

Sygn. akt: KIO 2517/20

WYROK
z dnia 18 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą JG-BUD J. G. oraz P.W.N. Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Akademię Muzyczną im. Ignacego Jana Paderewskiego w Poznaniu**,

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe „Budopol – Poznań” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2517/20 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą JG-BUD J. G. oraz P.W.N. Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i ocen ofert, w tym wezwanie ww. Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 5.3.3. lit. a) SIWZ.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Akademię Muzyczną im. Ignacego Jana Paderewskiego w Poznaniu** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą JG-BUD J. G. oraz P.W.N. Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od Zamawiającego – **Akademii Muzycznej im. Ignacego Jana Paderewskiego w Poznaniu** na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą JG-BUD J. G. oraz P.W.N. Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Akademia Muzyczna im. I.J. Paderewskiego w Poznaniu [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *przebudowę i remont zabytkowego budynku Akademii Muzycznej im. I. J. Paderewskiego w Poznaniu* (znak postępowania: 6/AM/2020).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 sierpnia 2020 r. pod numerem 577071-N-2020.

W dniu 5 października 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą JG-BUD J. G. oraz P.W.N. Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców biorących udział w Postępowaniu;
2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, opcjonalnie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
3. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez bezzasadne wykluczenie Odwołującego jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, oraz w konsekwencji odrzucenie jego oferty jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania, z pominięciem procedury, o której mowa w art. 26 ust. 3 lub w art. 26 ust. 3 w związku z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp;
4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Budopol - Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu jako oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji Postępowania.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej;
3. unieważnienie decyzji o wykluczeniu Odwołującego a w konsekwencji o odrzuceniu jego oferty;

4. nakazanie Zamawiającemu ponowną ocenę ofert i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
5. alternatywnie, w przypadku nieuwzględnienia wniosku opisanego w pkt 4 powyżej - nakazanie Zamawiającemu ponowną ocenę ofert, w tym wezwanie Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 lub opcjonalnie na podstawie art. 26 ust. 3 w związku z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
6. 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.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przywołał pkt 5.3.3. lit. a SIWZ, pkt 5.3.6 – 5.3.10 SIWZ. Odwołujący przywołał treść zobowiązania Firmy Architektoniczno – Budowlanej Restauracji Zabytków „ARCHITEKTON” L. P., L. L. Sp. j. [dalej „Architekton”]. Odwołujący wskazał także na pkt 7 oferty. Wskazał, iż Zamawiający dokonał oceny oferty Odwołującego, w tym wszystkich powyżej opisanych dokumentów i w dniu 17 września 2020 r. wezwał Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania, zgodnie z pkt 8.6 SIWZ, co jest jednoznaczne z tym, że oferta Odwołującego została najwyższej oceniona. Nie budził więc wątpliwości Zamawiającego sposób udziału Architekton w realizacji zamówienia. W odpowiedzi na w/w wezwanie Odwołujący złożył wymagane dokumenty, a wśród nich m.in. wykaz wykonanych robót budowlanych - robotę zrealizowaną przez Architekton wraz z dokumentem potwierdzającym jej należyłą realizację.

Odwołujący wskazał, iż w dniu 30 września 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej - Budopol - Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, jako oferty, która otrzymała największą ilość punktów, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w pkt 15 SIWZ, oraz o wykonawcach wykluczonych, w tym o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji o odrzuceniu jego oferty. W piśmie tym Zamawiający stwierdził, że Odwołujący w zakresie spełnienia warunku referencyjnego, o którym mowa w pkt 5.3.3 lit. a) SIWZ powołał się na zasoby Architekton, która w/w warunek spełniła, co w szczególności potwierdziło prawidłowo złożone na wezwanie Zamawiającego poświadczenie należytego wykonania robót budowlanych, wystawione przez Gminę Rakoniewice w dniu 5 grudnia 2018 roku. Nie jest więc kwestią sporną spełnienie przez Architekton w/w warunku podmiotowego. Zamawiający w treści pisma uznał również za prawidłowe oświadczenie Architekton o udostępnieniu zasobów

