadnych dowodów na poparcie swojego twierdzenia, wskazuje natomiast, że to obowiązkiem wykonawcy, powołującego się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum, jest przedstawić odpowiedni wykaz zakresu prac zrealizowanych przez tego wykonawcę w ramach zamówienia realizowanego wspólnie z podmiotami trzecimi. W ocenie Izby stanowisko Odwołującego nie ma żadnego oparcia w przepisach obowiązującego prawa, jak również nie sposób wywodzić je z treści orzeczenia TSUE C-387/14. Należy przyjąć, że wykonawca składając oświadczenie o posiadaniu wymaganego doświadczenia i wskazując na robotę, w ramach której doświadczenie to zdobył, jednocześnie oświadcza, że realnie brał udział w części zamówienia wymaganej dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Okoliczność przeciwna powinna być dowiedziona przez stronę wywodzącą z niej skutki prawne tj. w tym przypadku – Odwołującego, który tego nie uczynił. Dodać należy, że brak jest podstaw dla przyjęcia, że to Zamawiający powinien w każdym przypadku weryfikować faktyczny udział w realizacji zadania referencyjnego wykonawcy powołującego się na doświadczenie zdobyte

w ramach konsorcjum. Obowiązek taki nie wynika z przepisów prawa, co więcej – jeżeli Zamawiający nie poweźmie w tym zakresie wątpliwości, nie ma również podstaw dla wezwania wykonawcy do wyjaśnień w tym zakresie. W niniejszej sprawie Zamawiający wątpliwości takich nie powziął, Odwołujący nie podnosił również, ażeby zachodziły podstawy dla powzięcia takich wątpliwości i wezwania wykonawcy do wyjaśnień. Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający słusznie uznał doświadczenie konsorcjum Ars Longa w rzeczonym zakresie.

Odnosząc się do braku udowodnienia przez Odwołującego okoliczności, z których wywodził naruszenia przepisów ustawy Pzp należy dodać, iż nie stanowiły one okoliczności negatywnych, co wskazywałoby na brak możliwości ich wykazania lub duże trudności w tym zakresie. Brak zrealizowania określonych robót przez wykonawcę może zostać dowiedziony – bądź chociażby uprawdopodobniony – przez np. oświadczenia podmiotów, na których rzecz były realizowane, przedmiary robót, dokumentację powykonawczą lub inne. Odwołujący poprzestał na złożeniu powyżej omówionych dowodów, na podstawie których nie można było stwierdzić, że przedmiotowe roboty nie zostały przez Przystępującego wykonane. Z żadnego z dowodów na które powołuje się Odwołujący, nie wynika, że zakres Przystępujący nie nabył niezbędnego dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu doświadczenia.

Reasumując, Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił, że konsorcjum Renovatorium nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, wobec czego brak jest podstaw do uznania, że ww. wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Wobec stwierdzenia braku wykazania, że informacje przedstawione w wykazie robót przedłożonym przez Przystępującego wprowadzają Zamawiającego w błąd, nie jest możliwym uznanie również, że podlegał on wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Mając powyższe na uwadze, w ocenie Izby zarzut naruszenia art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia w okolicznościach niniejszej sprawy.

Wobec nieuwzględnienia powyższego zarzutu, należało stwierdzić bezzasadność związanego z nim zarzutu naruszenia art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec ustalenia, że konsorcjum Renovatorium nie podlegało wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu, brak jest podstaw dla stwierdzenia, że wybór jej jako oferty najkorzystniejszej dokonany został w sposób niezgodny z przepisami prawa i treścią SIWZ, jak również, że wybrana powinna zostać oferta Odwołującego, która sklasyfikowana została na drugim miejscu.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 4 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 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....