

Sygn. akt: KIO 1222/20

WYROK

z dnia 16 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2020r. przez Wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego "Kartel" S.A (ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie (ul. Nowoursynowska 166, 02-787 Warszawa)**

przy udziale Wykonawców **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane "Uni-San" A.M., Wemar Sp. z o.o., API Smart Sp. z o.o. (ul. Modlińska 199A/18, 03-122 Warszawa)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawców **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane "Uni-San" A.M., Wemar Sp. z o.o., API Smart Sp. z o.o.** oraz nakazuje dokonanie czynności powtórnego badania i oceny oferty tego Wykonawcy
2. oddala pozostałe zarzuty
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie (ul. Nowoursynowska 166, 02-787 Warszawa)** i
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego "Kartel" S.A (ul. Przemysłowa 8, 28-**

300 Jędrzejów) tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od Zamawiającego **Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie (ul. Nowoursynowska 166, 02-787 Warszawa)** na rzecz Odwołującego **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego "Kartel" S.A (ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów)** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące 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 (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 Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa budynku Zaplecza Służb Technicznych SGGW w Warszawie, ul. Nowoursynowska 159 Warszawa.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 marca 2020 r. pod nr 523984-N-2020.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12), 16) i 17) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Firm, w którym liderem jest Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „UNI-SAN” A.M. z siedzibą w Warszawie, zaś członkami są: Wemar Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz API Smart Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Konsorcjum Firm”), pomimo że: Konsorcjum Firm winno zostać wykluczone z postępowania, oferta ta winna zostać odrzucona jako nie spełniająca wymogów SIWZ; art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Firm w sposób naruszający zasadę równego traktowania stron oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji; 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Firm z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo, że treść oferty tego Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, a co więcej naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru oferty jako najkorzystniejszej, nakazanie powtórnej czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenia Wykonawcy z przetargu i odrzucenie jego oferty, nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

Zdaniem Odwołującego oferta Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie spełniała wymogów SIWZ na etapie jej złożenia, a co za tym idzie powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 3 do SIWZ z dnia 22.04.2020 r.: „w budynku chcemy mieć również możliwość korzystania z biometrycznej kontroli dostępu (linie papilarne), co należy uwzględnić przy wyborze czytników”. Odwołujący wskazał, że pomimo takiej odpowiedzi (która stanowi uzupełnienie treści SIWZ stanowi integralną część dokumentacji przetargowej), Konsorcjum Firm nie uwzględniło takich czytników w swojej

ofercie. Jak wynika z załączonych do oferty kart katalogowych dotyczących czytników systemu kontroli dostępu (czytnik ASSA ABLOY iCLASS SE R90 oraz czytnik ASSA ABLOY iCLASS SE RIO) nie posiadają one takiej funkcji, co powoduje, że oferta konsorcjum nie spełnia wymogów SIWZ.

W trakcie postępowania Konsorcjum Firm złożyło wyjaśnienie pismem z dnia 15.05.2020 r., w którym twierdzi, że „jeżeli Zamawiający będzie zamierzał skorzystać z możliwości takiego rodzaju dostępu, to tego typu czytniki Wykonawca w ramach zaoferowanej ceny zamontuje (w zał. przykładowe karty katalogowe dostępnych urządzeń).” Takie działanie w ocenie Odwołującego stanowi próbę zmiany złożonej oferty i tym samym zmierza w sposób oczywisty do obejścia prawa. Ewentualna zmiana czytników na czytniki, które będą spełniać wymagania SIWZ będzie stanowiła istotne naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (w tym zakazu konkurencji), albowiem doprowadzi nie tylko do zmiany samej treści oferty, ale i będzie miała (wbrew twierdzeniom Konsorcjum Firm) wpływ na ostateczną cenę wskazaną w ofercie, gdyż czytniki posiadające funkcję biometrycznej kontroli dostępu są znacznie droższe niż zwykłe czytniki, które Konsorcjum wykazało w swojej ofercie.