Odwołującemu, kwestionując jednak tym razem zakres prac, jakie miałyby zostać zrealizowane przez podmiot użyzający zasoby, mający zapewnić realny udział tego podmiotu przy realizacji zamówienia. Zamawiający w ocenie tej ograniczył się jednak wyłącznie do prac wynikających z treści załącznika nr 4 do SIWZ - pozycji 2.2.2.26 - 2.2.2.31 - Wykazu pozycji Zbiorczego Zestawienia Kosztów (prace związane ze stolarką drzewianą), całkowicie ignorując zakres podwykonawstwa w zakresie prac konserwatorskich oraz czynnego udziału Architekton jako doradcy technicznego podczas realizacji całości zamówienia. Odwołujący przywołał wyrok KIO sygn. akt: KIO 2658/19 i wskazał, że Architekton w treści zobowiązania wyraźnie wskazał, że będzie przez cały okres inwestycji czynnie uczestniczył w doradztwie technicznym w trakcie prowadzenia budowy, będąc jednocześnie podwykonawcą i wykonując także inne prace w ramach przedmiotu zamówienia (prace konserwatorskie oraz prace związane ze stolarką drzewianą), co przekłada się na realny transfer doświadczenia i udział tego podmiotu w realizacji przedsięwzięcia.

Dodatkowo Zamawiający odniósł wartość deklarowanych przez Architekton prac do wartości całości zamówienia. Odwołujący zauważył, że procentowy zakres inwestycji, która zostanie powierzona podmiotowi trzeciemu udostępniającemu zasoby, powinna zostać odniesiona procentowo do zakresu, a nie wartości takich prac, ponieważ wartość prac, ze względu np. na sposób rozliczenia pomiędzy stronami, może być niemiarodajna. Ponadto zakres tych prac powinien odnosić się faktycznie do zakresu prac, które zostały określone w opisie warunku udziału w postępowaniu, a których realizację wykonawca wykazuje za pomocą doświadczenia podmiotu trzeciego, a nie do całościowego zakresu prac stanowiących przedmiot zamówienia (w tym przypadku Zamawiający odniósł fragmentaryczną wartość umowną ze zobowiązania, dotyczącą wyłącznie stolarki drzewianej, do wartości całej oferty Odwołującego). Na potwierdzenie ww. stanowiska Odwołujący przywołał wyrok KIO 550/20, 597/20.

Biorąc jednak pod uwagę stanowisko Zamawiającego, że faktyczny zadeklarowany udział Architekton, włącznie z czynnym udziałem w charakterze doradcy, nie gwarantowałby realnej możliwości korzystania przez Odwołującego z tych zasobów, przed wykluczeniem Odwołującego z postępowania jako podmiotu, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający był zobowiązany do skorzystania z dyspozycji art. 26 ust. 3, lub opcjonalnie art. 26 ust. 3 w związku z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, wzywając Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeśli dokumenty przedłożone wraz z ofertą zawierały błędy lub budziły wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący przywołał orzecznictwo Izby na potwierdzenie ww. stanowiska.

Odwołujący wskazał, że czynność wezwania Wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie może być pominięta przed wykluczeniem wykonawcy z postępowania

o udzielenie zamówienia, ze skutkiem odrzucenia jego oferty. Czynność ta jest traktowana w ustawie jako obligatoryjna, a nie uzależniona od woli Zamawiającego - tak wyrok KIO 726/20.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej. W toku rozprawy przed Izłą wnosił o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 6 października 2020 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe „Budopol – Poznań” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 9 października 2020 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Odwołującego wraz z uzupełnieniami, wezwania skierowane do Odwołującego pismem z dnia 10 i 17 września 2020 r. oraz zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania z dnia 30 września 2020 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 3 listopada 2020 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 5.3.3 lit. a SIWZ, wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 5.2.1. lit. c) SIWZ, jeżeli wykaże, że wykonał należycie, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną w istniejącym budynku użyteczności publicznej, wpisanym do rejestru zabytków, polegającą na jego przebudowie – w rozumieniu art. 3 ust. 7a Pb i obejmującą: roboty ogólnobudowlane, roboty instalacji elektrycznych, roboty instalacji sanitarnych, o wartości minimum 5.000.000,00 PLN brutto. Przez budynek użyteczności publicznej należy rozumieć budynek w rozumieniu przepisu § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (tj. Dz. U. z 2015 r. Poz. 1422). Jeżeli wartość ww. roboty budowlanej zostanie podana w walucie obcej, wartość ta zostanie przeliczona na PLN wg średniego kursu PLN w stosunku do walut obcych ogłaszanego przez Narodowy Bank Polski (Tabela A kursów średnich walut obcych) w dniu zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, albo w dniu następnym, jeżeli w tym dniu NBP nie ogłasza średnich kursów walut obcych. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ww. warunek musi spełniać samodzielnie co najmniej jeden z wykonawców.

Stosownie do pkt 5.3.6 SIWZ, zgodnie z art. 22a ust. 1 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.

W myśl pkt 5.3.7 SIWZ, 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.

Zgodnie z pkt 5.3.8 SIWZ, Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 pkt 1 Pzp.

Zgodnie z punktem 5.3.9. jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu, o którym mowa w art. 22a ust. 1 Pzp, 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: a) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub b) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w art. 22a ust. 1 Pzp.

W myśl punktu 5.3.10. SIWZ, w celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności: 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu; 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego; 3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego; 4) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Zamawiający wymaga, aby usługi lub roboty budowlane przewidziane do realizacji przez ww. podmiot wskazane zostały jako poszczególne pozycje zbiorczego zestawienia kosztów. Jeżeli dana pozycja zbiorczego zestawienia kosztów jest tylko w części przewidziana do realizacji przez ww. podmiot, to należy taką sytuację wyczerpująco i jednoznacznie opisać. Brak ww. opisu w odniesieniu do danej pozycji zbiorczego zestawienia kosztów, zamawiający potraktuje jako zobowiązanie ww. podmiotu do realizacji tego zakresu w całości (100%) przez niego.

Zgodnie z punktem 12.18 SIWZ, oferta winna zawierać m.in. Zbiorcze Zestawienie Kosztów sporządzone w układzie zgodnym z załącznikiem nr 5 do SIWZ.

Odwołujący w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 5.3.3 lit. a SIWZ powołał się na zasoby podmiotu trzeciego – Firma Architektoniczno – Budowlana Restauracji Zabytków „ARCHITEKTON” L. P., L. L. Sp. j. Do oferty Odwołujący załączył zobowiązanie ww. podmiotu, z którego wynika:

1. zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu: zdolność techniczna w zakresie spełnienia wymagania określonego w SIWZ dotyczącego przeprowadzonych realizacji,
2. sposób wykorzystania w/w zasobów: korzystanie z doświadczenia firmy,
3. zakres i okres udziału Architekton: udział przez cały okres prowadzenia budowy; zakres: czynne uczestnictwo przy doradztwie technicznym w trakcie prowadzenia budowy,

4. zapewnienie wykonania zamówienia/części zamówienia, w tym wskazanie charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem: wykonanie części prac jako podwykonawca, w szczególności prace konserwatorskie.

Ponadto Architekton zobowiązał się do wykonania części prac, zgodnie z tabelą: 2.2.2.26 - 2.2.2.31 - pozycji dotyczących przeprowadzenia renowacji stolarki drzwiowej, za uzgodnioną kwotą 45.000,00 zł netto.

W dniu 10 września 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w pkt. 6.1 oraz 6.2 SIWZ.

Pismem z dnia 16 września 2020 r. Odwołujący złożył m.in. wykaz robót budowlanych (załącznik nr 6 do SIWZ) wraz z poświadczeniem należytego wykonania robót budowlanych z dnia 5 grudnia 2018 r. Wykonawca wykazał się realizacją zadania pn. „Termodernizacja wraz z przebudową budynku administracyjnego – pałac w Rakoniewicach” o wartości roboty budowlanej 7 346 187,20 zł brutto zrealizowanej przez Architekton. Z treści złożonego poświadczenia wynikało m.in., że ww. obiekt jest wpisany do rejestru zabytków, a zakres prac obejmował roboty budowlane, roboty sanitarne oraz roboty elektryczne.

Pismem z dnia 17 września 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w pkt. 6.1 oraz 6.2 SIWZ wskazując w szczególności, że poświadczenie należytego wykonania robót budowlanych powinno być potwierdzone za zgodność z oryginałem przez podmiot, którego to poświadczenie dotyczy (Architekton).

Pismem z dnia 24 września 2020 r. Odwołujący uzupełnił ww. poświadczenie poświadczone za zgodność z oryginałem przez współnika Architekton.