Odwołujący wskazał także, że dokumenty złożone przez firmę Wemar Sp. z o.o. (członka Konsorcjum Firm) dotyczące informacji z Krajowego Rejestru Karnego nie spełniają wymogów SIWZ. Zgodnie z ust. IX pkt. 5 SIWZ wykonawca na wezwanie złoży informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert”, zaś w ust. IX pkt 7 SIWZ, Zamawiający wskazał, że „w przypadku oferty składanej przez Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego, dokumenty potwierdzające, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu składa każdy z Wykonawców oddzielnie.”

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 11.05.2020 r., Konsorcjum Firm nie złożyło dokumentów informacji KRK dla podmiotu zbiorowego — członka Konsorcjum firmy WEMAR Sp. z o.o., w wyniku czego, Zamawiający pismem z dnia 20.05.2020 r. wezwał Konsorcjum do uzupełnienia informacji z KRK na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący sformułował zarzut, że Wykonawca nie przedłożył na wezwanie wymaganego dokumentu, który potwierdzałby, że na dzień złożenia oferty Konsorcjum nie podlega wykluczeniu z postępowania. Informacja z KRK wystawiona została dopiero w dniu 25.05.2020 r., a zatem znacząco po upływie terminu składania ofert. Warunkiem przyjęcia wniosku przez KRK jest złożenie opłaty administracyjnej, która przez firmę Wemar została dokonana dnia 20.05.2020, a więc również po dacie złożenia oferty. W ocenie Odwołującego oznacza to, że w dniu złożenia oferty, Konsorcjum Firm nie spełniało wymogów wskazanych w ust. IX pkt 5 i 7 SIWZ.

Odwołujący wskazał, że zastąpienie się zagrożeniem epidemiologicznym, zwłaszcza w sytuacji, gdy pan W. Ż. (Prezes Lidera Konsorcjum Firm) uzyskał wymagany dokument w dniu 06.04.2020 r. (a zatem w czasie trwania pandemii COVID-19) jest niezrozumiałe i świadczy o próbie ukrycia rażącego niedbalstwa w wyniku którego wprowadzono Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że Konsorcjum Firm nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał także, że na stronie internetowej Sądu Okręgowego Warszawa zamieszczony jest komunikat w sprawie obsługi interesantów, zgodnie z którym jedynie bezpośrednia obsługa interesantów została wstrzymana w związku z COVID-19. Możliwym jednak było złożenie wniosku w innej formie, np. elektronicznej czy też drogą pocztową. Nie było zatem żadnej formalnej przeszkody w uzyskaniu wymaganego dokumentu zgodnie z warunkami SIWZ przez członka Konsorcjum.

Powyższe w ocenie Odwołującego stanowi podstawę do wykluczenia Konsorcjum Firm z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 1) i 2) w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) i 16) ustawy pzp oraz narusza art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Odwołujący wskazał także, że złożone przez Konsorcjum dokumenty wprowadzają w błąd co do ich treści. Wraz z pismem z dnia 21.05.2020 r. Konsorcjum Firm w załączeniu przedłożyło dokument „potwierdzenie złożenia wniosku do KRK”, na którym wpisana jest data wystawienia 28.04.2020 r. Jednakże na tym dokumencie nie ma ani pieczęci potwierdzającej wpływ do Sądu, ani nie zostało złożone potwierdzenie nadania tego dokumentu do Sądu. Natomiast na informacji z KRK złożonej przez Konsorcjum Firm do pisma z dnia 25.05.2020 r., widnieje data wystawienia: 27.04.2020 r. Istnieje zatem uzasadnione podejrzenie, że Konsorcjum Firm celowo, bądź w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Powyższe w ocenie Odwołującego stanowi podstawę do wykluczenia Konsorcjum Firm z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 1) i 2) w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy pzp oraz naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Firm przedstawił w treści wykazu (w ramach potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia) realizację dwóch obiektów budowlanych tj.:

1. budowa budynku technicznego, budynku agregatorowni, wiaty dla pojazdów jednośladowych wraz z infrastrukturą techniczną, drogami, parkingami i ogrodzeniem terenu zlokalizowanych w Białobrzegach oraz
2. przebudowa budynku sztabowo — technicznego Nr 1 w Warszawie.