W dniu 30 września 2020 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu, uznając jednocześnie ofertę wykonawcy wykluczonego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że Odwołujący w zakresie warunku, o którym mowa w punkcie pkt 5.3.3 lit. a SIWZ powołał się na zasoby podmiotu trzeciego – Architekton, która ww. warunek spełniała, co w szczególności potwierdzało prawidłowo złożone na wezwanie Zamawiającego poświadczenie należytego wykonania robót budowlanych, wystawione przez Gminę Rakoniewice z dnia 5 grudnia 2018 r. Wykonawca dostarczył w ofercie prawidłowe (w oryginale) zobowiązanie Architekton, w którym podmiot ten zadeklarował udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca w zakresie pozycji 2.2.2.26 – 2.2.2.31 ZZK. W złożonym zobowiązaniu Architekton oświadczył, że ww. pozycje ZZK wykona za kwotę uzgodnioną z wykonawcą w wysokości 45 000 zł netto. Zamawiający podniósł, że wykonawca w ofercie wskazał firmę Architekton jako podmiot, na

którego zasobach polega w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.3.3 lit. a SIWZ, a także wskazał ww. pozycje ZZK, które ten podmiot wykona jako podwykonawca. Pozycje te w swojej ofercie wykonawca wycenił na kwotę 47 600 zł netto, co stanowi 0,54% wartości oferty netto, która wynosi 8 770 000 zł.

Zamawiający wskazał, że udział firmy Architekton w realizacji zamówienia jest niewystarczający, aby mogło ono zostać wykonane w sposób należyty, a zobowiązanie złożone w ofercie miało na celu jedynie wykazanie spełnienia warunku, bez dalszego realnego udziału w wykonaniu robót budowlanych. Zamawiający przywołał treść art. 22a ust. 4 ustawy Pzp i wskazał, że wykonawca w ofercie przedstawił tylko jedną robotę budowlaną na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt. 5.3.3. lit. a SIWZ, którą wykonała firma Architekton. Oznacza to, że w zakresie tego warunku wykonawca w 100% polega na zdolnościach technicznych i zawodowych firmy Architekton. Wobec powyższego podwykonawstwo w zakresie 0,54% wartości zamówienia nie odpowiada zdolnościom technicznym i zawodowym niezbędnym do realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał, iż w rozpatrywanym stanie faktycznym nie jest dopuszczalne żądanie zastąpienia podmiotu udostępniającego swoje zdolności innym podmiotom w trybie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, ponieważ nie zostały spełnione przesłanki określone tym przepisem. Zamawiający powołał się na wyrok KIO z dnia 23 października 2018 r. sygn. akt: KIO 2083/18.

W dniu 30 września 2020 r. Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe „Budpol – Poznań” Sp. z o.o.

Izba zważyła, co następuje:

Odwwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez bezzasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz uznania jego oferty za odrzuconą potwierdziły się.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp).

Wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia 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 (art. 22a ust. 1 ustawy Pzp). Zgodnie zaś z ust. 2 ww. przepisu, 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. Dalej, zgodnie z ust. 3 ww. przepisu, zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5. Nadto, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 22a ust. 4 ustawy Pzp). Z kolei w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, ustawodawca przewidział sytuację, że 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.

Izba wskazuje, że w świetle art. 22a ust. 4 ustawy Pzp podmiot trzeci zobowiązany jest do zrealizowania robót budowlanych, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu w sytuacjach określonych niniejszym przepisem zobowiązany jest zatem do zaangażowania podmiotu trzeciego w sposób rzeczywisty i bezpośredni w realizację tego przedmiotu zamówienia. Tylko i wyłącznie wtedy wiedza i doświadczenie, które posiada podmiot trzeci, znajdzie jakiegokolwiek przełożenie na realizację zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 4 września 2017 r., sygn. akt KIO 1755/17). Celem ww. przepisu jest, aby udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie został wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia.

Jak wskazał Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 14 lipca 2016 r. (sygn. akt X Ga 331/16) wykorzystanie zasobów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (obecnie art. 22a ustawy Pzp), musi być jednoznaczne i nie może być domysłem lub domniemaniem. Wykonawca ma obowiązek udowodnienia, a nie tylko uprawdopodobnienia, że dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wykonawca winien dowodzić wszelkich

okoliczności świadczących nie tylko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, ale także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 25 października 2016 r., sygn. akt KIO 1911/16). Dyspozycja art. 22a ust. 4 ustawy Pzp wymaga zatem, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób innego podmiotu zostanie realnie udostępniony (por. wyrok KIO z 10 maja 2016 r., sygn. akt KIO 661/16).