Odwołujący wskazał, że w obu przypadkach Wykonawcami inwestycji były konsorcja firm, których jednym z uczestników była firma UNI-SAN (Lider Konsorcjum Firm). Jak podkreślił Odwołujący, zgodnie z obecnym orzecznictwem uczestnik konsorcjum, może jedynie dysponować doświadczeniem nabytym w zakresie wykonywanych przez siebie robót, a nie całego zadania inwestycyjnego. W obu zadaniach firma UNI-SAN wykonywała jedynie prace w zakresie robót sanitarnych, a więc nie może legitymować się doświadczeniem z całego zadania, a jedynie w zakresie tych robót. W związku z powyższym w ocenie Odwołującego przedstawione protokoły odbiorów nie stanowią o doświadczeniu firmy UNI-SAN. W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum Firm nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia. Powyższe stanowi podstawę zarówno do wykluczenia Konsorcjum Firm z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 1) i 2) w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy pzp, jaki i do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) i 3) w zw. art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

W dniu 22 kwietnia Zamawiający udzielił odpowiedzi na następujące pytanie:

Pytanie nr 3 Kontrola dostępu: czy zamawiający wymaga aby była zachowana kompatybilność systemu kontroli dostępu z całym kampusem SGGW? Dokładniej czy wymaga się aby Istniejące karty SKD były wykorzystywane na nowych przejściach SKD?

Odpowiedź: Tak. Mając na uwadze rozliczne systemy KD na terenie obydwu kampusów, wskazane jest, aby kontrolery na nowych przejściach obsługiwały karty pozostałych systemów. W budynku chcemy mieć również możliwość korzystania z biometrycznej kontroli dostępu (linie papilarne), co należy uwzględnić przy wyborze czytników.

Jednocześnie, jak wskazał Zamawiający, opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu zawiera dokumentacja projektowa. Wymagania dla czytników znajdują się w części 15 Projektu wykonawczego pn. System Kontroli Dostępu (SKD) i obejmują szczegółowe rozwiązania w zakresie drzwi do pomieszczeń, hardware i software systemu oraz koniecznych urządzeń. Czytniki wyspecyfikowano w ppkt. 15.1.2.2. Projektu wykonawczego, zaś w części 16 Projektu wykonawczego znajdują się wymagania związane z integracją systemów, w tym SKD. W przedmiarze Zamawiający również zamieścił opis: „Montaż elementów systemu kontroli dostępu – czytnik identyczny PIN-kod czytnik zbliżeniowy iCLASs MiFare DESFine EV1” oraz „Czytnik elementów systemu kontroli dostępu - czytnik identyfikujący PIN-kod Czytnik przy bramie Czytnik zbliżeniowy iCLASS MiFare DESFine EV1”.

W pkt. 111.2 SIWZ Zamawiający wskazał, że: wykonawca wykona przedmiot zamówienia na podstawie dokumentacji projektowej, STWOR, SIWZ wraz z załącznikami, pytaniami i odpowiedziami udzielonymi w trakcie trwania procedury o udzielenie zamówienia publicznego oraz przedmiarami robót, a także obowiązującymi przepisami szczegółowymi i sztuką budowlaną oraz zapewni niezbędną obsługę geodezyjną, nadzór osób uprawnionych do kierowania robotami budowlanymi wraz z okresem gwarancji i rękojmi. Zamawiający wymagał załączenia do oferty (pkt. XIV.12.c SIWZ) kosztorysów ofertowych wykonanych metodą uproszczoną na podstawie zał. nr 20 - 24 SIWZ - przedmiarów robót.

Jak dalej wskazał Zamawiający, czytniki są jednym z głównych elementów SKD, zostały szczegółowo opisane w dokumentacji projektowej, zarówno jeśli chodzi o ich parametry techniczne, jak i zasady komunikacji między poszczególnymi urządzeniami SKD. W każdym przypadku zaprojektowane rozwiązania opierają się wyłącznie na kartach użytkowników, nie uwzględniając na obecnym etapie innego rodzaju uprawnień.

Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień treści oferty. Przystępujący wyjaśnił, że jego oferta została przygotowana w oparciu o dokumentację projektową, w szczególności przedmiar robót. Jednocześnie w treści odpowiedzi Przystępujący stwierdził, że „jeżeli Zamawiający będzie zamierzał skorzystać z możliwości takiego rodzaju dostępu, to tego typu czytniki Wykonawca w ramach zaoferowanej ceny zamontuje (w zał. przykładowe karty katalogowe dostępnych urządzeń).”

Przystępujący wskazał także, że wobec niejednoznaczności SIWZ co do tego, czy w rezultacie wyjaśnienia należy samodzielnie zmienić przedmiary, jak również wobec lakoniczności odpowiedzi, ofertę przygotował trzymając się ściśle wytycznych SIWZ. Jednocześnie licząc się z możliwością dokonania przez Zamawiającego wyboru czytnika biometrycznego.

W ocenie Izby, mając na uwadze okoliczność, że Zamawiający szczegółowo opisał parametry oczekiwanych czytników i jednocześnie jedynie ogólnie stwierdził, że chciałby mieć możliwość korzystania z kontroli biometrycznej nie można uznać, aby Zamawiający w sposób jednoznaczny zmienił treść SIWZ. Z treści odpowiedzi na pytanie wynikała jedynie deklaracja Zamawiającego o chęci posiadania możliwości korzystania z biometrycznej kontroli dostępu (linie papilarne), a więc ewentualność. Zamawiający nie dokonał jednocześnie zmiany szczegółowych wymagań SIWZ. Aktualne pozostały wszystkie postanowienia wskazujące na czytniki na karty, w szczególności przedmiar, który stanowił podstawę przygotowania kosztorysów uproszczonych.

Oznacza to, że Wykonawcy mogli mieć wątpliwości, czy Zamawiający udzielając odpowiedzi dokonał w sposób wiążący zmiany treści SIWZ. Powyższe oznacza także, że mogli w tym

zakresie powstać niejasności, które nie mogą negatywnie obciążać Wykonawców. Okoliczność, że Zamawiający nie zmienił parametrów czytników podstawowych, a wskazał jedynie, że przy wyborze czytników należy uwzględnić ewentualność korzystania z kontroli biometrycznej oznacza, że Wykonawcy mogli pozostawać w przeświadczeniu, że Zamawiający oczekuje zainstalowania czytników podstawowych. Tym bardziej, że ich opis wynikał wprost z przedmiaru i dokumentacji projektowej, których Zamawiający nie zmienił. Brak dokonania zmiany podstawowych dokumentów, które miały posłużyć do przygotowania oferty oznaczał, że Zamawiający nie dokonał zmian treści SIWZ. Znaczenie podstawowe dla Wykonawców w przygotowaniu oferty mają dokumenty źródłowe, takie jak dokumentacja projektowa, przedmiary robót. Ogólna uwaga Zamawiającego wskazująca na chęć posiadania określonego rozwiązania bez zmiany podstawowej dokumentacji, w szczególnych okolicznościach niniejszej sprawy nie mogła oznaczać jednoznacznej zmiany treści SIWZ.

Dodatkowo jedynie należy zauważyć, że wszyscy Wykonawcy (z wyjątkiem Odwołującego) pozostawili opisy źródłowe (czytniki zbliżeniowe -iCLASS). Potwierdza to okoliczność, że Wykonawcy uwzględniali przy sporządzeniu oferty wymagania Zamawiającego wynikające z dokumentacji projektowej, nie zaś z ogólnej uwagi Zamawiającego.

W ocenie Izby znaczenie ma także okoliczność, że Przystępujący w treści wyjaśnień jednoznacznie zadeklarował możliwości dostępu do czytników biometrycznych w ramach zaoferowanej ceny, co oznacza, że Przystępujący spełnił wszystkie wymagania SIWZ, przygotowując ofertę w oparciu o dokumentację projektową, jak również, w ramach zaoferowanej ceny uwzględniając możliwość zainstalowania czytników biometrycznych.

W konsekwencji należy uznać, że brak było podstaw do stwierdzenia jednoznacznej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a zatem Zamawiający nie odrzucając oferty Przystępującego nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego, dokumenty złożone przez Wemar sp. z o.o. (członka Konsorcjum Firm) dotyczące informacji z Krajowego Rejestru Karnego nie spełniają wymogów SIWZ, gdyż Wykonawca ten nie przedłożył na wezwanie wymaganego dokumentu, który potwierdzałby, że na dzień złożenia oferty Konsorcjum nie podlega wykluczeniu z postępowania. Informacja z KRK wystawiona została dopiero w dniu 25.05.2020 r., a zatem znacząco po upływie terminu składania ofert. Oznacza to, że w dniu złożenia oferty, Konsorcjum Firm nie spełniało wymogów wskazanych w ust. IX pkt 5 i 7 SIWZ.

Oceniając powyższy zarzut Izba miała na uwadze postanowienia SIWZ. W punkcie IX SIWZ Zamawiający przedstawił wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. W ustępie 2 Zamawiający wskazał, że przed udzieleniem

zamówienia, Zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w rozdziale IX pkt 3-5 SIWZ.

Zatem już w treści SIWZ Zamawiający przesądził, że złożone dokumenty powinny być aktualne na chwilę ich złożenia, a nie na dzień składania ofert. Oznacza to, że dokument złożony przez Wykonawcę w dniu 25 maja 2020 roku nie jest dokumentem, który nie spełnia wymagań SIWZ. Powyższemu nie przeczy podnoszony przez Odwołującego argument wskazujący na punkt IX ust. 5 SIWZ, zgodnie z którym Zamawiający wymagał, aby w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Wykonawca na wezwanie, o którym mowa w ust. 2 złożył informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 21 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Dokument wystawiony w dniu 25 maja 2020 roku jest dokumentem wystawionym nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Izba miała na uwadze także szczególne okoliczności w niniejszym postępowaniu. Jak wskazywał Przystępujący, w analizowanym okresie, tj. do dnia 25 maja 2020 r., nie było możliwe uzyskanie zaświadczenia dla spółki WEMAR sp. z o.o. Na stronie pod adresem <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/krajowy-rejestrkamy> widnieje powiadomienie, iż „Biuro Informacyjne Krajowego Rejestru Karnego informuje, że w związku z awarią systemu e-krk okres wydania zaświadczenia na zapytania i wnioski o udzielenie informacji o podmiocie zbiorowym uległ wydłużeniu. Odpowiedź na tego typu wnioski i zapytania zostanie udzielona niezwłocznie po usunięciu awarii.” System został uruchomiony w dniu 25 maja 2020 r. wraz z otwarciem sali obsługi interesantów przy ul. Czerniakowskiej 100 w Warszawie i w tym dniu, tj. niezwłocznie po ustaniu obostrzeń i awarii systemu, stosowny dokument został uzyskany i następnie doręczony Zamawiającemu. Powyższa okoliczność nie jest wskazywana jako podstawowa i rozstrzygająca w niniejszej sprawie, niemniej jednak przeczy stanowisku Odwołującego, jakoby Przystępujący zasłaniał się zagrożeniem epidemiologicznym, co świadczyć ma o próbie ukrycia rażącego niedbalstwa, w wyniku którego wprowadzono Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że Konsorcjum Firm nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Bez znaczenia w świetle powyższego pozostaje argument Odwołującego, dotyczący opłaty administracyjnej, która przez firmę Wemar sp. z o.o. została dokonana dnia 20.05.2020 r., a więc również po dacie złożenia oferty.

W konsekwencji należy uznać, że nie zachodziła podstawa do wykluczenia Konsorcjum Firm z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 1) i 2) w

zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) i 16) ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ramach kolejnego zarzutu Odwołujący wnosił o wykluczenie Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 1) i 2) w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Odwołującego, złożone przez Konsorcjum Firm dokumenty wprowadzają w błąd co do ich treści. W tym zakresie Odwołujący podniósł okoliczność, że Przystępujący przedłożył dokument „potwierdzenie złożenia wniosku do KRK”, na którym wpisana jest data wystawienia 28.04.2020 r. Jednakże na tym dokumencie nie ma ani pieczęci potwierdzającej wpływ do Sądu, ani nie zostało złożone potwierdzenie nadania tego dokumentu do Sądu. Natomiast na informacji z KRK złożonej przez Konsorcjum Firm do pisma z dnia 25.05.2020 r., widnieje data wystawienia: 27.04.2020 r.

Należy wskazać że Odwołujący poza przytoczeniem okoliczności dotyczących dwóch zbliżonych dat (27 i 28 kwietnia 2020 roku) nie przedstawił żadnych wyjaśnień, w jaki konkretnie sposób Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd. Nie wiadomo zatem, w jaki sposób przedstawione daty miałyby wprowadzić Zamawiającego w błąd i wpłynąć na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Odwołujący nie wskazał, która informacja jest nieprawdziwa. Odwołujący nie wykazał zatem żadnej z przesłanek artykułu 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe oznacza, że zarzut Odwołującego jest bezzasadny.

Zgodnie z punktem VIII SIWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu. W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – to w tym okresie, wykonali zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończyli przynajmniej 2 roboty budowlane o podobnym charakterze, co roboty stanowiące przedmiot zamówienia. Za roboty o podobnym charakterze, co stanowiące przedmiot zamówienia, Zamawiający uznawał: kompleksową (pod klucz) budowę budynku użyteczności publicznej lub budynku o funkcji biurowo – magazynowej o kubaturze min. 10 000 m³, powierzchni użytkowej min. 2500 m² oraz uwzględniającą wykonanie nawierzchni drogowych o powierzchni min. 1000 m² o wartości wykonanej roboty co najmniej 12 000 000,00 złotych brutto każda robota. Za roboty o podobnym charakterze określone ust. 1 Zamawiający uznawał przebudowę istniejącego budynku (rozbudowę, nadbudowę) o powierzchnię, kubaturę i wartości wskazane jak w ust. 1.

Przystępujący przedstawił w treści wykazu (w ramach potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia) realizację dwóch obiektów budowlanych, tj.:

1. budowa budynku technicznego, budynku agregatorowni, wiaty dla pojazdów jednośladowych wraz z infrastrukturą techniczną, drogami, parkingami i ogrodzeniem terenu zlokalizowanych w Białobrzegach oraz
2. przebudowa budynku sztabowo — technicznego Nr 1 w Warszawie.

Jak wskazał Odwołujący, w obu przypadkach Wykonawcami inwestycji były konsorcja firm, których jednym z uczestników była firma UNI-SAN (Lider Konsorcjum Firm). W obu zadaniach firma UNI-SAN wykonywała jedynie prace w zakresie robót sanitarnych, a więc nie może legitymować się doświadczeniem z całego zadania, a jedynie w zakresie tych robót, co oznacza, że przedstawione protokoły odbiorów nie stanowią o doświadczeniu firmy UNI-SAN, a w konsekwencji Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia.

Izba ustaliła, że Przystępujący przedstawił na wezwanie Zamawiającego obok wykazu, w którym przedstawiono wyżej wymienione zadania, protokoły odbioru w ramach każdego zadania.

W trakcie rozprawy Przystępujący przedstawił protokół odbioru wykonanych robót z dnia 30 listopada 2016 roku, w którym wymienione zostały prace instalacji wentylacji za kwotę 4616,92 zł oraz instalacji wod-kan za kwotę 1200 zł. Jest to protokół odbioru prac instalacyjnych na kwotę zaledwie 5816,92 zł. Protokół ten stanowi zatem potwierdzenie, że Wykonawca PIB Uni-San A.M. zrealizował prace instalacyjne. Nie stanowi to potwierdzenia zrealizowania pracy budowlanej polegającej na budowie lub rozbudowie budynku, co stanowiło treść warunku udziału w postępowaniu. Przystępujący zwrócił jednak uwagę na kolejną stronę protokołu. Widnieje na niej zestawienie wartości wykonanych robót. Pośród prac wymienionych znalazły się instalacja klimatyzacji (kwota 2330480,40 zł), sieci zewnętrzne (11426120,39 zł), instalacja wentylacji (689079,55 zł), instalacja wod-kan (503540,58 zł), instalacje sanitarne związane z agregatem (129994,43 zł), wykonanie dróg i chodników (542433,98 zł), roboty ziemne przy zagospodarowaniu terenu (141593,36 zł), roboty dodatkowe i uzupełniające budowlane (79457,74 zł), roboty budowlane agregatornia – wentylatory (8763,58 zł), roboty rozbiórkowe nawierzchni (42278,69 zł), podłoża pod drogi asfaltowe (śmietnik) (51028,40 zł). W ocenie Izby, powyższe zestawienie potwierdza, że Przystępujący zrealizował jedynie prace w zakresie robót sanitarnych. Pojedyncze pozycje takie jak prace wyszczególnione w ww. zestawieniu – jak roboty budowlane agregatornia – wentylatory czy roboty dodatkowe i uzupełniające budowlane (o niewielkiej wartości) stanowią jedynie uzupełnienie robót sanitarnych, są zrealizowane w ramach określonej branży, nie są zaś samoistnymi robotami budowlanymi budowy budynku. Warunek

Zamawiającego dotyczył kompleksowej (pod klucz) budowy budynku użyteczności publicznej lub budynku o funkcji biurowo magazynowej o kubaturze min. 10 000 m³, powierzchni użytkowej min. 2500 m² oraz uwzględniającą wykonanie nawierzchni drogowych o powierzchni min. 1000 m². Wykonanie jedynie prac w zakresie instalacji sanitarnych nie potwierdza zdolności wykonawcy do zrealizowania całego zadania, jakim jest budowa lub rozbudowa budynku o wskazanej kubaturze. Zamawiający powinien dokonywać oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez konsorcjanta w odniesieniu do całego warunku. Skoro zatem przedmiotem warunku była budowa lub rozbudowa budynku, a Przystępujący posiada doświadczenie jedynie w zakresie prac sanitarnych, to trudno uznać, aby nabył doświadczenie w zakresie budowy budynku.

Przedstawione przez Przystępującego umowy konsorcjum oraz oświadczenia konsorcjantów z dnia 25 czerwca 2020 roku o wspólnej realizacji zadania są zbyt ogólne. Oświadczenie członków konsorcjum („Cekom” sp. z o.o., PHU Zabar M.P., PIB Uni-San A.M.) z dnia 25 czerwca 2020 roku o tym, że liderzy i partnerzy wykonali zadanie wspólnie i przy realizacji robót uczestniczyli wszyscy członkowie jest ogólne i nie stanowi dowodu, że konsorcjant PIB Uni-San A.M. nabył doświadczenie przy realizacji całości zamówienia, tym bardziej, że w oświadczeniu tym jednoznacznie stwierdzono, że wartość robót wykonanych przez poszczególnych partnerów konsorcjum została rozliczona proporcjonalnie do zakresu wykonanych w całym zamówieniu. Powyższe stwierdzenie wskazuje, że każdy z konsorcjantów był odpowiedzialny za realizację swojej części zamówienia i w związku z tym wartość robót również została rozliczona stosownie do wykonanych prac. Z oświadczenia nie wynika, aby Przystępujący miał nauczyć się realizacji budowy całego budynku. Ponadto wartość zamówienia zrealizowanego przez Przystępującego to zaledwie 6.963.000 złotych brutto, podczas gdy wartość całego zadania to 50,8 mln złotych. Powyższe wskazuje na niewiele ponad 10 procent inwestycji zrealizowanej przez Przystępującego. Zamawiający wymagał natomiast, aby wartość wykonanej roboty wynosiła co najmniej 12 000 000,00 złotych brutto. Powyższa okoliczność także potwierdza, że Przystępujący nie posiada doświadczenia adekwatnego do wymagań warunku udziału w postępowaniu.

Podkreślić należy, że to nie treść wyroku zapadłego na tle stanu faktycznego w innym postępowaniu powinna decydować o sposobie oceny doświadczenia wykonawcy, ale wykazanie realnie zrealizowanych prac przez wykonawcę, w odniesieniu do treści warunku udziału w postępowaniu. W niniejszym postępowaniu Przystępujący realizował prace w zakresie branży sanitarno – wentylacyjnej. Brak jest jakichkolwiek dowodów potwierdzających, że zrealizował prace w zakresie budowy i przebudowy całego budynku o wskazanej przez Zamawiającego kubaturze. Oznacza to, że nie potwierdził, że posiada doświadczenie pozwalające uznać, że spełnia warunek udziału w postępowaniu i będzie w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie. Rację ma Przystępujący twierdząc, że

wykonawcy w tym celu zawiązują konsorcjum, aby wspólnie zrealizować zamówienie, co oznacza, że nie każdy z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum musi posiadać doświadczenie w realizacji całego zamówienia. Należy mieć jednak na uwadze, że obowiązkiem wykonawcy jest wykazać spełnienie warunku, a więc umiejętność zrealizowania zadania analogicznego do przedmiotu zamówienia. Jeśli konsorcjant zrealizował jedynie niewielką część zadania, stanowiącą ułamek całości, trudno uznać, aby miał doświadczenie w realizowaniu dużego zadania. Przyjęcie odmiennej interpretacji stanowiłoby także o nierównym traktowaniu wykonawców w postępowaniu. Wykonawca, który zrealizował zadanie w postaci budowy lub rozbudowy budynku o wymaganej kubaturze i o wartości co najmniej 12 mln złotych nie może zostać oceniony gorzej niż wykonawca, który zrealizował jedynie określoną, niewielką część takiego zadania, tj. przy realizacji jedynie części wentylacyjno-sanitarnej.

W ocenie Izby, Przystępujący nie wykazał także, że zadanie, którego przedmiotem była przebudowa budynku sztabowo – technicznego nr 1 w Jednostce Wojskowej 4198 Pyry Warszawa, spełnia warunek udziału w postępowaniu. Wprawdzie Przystępujący przedstawił protokół odbioru zadania z 30 maja 2018 roku, jednak protokół wskazuje na czterech konsorcjantów. Przedstawiony natomiast przez Przystępującego protokół odbioru wykonanych elementów robót w okresie od 01.05.2018 r. do 29.05.2018 r., potwierdza wykonanie jedynie niewielkiej części robót o wartości 309573,98 zł, które stanowiły roboty budowlane. Nie jest znany także charakter tych prac. Protokół nie potwierdza, aby Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu, polegający na budowie lub przebudowie budynku o wartości 12 milionów złotych.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że Przystępujący złożył wyjaśnienia 22 czerwca 2020 roku. Należy jednak wskazać, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej 29 maja 2020 roku, zatem trudno uznać, aby takie wyjaśnienia legły u podstaw decyzji Zamawiającego. Zamawiający nie przedstawił również treści tych wyjaśnień.

W konsekwencji Izba uznała zarzut Odwołującego o braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a zatem Zamawiający winien unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej (oferty Przystępującego) i dokonać powtórnego badania i oceny oferty tego wykonawcy. W sytuacji, gdy Zamawiający nie wzywał wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, polegającego na posiadaniu wiedzy i doświadczenia, winien wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do przedstawienia (w ramach własnego potencjału) zrealizowanych prac, które będą potwierdzały spełnienie warunku udziału w postępowaniu).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1).

Przewodniczący:

.....