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, iż obowiązkiem Odwołującego, który powoływał się na potencjał podmiotu trzeciego, tj. Architekton w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 5.3.3 lit. a SIWZ było wykazanie, iż ww. podmiot trzeci zrealizuje zamówienie w takim zakresie, w jakim powołano się na jego doświadczenie, tj. w zakresie wykonania roboty budowlanej w istniejącym budynku użyteczności publicznej, wpisanym do rejestru zabytków, polegającej na jego przebudowie – w rozumieniu art. 3 ust. 7a Pb i obejmującej: roboty ogólnobudowlane, roboty instalacji elektrycznych, roboty instalacji sanitarnych, o wartości minimum 5.000.000,00 PLN brutto. Tylko bowiem wówczas można byłoby uznać, iż udostępnienie zasobów jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a nie miało jedynie wymiar czysto formalny. Ma to o tyle szczególne znaczenie, iż Odwołujący nie wykazywał się w toku postępowania własnym doświadczeniem, a jedynie doświadczeniem podmiotu trzeciego. Tym samym tylko realny i adekwatny udział Architekton w zakresie wszystkich prac wymaganych przez Zamawiającego, tj. robót ogólnobudowlanych, robót instalacji elektrycznych oraz robót instalacji sanitarnych wykonanych w istniejącym budynku użyteczności publicznej wpisanym do rejestru zabytków o wartości min. 5 000 000 zł w realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego mógłby zapewniać Zamawiającemu rękojmię jego należytego wykonania.

W ocenie Izby analiza oświadczeń i dokumentów złożonych przez Odwołującego potwierdza, że podmiot Architekton ma stosowne doświadczenie potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 5.3.3 lit. a SIWZ, nabyte przy

realizacji zadania inwestycyjnego pn. „Termodernizacja wraz z przebudową budynku administracyjnego – pałac w Rakoniewicach”. Powyższe nie było zresztą sporne między Stronami postępowania odwoławczego. Jednakże podkreślić należy, iż zakres udostępnionych przez Architekton na rzecz Odwołującego zasobów był zbyt wąski w stosunku do ww. warunku udziału w postępowaniu, przez co nie można uznać, iż wykonawca warunek udziału w postępowaniu spełnił. Raz jeszcze wskazać należy, że aby uznać warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 5.3.3 lit. a SIWZ za spełniony wykonawca winien wykazać się m.in. wykonaniem roboty budowlanej polegającej na przebudowie – w rozumieniu art. 3 ust. 7a Pb i obejmującej: roboty ogólnobudowlane, roboty instalacji elektrycznych, roboty instalacji sanitarnych, o wartości minimum 5.000.000,00 PLN brutto. Z kolei z treści zobowiązania Architekton wynika, że podmiot ten będzie uczestniczył w doradztwie technicznym w trakcie prowadzenia budowy, wykona jako podwykonawca prace konserwatorskie, w tym dotyczące stolarki drzwiowej. Z powyższego w sposób jednoznaczny wynika, że Odwołujący nie wykazał się posiadaniem doświadczenia w zakresie prac ogólnobudowlanych, instalacji elektrycznych oraz sanitarnych za kwotę min. 5 000 000 zł zrealizowanych w budynku użyteczności publicznej wpisanym do rejestru zabytków. Innymi słowy, Zamawiający nie ograniczył warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 5.3.3 lit. a SIWZ wyłącznie do prac konserwatorskich, w tym stolarki drzwiowej za kwotę ok. 45 000 zł netto. Z kolei wskazywane przez Odwołującego doradztwo techniczne w trakcie prowadzenia budowy ma charakter tak ogólny, że w ocenie Izby nie potwierdza realności udostępnionych zasobów w zakresie wymaganym warunkiem, w szczególności nie wskazuje, że Architekton stosownie do treści art. 22a ust. 4 ustawy Pzp zrealizuje roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane. Podkreślić należy, iż przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego jest wykonanie robót budowlanych, a nie usługi nadzoru nad robotami budowlanymi. Stąd też Zamawiający w ramach warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 5.3.3 lit. a SIWZ wymagał doświadczenia wykonawcy w wykonaniu (realizacji) konkretnych robót budowlanych, a nie w świadczeniu usług doradztwa technicznego.

Podsumowując stwierdzić należy, że zakres udziału podmiotu trzeciego – Architekton wynikający ze złożonego zobowiązania był zbyt wąski w zestawieniu z treścią warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 5.3.3 lit. a SIWZ, przez co nie sposób uznać, by Odwołujący warunek spełnił.

Dalej Izba wskazuje, iż nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że w okolicznościach tej sprawy, brak było podstaw do wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełniania oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w punkcie 5.3.3 lit. a SIWZ jako, że

niedopuszczalna jest zmiana podmiotu trzeciego w toku postępowania o udzielenie zamówienia oraz z uwagi na wystosowane już do Odwołującego wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pismem z dnia 17 września 2020 r.

Odnosząc się do powyższego stanowiska Zamawiającego wskazać należy, iż przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp określa działania zamawiającego w stosunku do wykonawcy, w sytuacji gdy zgłoszony podmiot trzeci na zasoby którego się powoływał, nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jak wynika z powyższego przepisu w ww. okolicznościach zamawiający żąda od wykonawcy samodzielnego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu lub zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub podmiotami. Inaczej rzecz ujmując, ww. przepis daje wprost możliwość zmiany podmiotu trzeciego zgłoszonego na etapie składania oferty, w trakcie prowadzonej przez zamawiającego procedury weryfikującej posiadanie przez wykonawcę odpowiednich zdolności.

Kolejno wskazać należy, iż wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia stosownych dokumentów i oświadczeń celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy nie stało na przeszkodzie wystosowane już do Wykonawcy wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia poświadczenia należytego wykonania robót budowlanych potwierdzonego za zgodność z oryginałem przez podmiot, którego to poświadczenie dotyczyło (Architekton). Stwierdzić należy, iż czynność Zamawiającego polegająca na weryfikacji złożonych przez Odwołującego dokumentów celem wykazania ww. warunku udziału w postępowaniu była wadliwa. Zamawiający nie przeprowadził badania dokumentów podmiotowych Odwołującego kompleksowo, tj. poprzestał na zbadaniu formy dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, pomijając merytoryczną treść złożonych oświadczeń i dokumentów. Jakkolwiek podzielić należy ugruntowane od wielu lat w orzecznictwie stanowisko, zgodnie z którym niedopuszczalne jest wielokrotne wzywanie przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w tym samym zakresie, to nie sposób uznać, aby w przedmiotowej sprawie wezwanie Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp miało pozostać w sprzeczności z tą zasadą. W doktrynie oraz orzecznictwie Izby dopuszcza się powtórzenie czynności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ale dotyczy to wyłącznie sytuacji, gdy pierwsze wezwanie było nieprawidłowe lub niekompletne (tak KIO w wyroku z dnia 27 marca 2018 r. sygn. akt KIO 493/18). W świetle powyższego zauważyć trzeba, że gdyby Zamawiający przeprowadził ww. czynność kompleksowo, to kwestia poprawienia formy poświadczenia należytego wykonania robót budowlanych wystawionego na rzecz Architekton miałaby wtórne

znaczenie wobec faktu, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 5.3.3 lit. a SIWZ z przyczyn omówionych powyżej.

Z uwagi na powyższe okoliczności czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą należało uznać za nieprawidłową. Zamawiający winien wezwać Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 5.3.3 lit. a SIWZ.

Dodatkowo Izba wskazuje, że Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma jednokrotną możliwość przedłożenia Zamawiającemu wymaganych dokumentów niezawierających błędów dotyczących zgłoszonego już podmiotu trzeciego, co w okolicznościach niniejszej sprawy może mieć miejsce, w sytuacji przedłożenia przez Odwołującego prawidłowego zobowiązania podmiotu Architekton, bądź też złożenia wszystkich dokumentów wymaganych w SIWZ dotyczących nowego podmiotu trzeciego (łącznie ze zobowiązaniem do udostępnienia zasobu) albo samodzielnego potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W końcu dodać trzeba, że art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie wprowadza odrębnej od art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zasady uzupełnienia dokumentów dla podmiotów trzecich.

W konsekwencji potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe „Budopol – Poznań” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu jako najkorzystniejszej, a także skorelowany z ww. zarzutami - zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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. z 2018 r. poz. 972 t.j.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 13 600 zł.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: