

WYROK
z dnia 17 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy oraz Alstal Investment Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy

w postępowaniu prowadzonym przez

Powiat Włocławski – Starostwo Powiatowe we Włocławku

przy udziale wykonawcy **WIKSBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lipnie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wskazanych w punkcie VI podpunkt 1., 2. i 3. odwołania w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 24 ust. 1 pkt 17 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, względnie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Wiksbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, pomimo tego, że Wiksbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wprowadziła Zamawiającego w błąd oraz nie wykazała spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej co do robót budowlanych wykonanych dla Gminy Kowalewo oraz w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej – zdolności kredytowej na wartość 15.000.000 złotych,

2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu wskazanego w punkcie VI podpunkt 4. odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym oferty wykonawcy WIKSBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
4. kosztami postępowania w częściach równych obciąża Powiat Włocławski – Starostwo Powiatowe we Włocławku oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową i Alstal Investment Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową oraz Alstal Investment Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od Powiatu Włocławskiego – Starostwa Powiatowego we Włocławku na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej oraz Alstal Investment Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu połowy wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Włocławski prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych dotyczących „budowy Powiatowego Centrum Zdrowia” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 23 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 250-623159. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. sp. k. i Alstal Investment Sp. z o.o. sp. k. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy WIKSBUD Sp. z o.o., zwanego dalej „Przystępującym”, pomimo tego, że Przystępujący w wyniku zamierzonego działania, a co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd:

a) przy przedstawieniu informacji, że spełnione są warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w pkt V pkt 2 ppkt 3 zdolności technicznej lub zawodowej co do robót budowlanych wykonanych dla: Państwowej Uczelni Zawodowej we Włocławku oraz Gminy Kowalewo,

b) przy przedstawieniu informacji, że spełnione są warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w pkt V pkt 2 ppkt 2 sytuacja ekonomiczna lub finansowa, co do zdolności kredytowej na wartość 15.000.000 zł,

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, pomimo tego, że w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, które to informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu w zakresie:

a) przy przedstawieniu informacji, że spełnione są warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt V.2 ppkt 3a zdolności technicznej lub zawodowej co do robót budowlanych wykonanych dla: Państwowej Uczelni Zawodowej we Włocławku oraz Gminy Kowalewo,

b) przy przedstawieniu informacji, że spełnione są warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt V.2 ppkt 2 sytuacja ekonomiczna lub finansowa co do zdolności kredytowej na wartość 15.000.000 zł, 3. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na to, że nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu

a) przy przedstawieniu informacji, że spełnione są warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt V.2 ppkt 3a zdolności technicznej lub zawodowej, co do robót budowlanych wykonanych dla: Państwowej Uczelni Zawodowej we Włocławku oraz Gminy Kowalewo,

b) przy przedstawieniu informacji, że spełnione są warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w pkt V.2 ppkt 2 sytuacja ekonomiczna lub finansowa co do zdolności kredytowej na wartość 15.000.000 zł, względnie niezastosowanie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w celu wyjaśnienia:

a) czy roboty budowlane wskazane w poświadczeniu wydanym przez: Państwową Uczelnię Zawodową we Włocławku oraz Gminę Kowalewo co do wartości 15.000.000 zł dotyczyły budowy, przebudowy, rozbudowy budynku, co wymagane było w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w pkt V pkt 2 ppkt 3,

b) zaświadczenia wydane przez banki były poprzedzone indywidualną analizą i uwzględnieniem, iż wykonawca ubiega się o podobną opinię/zaświadczenie w innym banku, albo że już ją uzyskał, a w konsekwencji także

4. art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22a ust. 3 w związku z art. 22a ust. 2 i ust. 4, art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania z uwagi na nierealne udostępnienie zasobu przez ERBUD S.A. w celu wykazania, że Przystępujący spełnia warunek wskazany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pkt V.2 ppkt 3a,

5. art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie uznania oferty Przystępującego za odrzuconą w sytuacji, gdy oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu,

6. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie oferty Przystępującego za ofertę najkorzystniejszą, podczas gdy w rzeczywistości oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej,

2. wykluczenie Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych i w konsekwencji uznania oferty Przystępującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, względnie o nakazanie Zamawiającemu zastosowania procedury wyjaśnienia treści ww. dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia wymagań opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w pkt V pkt 2 ppkt 2 i 3;
3. dokonania ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w punkcie V.2 ppkt 3a specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że w ramach zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że: a) posiada doświadczenie w wykonaniu minimum 2 robót budowlanych, w tym: 1 „roboty budowlanej” polegającej na budowie, przebudowie, rozbudowie budynku użyteczności publicznej wraz z instalacjami wewnętrznymi i przyłączami o wartości minimum 30.000.000,00 zł (Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony także w sytuacji posiadania przez Wykonawcę doświadczenia w wykonaniu minimum 2 robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie, rozbudowie budynków użyteczności publicznej wraz z instalacjami wewnętrznymi i przyłączami o wartości minimum 15.000.000 zł każda) oraz 1 „roboty budowlanej” polegającej na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu służby zdrowia typu ambulatoryjnego lub szpitalnego kategorii XI w myśl art. 8 ust. 1 lit. a) lub ust. 2 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. z 2020 r. poz. 295 ze zm.) o wartości minimum 15.000.000 zł.

W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający żądał wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, 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, z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane 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 były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty.

Dla wykazania spełnienia warunku Przystępujący przedłożył referencje na przebudowę i modernizację budynku Państwowej Wyższej Uczelni we Włocławku przy ul. Energetyków 30 w formule zaprojektuj i wybuduj, z 10 października 2019 r., które nie wskazują w swojej

treści poświadczenia wartości wykonanych wielobranżowych prac projektowych (występuje jedynie oświadczenie wykonawcy w tabelarycznym wykazie robót budowlanych o wartości zamówienia 15.588.950,52 zł, w tym wartość prac budowlanych określona wartością 15.416.750,52 zł.

Wątpliwości budzi niska kwota za wielobranżowe opracowania dokumentacji projektowych dla tego zadania, obejmujące projekty budowlane, wykonawcze, uzgodnienia, opracowania STWiOR, dokumentację kosztorysową itp. oraz wartości prac modernizacyjnych oraz remontowych, podczas gdy warunek określony przez Zamawiającego dotyczy jedynie budowy, przebudowy lub rozbudowy. W opinii Odwołującego niezgodne z rzeczywistością są informacje, iż ww. inwestycja obejmowała budowę, przebudowę, rozbudowę wraz z instalacjami wewnętrznymi i przyłączami o wartości minimum 15.000.000 zł. Wątpliwości te powinny być przez Zamawiającego co najmniej wyjaśnione, względnie winien wykluczyć wykonawcę, gdyż nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, chyba że doszedłby do wniosku, iż wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych lub z obu podstaw jednocześnie.

Także referencje dotyczące adaptacji istniejącego budynku położonego w Kowalewie Pomorskim przy ul. Konopnickiej 13 na potrzeby siedziby Urzędu Miejskiego oraz Przedszkola z 10 sierpnia 2019 r. budzą wątpliwości co do wartości prac związanych z budową, rozbudową, przebudową, zwłaszcza że w referencjach wykazano prace remontowe dotyczące znacznego zakresu inwestycji oraz chociażby nadbudowę, która również nie była przedmiotem spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Potwierdza to brak spełnienia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ujęciu zakresowym i kwotowym.

Powyższe oczywiste wątpliwości powinny być przez Zamawiającego co najmniej wyjaśnione, względnie powinien wykluczyć Przystępującego, gdyż nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, chyba że doszedłby do wniosku, iż wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych lub z obu podstaw jednocześnie.

Z uwagi na powyższe, w przekonaniu Odwołującego, spełniona została wynikająca z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanka wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Przystępującego w wyniku rażącego niedbalstwa w zakresie wykazania minimalnego doświadczenia w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz wynikająca z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanka przedstawienia przez Przystępującego informacji, które wprowadzają Zamawiającego w błąd

w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa w zakresie wykazania minimalnego doświadczenia w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Obie wskazane okoliczności wprowadzają w błąd Zamawiającego w zakresie wykazania spełniania warunków, co miało istotny wpływ na decyzje o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W punkcie V.2 ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że wykonawca spełni warunek w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, jeśli wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w kwocie min. 15.000.000 zł. W celu potwierdzenia spełniania tego Zamawiający żądał przedstawienia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert, na kwotę określoną przez Zamawiającego. W odpowiedzi Przystępujący wykazywał spełnianie warunku poprzez sumowanie zdolności pochodzącej z dwóch banków: mBank – zdolność kredytowa do wysokości 3.000.000 PLN oraz PKO – zdolność kredytowa do wysokości 12.000.000 PLN, w sytuacji gdy specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie przewidywała sumowania zdolności finansowej do wysokości środków finansowych lub zdolności kredytowej.

Powyższe powinno wzbudzić co najmniej wątpliwości Zamawiającego, czy oba banki wiedziały o sobie i o treści opinii/zaświadczeń o zdolności kredytowej, co pozwoliłoby bankom na wydanie innych opinii/zaświadczeń.

Z uwagi na powyższe, w przekonaniu Odwołującego, spełniona została wynikająca z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanka wprowadzenia Zamawiającego w błąd w wyniku rażącego niedbalstwa w zakresie wykazania minimalnej zdolności finansowej (kredytowej) wykonawcy Przystępującego oraz wynikająca z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanka przedstawienia przez Przystępującego informacji, które wprowadzają Zamawiającego w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa w zakresie wykazania minimalnej zdolności finansowej (kredytowej) Przystępującego. Wprowadzenie w błąd w zakresie wykazania spełniania warunku zdolności finansowej (kredytowej) miało istotny wpływ na decyzje Zamawiającego. Powyższe wątpliwości powinny być przez Zamawiającego co najmniej wyjaśnione, względnie powinien on wykluczyć Przystępującego, gdyż nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, chyba że doszedłby do wniosku, iż wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych lub z obu podstaw jednocześnie.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ustawodawca ustanowił zatem sankcję wykluczenia z postępowania w przypadku, gdy spełnione zostaną przesłanki: zostanie wykazane, że wykonawca przekazał w toku postępowania informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, działanie takie było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy, a takie działanie winno mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ww. podstawa wykluczenia wykonawcy ma zastosowanie, gdy działanie wykonawcy cechuje wina nieumyślna, przy czym należy brać pod uwagę obie postaci winy nieumyślnej, tj. niedbalstwo i lekkomyślność. Doktryna definiuje lekkomyślność jako stan, w którym dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie, niedbalstwo zaś jako stan, w którym podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Należy zatem uznać, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć miejsce, gdy wykonawca, nie wykazując profesjonalizmu wymaganego od uczestnika rynku zamówień publicznych, przedstawia informacje niezgodne z rzeczywistością, a informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Przepis ten ma na celu ochronę uczciwej konkurencji przy ubieganiu się o zamówienie oraz sprzyja wykonawcom zachowującym należyłą staranność w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący doszedł do przekonania, że w przedmiotowej sprawie wypełniona została norma art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem Przystępujący nie zachował przy składaniu przedmiotowego oświadczenia należytej staranności i nie zweryfikował informacji, które okazały się nieprawdziwe.

W przypadku oceny należytej staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej musi ona uwzględniać, zgodnie z art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego, zawodowy charakter działalności. Staranność ta obejmuje weryfikację informacji przedstawianych zamawiającemu, a pochodzących od podmiotów trzecich, w tym osób, na których potencjał wykonawca się powołuje wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Weryfikacja ta powinna nastąpić przed przedstawieniem danej informacji zamawiającemu.

Ze względu na to, że działanie Przystępującego było co najmniej lekkomyślne i rażąco niedbałe, spełniła się przesłanka art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie, mając na względzie, że rażące niedbalstwo jest kwalifikowanym stopniem niedbalstwa, spełniła się także przesłanka wynikająca z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. niedbalstwo po stronie Przystępującego. Zdaniem Odwołującego

brak należytej weryfikacji przez Przystępującego wymaganego doświadczenia i zdolności finansowej należy potraktować jako działanie co najmniej lekkomyślne. W przekonaniu Odwołującego, Przystępujący powinien był zakładać, że brak zweryfikowania tego doświadczenia może doprowadzić do podania informacji wprowadzających w błąd i godził się z taką możliwością.

Przystępujący nie wykazał także spełniania warunków udziału w postępowaniu i powinien podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przystępujący musiał się liczyć z tym, że fakt przedstawienia błędnych informacji może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż tego typu dane należą do najistotniejszych informacji przedstawianych przez wykonawców, jako że stanowią podstawę do weryfikacji przez zamawiającego zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Także Zamawiający nie wykazał się czujnością i nie zweryfikował podanych przez Przystępującego informacji dotyczących doświadczenia zawodowego i zdolności finansowej, które, choć nieprawdziwe, stałyby się podstawą do uznania, że Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zgodnie z orzecznictwem nieprawdziwej informacji mającej bądź mogącej mieć wpływ na wynik postępowania nie można zastępować inną informacją prawdziwą, zatem nie są możliwe uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czynności tej bowiem nie można konwalidować, a zamawiający jest zobligowany do wykluczenia wykonawcy z postępowania. W konsekwencji Zamawiający ocenia wyłącznie pierwotnie złożone wraz z ofertą dokumenty.

Przystępujący nie wykazał się doświadczeniem wskazanym w punkcie V ppkt 3a specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zdolności zawodowej, gdyż dla obu referencyjnych zadań nie wykazał, że wartość budowy, przebudowy, rozbudowy danego budynku użyteczności publicznej wraz z instalacjami wewnętrznymi i przyłączami osiągnęła min. 15.000.000 zł każda. Z tego też powodu oraz z uwagi na brzmienie zasady legalności działań Zamawiającego opisanej w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca ten powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przystępujący zsumował zdolność finansową z dwóch różnych banków. Takie podejście nie jest właściwe, skoro specyfikacja istotnych warunków zamówienia takiego rozwiązania nie dopuszcza.

Warunki udziału w postępowaniu są kształtowane w celu uniknięcia przez zamawiającego ryzyka wyboru wykonawcy, który nie posiada odpowiedniej zdolności kredytowej. Wykonawca nie jest uprawniony do sumowania zdolności kredytowej na podstawie zaświadczeń uzyskanych z różnych banków. Z punktu widzenia ekonomicznego trudno oczekiwać, aby w przypadku uzyskania przez wykonawcę kredytu w wysokości 13 mln zł

wykonawca nadal posiadał znaczącą zdolność uzyskania kredytu w innym banku, gdyby ten wiedział o wydaniu zaświadczenia przez pierwotny bank. Zgodnie z wyrokiem KIO 2/18, wskazanie przez dwie niezależne instytucje na zdolność kredytową tego samego podmiotu, mniejszą od wymaganej, nie uczyni go bardziej wiarygodnym. Informacja o wielkości zdolności kredytowej potwierdzonej przez bank oznacza, iż instytucja dokonała weryfikacji sytuacji faktycznej podmiotu w oparciu o pełną informację gospodarczą, a zatem fakt zwielokrotnienia tej oceny nie oznacza podniesienia wiarygodności prognoz dokonanych przez daną instytucję. Takie automatyczne sumowanie zdolności kredytowej doprowadziłoby do zaburzenia oceny poprzez wprowadzenie mechanizmu, który nie był uwzględniony przy ocenie dokonywanej przez instytucje finansowe.

Z tych powodów Przystępujący powinien być co najmniej dopytany w celu udowodnienia, że oba banki wiedziały, że wykonawca ubiega się o opinię/zaświadczenie w innym banku, zanim wystawiły własne opinie/zaświadczenia, względnie wiedziały, że w innym banku otrzymał już daną opinię/zaświadczenie albo z uwagi na brak udowodnienia zdolności finansowej Zamawiający powinien wykluczyć Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z punktem V.2 ppkt 3a specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca spełni warunek, jeśli: a) posiada doświadczenie w wykonaniu minimum 2 robót budowlanych, w tym: 1 roboty budowlanej polegającej na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu służby zdrowia typu ambulatoryjnego lub szpitalnego kategorii XI w myśl art. 8 ust. 1 lit. a lub ust. 2 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej o wartości minimum 15.000.000 zł. W tym zakresie Przystępujący skorzystał z potencjału podmiotu trzeciego Erbud S.A.

Na stronie 2 i 3 formularza ofertowego Przystępujący wskazał wartość prac dla podmiotu udostępniającego zasoby (Erbud S.A.) na poziomie 20 %. Tymczasem z treści zobowiązania Erbud wynika: „Oświadczam, iż: a) udostępniam Wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie: wiedza i doświadczenie polegające na rozbudowie budynku Szpitala MSW w Lublinie polegająca na budowie łącznika wraz z blokiem operacyjnym, b) sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów przy realizacji zamówienia będzie następujący: bezpośrednie współwykonawstwo (na zasadzie podwykonawstwa) robót budowlanych wchodzących w zakres zamówienia, udzielanie doradztwa w pełnym zakresie udzielanych zasobów, c) zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: bezpośrednie współwykonawstwo pełnego zakresu robót objętych zamówieniem, d) okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: pełny okres realizacji inwestycji, e) zrealizuję roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą: w pełnym zakresie na zasadzie współwykonawstwa.”

Powyższe skutkuje tym, iż przewidziany przez Przystępującego procentowy udział podwykonawstwa na poziomie zaledwie 20%, wskazany w formularzu, jest nieproporcjonalny/ niewystarczający dla realizacji zadania, skoro Erbud S.A. udostępnił referencje w zakresie charakteru budynku, jaki ma zostać zrealizowany, gdyż powierza się mu jedynie 1/5 część robót budowlanych. Jeśli wziąć pod uwagę wartość oferty Przystępującego na poziomie 42.750.000 zł, to 20 % stanowi jedynie 8.550.000 zł, czyli nieco ponad połowę wartości warunku, jaki wykonawca spełnia dzięki Erbud S.A. To obrazuje nierealność udostępnienia zasobów w kontekście treści warunku udziału w postępowaniu, jaki spełnił Erbud S.A.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, narusza dyspozycję art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22a ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 2 i ust. 4, art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. Zamawiający po to bowiem konstruuje warunki udziału w postępowaniu, aby udzielić zamówienia wykonawcy, który daje rękojmię jego należytego wykonania. Jeżeli wykonawca samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i powołuje się na doświadczenie innego podmiotu, musi zapewnić realny udział tego podmiotu w realizacji zamówienia w takim zakresie, do jakiego odnosił się warunek. Treść zobowiązania firmy ERBUD S.A. załączona do oferty Przystępującego nie potwierdza realnego udziału ww. podmiotu w realizacji robót budowlanych w całym zakresie objętym treścią warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto należy odróżnić pojęcie „udziału w realizacji zamówienia” od pojęcia „realizacji zamówienia”, o którym mowa w art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i które jest pojęciem węższym niż udział w realizacji zamówienia. Udział w realizacji zamówienia może przybrać rozmaite formy zaangażowania podmiotu trzeciego, i może realizować się w postaci doradztwa, konsultacji, nadzoru, uczestniczenia przy wykonywaniu określonych czynności, etc. Natomiast wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania tej części zamówienia (co do zasady w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą składającym ofertę). Wobec tego wykorzystanie wiedzy i doświadczenia firmy ERBUD S.A. zgodnie z treścią zobowiązania nijak się ma do roli, jaką dla tego przedsiębiorcy przewidział Przystępujący i którą należy uznać za niewystarczającą. Tym samym przedstawione przez ERBUD S.A. zobowiązanie nie spełnia wymagań określonych w art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. nie potwierdza realnego udziału w realizacji zamówienia w całym

zakresie objętym treścią warunku udziału w postępowaniu, gdyż Przystępujący ograniczył zakres podwykonawstwa jedynie do 20% wartości oferty.

Na gruncie obecnie obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych opinii oraz orzecznictwa nie ma również możliwości do ponownego wezwania Przystępującego do uzupełnienia zobowiązania i mija się z celem, skoro Przystępujący ograniczył zakres podwykonawstwa do 20%. Z drugiej strony nie są dopuszczalne żadne negocjacje w zakresie przyjętego wskaźnika podwykonawstwa. Zgodnie z wyrokiem KIO 123/20, KIO 127/20 i KIO 141/20 wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu zobowiązany jest do zaangażowania tego podmiotu w sposób rzeczywisty i bezpośredni w realizację przedmiotu zamówienia. Tylko i wyłącznie wtedy wiedza i doświadczenie, które posiada podmiot trzeci, znajdzie jakiegokolwiek przełożenie na realizację zamówienia. Celem takiego rozwiązania jest zapewnienie zamawiającemu, że udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie zostanie wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający po to bowiem konstruuje warunki udziału w postępowaniu, aby udzielić zamówienia wykonawcy, który daje rękojmię jego należytego wykonania. Jeżeli wykonawca samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i powołuje się na doświadczenie innego podmiotu, to musi zapewnić realny udział tego podmiotu w realizacji zamówienia w takim zakresie, do jakiego odnosił się warunek.

Z uwagi na powyższe doszło do naruszenia dyspozycji art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty, która podlega odrzuceniu, bowiem Przystępujący powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu. Zamawiający niewątpliwie naruszył też zasady opisane w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz o obciążenie Odwołującego kosztami postępowania i zasądzenie kosztów zastępstwa na rzecz Zamawiającego.

Zdaniem Zamawiającego zarzut niespełniania warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym i prawnym.

Zamawiający określił warunki udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w rozdziale V ust. 2 pkt 3 lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazując: „posiada doświadczenie w wykonaniu minimum 2 robót budowlanych, w tym: - 1 roboty budowlanej polegającej na budowie, przebudowie, rozbudowie budynku użyteczności publicznej wraz z instalacjami wewnętrznymi i przyłączami o wartości minimum 30.000.000,00 zł, Uwaga: Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony także w sytuacji posiadania przez Wykonawcę doświadczenia w wykonaniu minimum 2 robót

budowlanych polegających na budowie, przebudowie, rozbudowie budynków użyteczności publicznej wraz z instalacjami wewnętrznymi i przyłączami o wartości minimum 15.000.000,00 zł każda oraz - 1 roboty budowlanej polegającej na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu służby zdrowia typu ambulatoryjnego lub szpitalnego kategorii XI w myśl art. 8 ust. 1 lit. a lub ust. 2 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. z 2020 r. poz. 295 ze zm.) o wartości minimum 15.000.000,00 zł. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający żąda: - wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, 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, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane 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 były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty.”

Podstawowym celem ustalania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Wskazany warunek miał na celu weryfikację, czy wykonawca składający ofertę w postępowaniu ma stosowane doświadczenie i gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, którym są roboty budowlane, szczegółowo określone w załączniku nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu Przystępujący złożył wykaz robót budowlanych wraz z referencjami, wskazując w nich realizację następujących umów:

- 1) Przebudowa i modernizacja budynków dydaktycznych Państwowej Wyższej Uczelni Zawodowej we Włocławku przy ul. Energetyków 30 w formule zaprojektuj i wybuduj,
- 2) Adaptacja istniejącego budynku położonego w Kowalewie Pomorskim przy ul. Konopnickiej 13 na potrzeby siedziby Urzędu Miasta oraz Przedszkola,
- 3) Rozbudowa budynku Szpitala MSW w Lublinie polegająca na budowie łącznika wraz z blokiem operacyjnym.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający dokonał szczegółowej analizy przesłanych przez Przystępującego dokumentów i w oparciu o nie był w stanie uznać, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu. Celem postępowania jest wykonanie określonych w dokumentacji robót budowlanych. Zgodnie z założeniami Zamawiającego warunek miał

potwierdzać zdolność wykonawcy do wykonania robót budowlanych, potwierdzić, że wykonane roboty budowlane dotyczyły budowy, przebudowy, rozbudowy. Zdaniem Zamawiającego nie oznacza to jednak, że zakres robót budowlanych wykonanych w ramach umów przedstawianych na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu musiał być ograniczony tylko do wskazanych trzech określeń: budowy, przebudowy, rozbudowy. Nomenklatura stosowana przez zamawiających na rynku zamówień publicznych potrafi znacznie się różnić między sobą i niekoniecznie odzwierciedla nazewnictwo ustawy Prawo budowlane. To faktycznie zrealizowane prace, a nie użyte nazewnictwo, decydują o charakterze zrealizowanych umów i możliwości uznania ich za odpowiadające treści warunku udziału w postępowaniu, celowi, w jakim został postawiony.

Odwołujący argumentuje, że referencje dotyczące przebudowy i modernizacji budynków dydaktycznych Państwowej Wyższej Uczelni Zawodowej we Włocławku nie ma w swojej treści określonej wartości wykonanych w ramach zamówienia prac projektowych. Jednak forma referencji zależy wyłącznie od podmiotu, który je wystawia i Zamawiający nie widzi podstaw do tego, aby oczekiwać, że na przedstawionych referencjach taka wartość powinna się znajdować. Ponadto referencje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dowody składane wraz z wykazem mają potwierdzać, czy roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności powinny zawierać informacje o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Zatem oczekiwanie, aby w złożonych referencjach znajdowała się wartość prac projektowych jest nadmierne i nie znajduje potwierdzenia w obowiązującym stanie prawnym.

Ponadto Zamawiający zobowiązany jest do oceny wykazu robót budowlanych łącznie z przedstawionymi do niego referencjami. Zatem jeżeli z tych dokumentów łącznie wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz przedstawione dokumenty nie budzą wątpliwości Zamawiającego, to nie ma podstaw do uznania, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, czy też wprowadził Zamawiającego w błąd.

W wykazie robót budowlanych złożonym przez Przystępującego wykonawca ten uwzględnił wartość robót budowlanych, która pozwala na stwierdzenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Niemniej jednak prace projektowe są nierozłącznym elementem budowy, rozbudowy, czy przebudowy budynku, również art. 1 ustawy Prawo budowlane, stanowiący o zakresie regulacji tej ustawy, odnosi się bezpośrednio do projektowania. Zamawiający w żadnym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wyłączył możliwości uwzględnienia wartości zrealizowanych prac projektowych w wartości danych robót. Zatem jeżeli projektowanie jest nierozzerwalnie związane z budową i może być uznane za część

realizacji całego zamówienia, nie ma przeszkód, aby wartość tych prac została przedstawiona łącznie i potwierdzała postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu. Ponadto sama definicja robót budowlanych wynikająca z ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z art. 2 pkt 8, to wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Zatem również powyższa definicja potwierdza, że prace projektowe są nierozdzielnie związane z robotami budowlanymi i stanowią ich część. Argument Odwołującego jakoby wartość prac projektowych musiała wzbudzić wątpliwości Zamawiającego jest chybiony. Zamawiający bowiem nie pierwszy raz realizuje czy przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane. W przypadku tego postępowania Zamawiający zlecił wcześniej przygotowanie kompletnej dokumentacji projektowej, której wartość wynosiła ok. 230.000 zł. Mając na względzie, iż wartość i zakres robót budowlanych jest większy niż w robotach budowlanych przedstawianych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego, wartość prac projektowych jest realna, a Zamawiający, bazując na swojej wiedzy i doświadczeniu, był w stanie ocenić, że wartość prac projektowych w zamówieniu zrealizowanym przez Przystępującego była wartością realną i rynkową. Potwierdza to, że twierdzenia Odwołującego są nietrafne i nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający zobowiązany był wyjaśnić, jaka była wartość prac modernizacyjnych oraz remontowych, ponieważ warunek dotyczył budowy, przebudowy lub rozbudowy. Zamawiający nie zgadza się z poglądami Odwołującego w tym zakresie. W praktyce zamówień publicznych na roboty budowlane używane są różne pojęcia i nomenklatura. Przez „modernizację” można rozumieć unowocześnienie i usprawnienie czegoś, trwałe ulepszenie istniejącego obiektu budowlanego. Natomiast zgodnie z definicją użytą w art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane przez przebudowę należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego. Przytoczona definicja jest zatem zbieżna z potoczną nazwą „modernizacja”, w szczególności w zakresie zmiany parametrów użytkowych, co jest tożsame z unowocześnieniem, usprawnieniem czegoś.

Odwołujący odnosi się do nazwy zamówienia zrealizowanego przez Przystępującego, lecz w żadnym miejscu referencji, które wskazują na zakres zrealizowanych prac, nie ma wyszczególnionych takich prac jak „modernizacja”, natomiast znajdują roboty budowlane odpowiadające treścią wymaganiom stawianym przez Zamawiającego. Argumenty

Odwołującego są w tym zakresie nadinterpretacją postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokonaną wyłącznie na potrzeby postępowania.

Odwołujący argumentuje, że przy adaptacji budynku w Kowalewie Pomorskim znaczna część prac dotyczyła nadbudowy i prac remontowych. Odwołujący pomija fakt, że „budowa”, zgodnie z definicją zawartą w ustawie Prawo budowlane oznacza „wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego”. Oznacza to również, że warunek postawiony przez Zamawiającego można rozumieć szeroko i nie jest on w sposób jednoznaczny związany z Prawem budowlanym, bowiem rozbudowa zawiera się w definicji budowy. Zamawiający miał na celu określenie pewnego rodzaju robót budowlanych, nie oczekiwał natomiast dosłownego powtórzenia treści warunku w referencjach, co ze względu na ogólność i zróżnicowanie inwestycji jest trudne do osiągnięcia. Skoro nadbudowa zawiera się w definicji budowy, nie sposób uznać, że ten element nie może stanowić potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający rzetelnie przeanalizował treść złożonych referencji. Remont, o którym wspomina Odwołujący, dotyczył elewacji istniejącego budynku i obejmował: „– demontaż istniejących warstw całego dachu oraz wykonanie nowych warstw łącznie z nowym ociepleniem, pokryciem, orynowaniem i nową instalacją odgromową. Demontaż istniejących zadaszeń metalowych nad wejściami i wykonanie nowych-demontaż istniejących schodów zew. i wszelkich barierek, – wykonanie nowych, – wymiana częściowa istniejącej stolarki okiennej i drzwiowej na nową łącznie z parapetami okiennymi zewnętrznymi i wewnętrznymi oraz wszelka obróbka z tym związana, – ocieplenie, – wykonanie nowych barierek, nowego wykończenia schodów zewnętrznych, – usunięcie wszystkich krat metalowych w oknach”. Zaś „remont”, zgodnie z definicją zawartą w ustawie Prawo budowlane, oznacza „wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym”. Zatem remont to w głównej mierze przywrócenie stanu poprzedniego, natomiast przebudowa to w głównej mierze wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych budynku.

Mając na względzie zakres prac opisany w referencjach nie sposób uznać, że faktycznie są to prace remontowe. Zamawiający zgodnie ze swoją wiedzą i doświadczeniem zakwalifikował je i ocenił jako przebudowę. Biorąc pod uwagę powyższe oraz analizę dokonaną przez Zamawiającego oraz wiedzę wynikającą z wieloletniego doświadczenia i zatrudniania wykwalifikowanej kadry znającej problematykę zarówno Prawa budowlanego, jak i specyfikę branży zamówień publicznych, Zamawiający uznał, że przedstawione przez Przystępującego dokumenty nie budzą wątpliwości i nie ma w tym zakresie konieczności

wzywania do złożenia wyjaśnień, czy uznania, że wykonane roboty budowlane nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że Przystępujący nie potwierdził warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V ust. 2 pkt 2 lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który stanowi: „posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w kwocie min. 15.000.000,00 zł. W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej zamawiający żąda przedstawienia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert, na kwotę określoną przez zamawiającego.”

Przystępujący na potwierdzenie spełnienia warunku przedstawił dwie opinie bankowe: 1) mBank – zdolność kredytowa do wysokości 3.000.000,00 PLN, 2) PKO – zdolność kredytowa do wysokości 12.000.000,00 PLN. Zatem łącznie z opinii tych wynikało, że Przystępujący posiada wymaganą w warunku zdolność kredytową. Zamawiający, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie był zobligowany do określenia, że możliwe jest sumowanie zdolności kredytowej. Również w żadnym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał zakazu łączenia tej zdolności, żadnego zakazu w tym zakresie nie zawiera również Prawo zamówień publicznych ani rozporządzenia wykonawcze. Zgodnie z zasadą, że co nie jest zakazane, jest dozwolone, Zamawiający przyjął, że Przystępujący miał możliwość łączenia zdolności kredytowej z dwóch różnych instytucji finansowych. Tym bardziej, że z przedstawionych w opiniach bankowych informacji wynika, że Przystępujący w obu bankach posiada obroty na rachunkach, co było podstawą do ich wystawienia i określenia zdolności kredytowej. Zamawiający przeanalizował w tym zakresie orzecznictwo KIO oraz poglądy doktryny, które w przeważającej części są tożsame z opinią Zamawiającego.

Brak jest podstaw do uznania, że Przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a tym samym, że przedstawiając złożone dokumenty wprowadził Zamawiającego w błąd. Zatem argumentacja Odwołującego nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym i prawnym niniejszej sprawy. Ponadto Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że Przystępujący złożył oświadczenia niezgodne ze stanem faktycznym. Argumenty Odwołującego stanowią jedynie interpretację treści warunków udziału w postępowaniu oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia na potrzeby odwołania oraz polemikę z treścią dokumentów złożonych przez Przystępującego. Odwołujący próbuje narzucić Zamawiającemu sposób oceny oferty konkurencyjnej. Ponadto w przypadku przedstawienia dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, które w opinii zamawiającego nie

potwierdzają spełniania warunków, nie możemy mówić o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd. To Zamawiający bowiem ocenia przedstawione dokumenty i podejmuje decyzję o ich prawidłowości lub nie. Stąd ustawodawca przewidział możliwość wezwania do uzupełnienia dokumentów określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem założenie przyjęte przez Odwołującego, że przedstawienie dokumentów niepotwierdzających, że Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu generuje obowiązek wykluczenia tego wykonawcy, jest nadinterpretacją. Zgodnie z wyrokiem KIO 197/20 nie jest uprawnione utożsamianie niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu z zaistnieniem podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Inny sposób rozumienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie przesądza automatycznie o wprowadzeniu w błąd zamawiającego.

Odwołujący kwestionuje ponadto realność udostępnienia przez ERBUD S.A. zasobów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku określonego w rozdziale V ust. 2 pkt 3 lit. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia – 1 roboty budowlanej polegającej na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu służby zdrowia typu ambulatoryjnego lub szpitalnego kategorii XI w myśl art. 8 ust. 1 lit. a lub ust. 2 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej o wartości minimum 15.000.000 zł. Zdaniem Odwołującego udział ERBUD S.A. w wykonaniu przedmiotu zamówienia powinien odpowiadać procentowo wartości udostępnionego zasobu. Przedstawiony przez Odwołującego sposób rozumienia realności udostępnienia zasobów, nie ma nic wspólnego z rzeczywistym znaczeniem i celem, w jakim ustawodawca wprowadził zmiany w art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych. Celem tym ma być zapewnienie udziału, nie tylko formalnego, podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji przedmiotu zamówienia, poprzez faktyczną realizację określonego zakresu robót. Wymóg z art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą. Ze złożonego przez ERBUD S.A. oświadczenia wynika jednoznacznie, że wykonawca ten zobowiązuje się do „współwykonawstwa” (na zasadzie podwykonawstwa) przedmiotu zamówienia. Zatem Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania czy podważania zobowiązania do udostępnienia zasobów Przystępującego. Zamawiający nie określił również w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że udział w wykonaniu przedmiotu zamówienia podmiotu udostępniającego zasoby ma być proporcjonalny do zakresu udostępnionych zasobów, czy wartości robót budowlanych wskazanych jako doświadczenie tego wykonawcy. Nadto wartość budowy obiektu leczniczego w głównej mierze dotyczy wykonania robót ogólnobudowlanych. Natomiast sama wartość gazów medycznych wyróżniających budowę

obiekty leczniczego jest w skali całego zamówienia niewielka. Według kosztorysu Zamawiającego wartość gazów medycznych w przedmiocie zamówienia to ok. 800.000 zł. Postawiony warunek w tym zakresie miał potwierdzać doświadczenie w realizacji obiektów danego rodzaju, co Przystępujący, poprzez poleganie na zasobach podmiotu trzeciego wykazał.

Mając na względzie powyższe należy uznać, że zarzuty Odwołującego nie są zasadne, zatem zarzut zaniechania uznania oferty Przystępującego za odrzuconą oraz zarzut uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym i prawnym.

III Stanowisko Przystępującego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca WIKSBUD S.A.

Przystępujący wskazał, że odwołanie powinno podlegać oddaleniu jako bezzasadne.

Przystępujący spełnił wymagania zawarte w punkcie V.2 ppkt 3a specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 3 pkt 6, 7a i 8 ustawy Prawo budowlane przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego, przez przebudowę – wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji, a remont – wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym. Modernizacja to unowocześnienie i usprawnienie czegoś, trwałe ulepszenie istniejącego obiektu budowlanego (Słownik języka polskiego PWN). Wynika z tego, że pojęcia „remont” i „modernizacja” wiążą się zawsze z działaniami naprawczymi w ramach istniejących obiektów.

Referencje złożone przez Przystępującego nie dotyczyły ani remontów, ani modernizacji. Przystępujący przedłożył:

1) referencje Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej we Włocławku przy ul. Energetyków 30 w formule zaprojektuj i wybuduj z 10 października 2019 r., poświadczające wartość wykonanych robót na 15.588.950,52 zł brutto. Przedkładając te referencje nie wprowadził Zamawiającego w błąd co do zakresu i wartości wykonanych prac. Dokładna analiza treści referencji wskazuje, że Przystępujący wykonał wielobranżowe projekty budowlane wraz ze wszystkimi niezbędnymi uzgodnieniami w celu uzyskania pozwolenia na budowę, wykonania

dokumentacji powykonawczej oraz uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Z referencji wynika, iż zakres prac obejmował: 1) rozbiórkę łącznika między obiektem a budynkiem Zespołu Szkół Elektrycznych, 2) zagospodarowanie terenu z budową parkingu, sieci i przyłączy, 3) rozbudowę łącznika wraz z wymianą stropodachu nad łącznikiem, 4) przebudowę całego obiektu w celu dopasowania układu funkcjonalnego do obecnych potrzeb, 5) przebudowę i remont elewacji i stropodachów wraz z termomodernizacją całego obiektu, 6) wyposażenie budynku w instalacje, 7) wykonanie wiaty rowerowej i altany śmietnikowej. Wynika z tego, że Przystępujący prawidłowo poświadczył wobec Zamawiającego swoje doświadczenie oraz zdolności zawodowe i techniczne w zakresie przebudowy, budowy i rozbudowy obiektów użyteczności publicznej. Okoliczność, że wystawiająca referencje Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa we Włocławku użyła w tytule sformułowania „przebudowa i modernizacja budynków” nie niweczy faktycznego zakresu rzeczywiście wykonanych prac w zakresie m.in. rozbudowy i przebudowy obiektu wraz z instalacjami. Wystawiający referencje użył ogólnego zwrotu „modernizacja” na rozbudowę i przebudowę obiektu w celu jego unowocześnienia, a w zakresie robót budowlanych wskazanych w referencjach w ogóle nie ma pozycji związanych wyłącznie z remontem czy modernizacją. Zamawiający jest ukierunkowany co do szczegółowego badania zakresu prac potwierdzonych referencjami, a nie dosłownego brzmienia ich tytułu, co prawidłowo zastosował w przedmiotowej sprawie. Potwierdza to decyzja o pozwoleniu na budowę nr 234/18 z 11 lipca 2018 r., wydana przez Prezydenta Miasta Włocławek. Zgodnie z tą decyzją roboty obejmowały przebudowę i rozbudowę budynków dydaktycznych, zmianę sposobu użytkowania budynku oznaczonego jako pozostały budynek niemieszkalny na budynek szkoły wraz z rozbudową, budowę parkingu na 25 miejsc postojowych, dróg wewnętrznych, drogi pożarowej, odcinka sieci kanalizacji deszczowej oraz zewnętrznej infrastruktury technicznej na terenie działek nr 65/22 i 65/24. Potwierdza to, iż zakres prac nie miał nic wspólnego z remontem i modernizacją, a dotyczył ściśle warunków określonych w punkcie V.2 ppkt 3a specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zarzut, że Przystępujący nie wykazał wartości prac modernizacyjnych i remontowych jest chybiony. Ani Przystępujący, ani Zamawiający nie mogli przedstawić takiego zestawienia, ponieważ zakres prac nie obejmował modernizacji istniejących budynków.

Podobnie chybiony jest zarzut Odwołującego, w którym kwestionuje wartość prac wskazanych w referencjach – jest to zarzut gołosłowny, nie wiadomo na jakich podstawach oparty. W zakresie warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie nakazał rozróżnienia wartości prac projektowych od wartości prac *stricto* wykonawczych; podobnie jak nie nakazał przedstawienia referencji tylko w zakresie prac *stricto* budowlanych. Stąd zarzuty Odwołującego co do wartości prac wskazanych w referencjach nie mają oparcia ani w przepisach, ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przystępujący przedłożył umowę o prace projektowe z 29 marca 2018 r. zawartą pomiędzy Przystępującym a WAW Biuro Projektowania i Realizacji Architektury W. K. na kwotę wynagrodzenia 172.000 zł brutto. Stąd różnica pomiędzy całkowitym wynagrodzeniem Przystępującego a wartością prac projektowych nadal przekracza wymaganą kwotę 15.000.000,00 zł dla realizacji zadania i spełnienia warunku specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przedkładając referencje Urzędu Miejskiego w Kowalewie Pomorskim z 1 sierpnia 2019 r. poświadczające wykonanie zadania „Adaptacja istniejącego budynku położonego w Kowalewie Pomorskim przy ul. Konopnickiej 13 na potrzeby siedziby Urzędu Miejskiego oraz Przedszkola” Przystępujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd co do zakresu i wartości wykonanych prac w odniesieniu do warunków określonych w punkcie V.2 ppkt 3a specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokładna analiza treści referencji wskazuje, że Przystępujący – w zakresie budynku o charakterze użyteczności publicznej wykonał następujące prace: rozbudowa budynku o klatki schodowe, nadbudowa części parterowej budynku, budowa parkingów wraz z całym utwardzeniem, budowa dodatkowego zjazdu, budowa nowego przyłącza kanalizacji deszczowej, przebudowa przyłączy kanalizacji deszczowej i kanalizacji sanitarnej, budowa dodatkowej zewnętrznej instalacji elektrycznej oświetleniowej, przebudowa: rozbiórka całej instalacji sanitarnej i elektrycznej, rozbiórka ścian, stropów i posadzek, budowa nowych stropów, ścian i posadzek jak w projekcie, wykonanie nowej instalacji wodno-kanalizacyjnej, kanalizacji sanitarnej w tym w kuchni, wentylacji, klimatyzacji, elektrycznej tj. niskoprądowej.

Odwołujący stwierdził, iż Przystępujący wykazał m.in. nadbudowę, które to pojęcie nie jest przedmiotem spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Skoro Zamawiający oczekiwał wykazania się budową, to w ramach tego pojęcia mieści się również nadbudowa. Przyjęcie w tym zakresie poglądu Odwołującego byłoby naruszeniem definicji budowy zawartej w Prawie budowlanym.

Przystępujący prawidłowo poświadczył wobec Zamawiającego swoje doświadczenie oraz zdolności zawodowe i techniczne w zakresie przebudowy, budowy i rozbudowy obiektów użyteczności publicznej. Złożenie tych referencji i oświadczenie o spełnieniu wymagań nie było działaniem wprowadzającym w błąd Zamawiającego. Przystępujący ma najlepszą wiedzę co do zakresu i wartości wykonywanych prac.

Z decyzji Starosty Golubsko-Dobrzyńskiego nr 24/2018 z 14 lutego 2018 r. o pozwoleniu na budowę wynika, że adaptacja budynku w Kowalewie Pomorskim dotyczyła rozbudowy, nadbudowy i przebudowy budynku wraz z rozbudową i przebudową infrastruktury technicznej, wykonania utwardzeń, oświetlenia i zagospodarowania terenu, w zabudowie

o charakterze inwestycji celu publicznego – obiekt użyteczności publicznej, na działce nr ew. 255/3. Wszystkie prace objęte referencjami zostały wykonane w ramach tej decyzji o pozwoleniu na budowę. W ramach tej inwestycji nie wykonywano żadnych prac będących remontem w rozumieniu art. 3 pkt 8 ustawy Prawo budowlane, co potwierdza treść pozwolenia na budowę, gdyż, gdyby zakres rzeczowy tego zadania wskazywał na konieczność wykonania remontu, organ budowlany musiałby w treści decyzji uznać i opisać część prac jako remontowe.

wyroku WSA z dnia 17.01.2019 II SA/Bk 806/18 (publ. LEX nr 2621233) zgodnie z którym:

W przedmiotowej sprawie prace opisane jako remontowe, polegające na demontażu istniejących warstw całego dachu i wykonaniu nowych warstw łącznie z dodatkowym ociepleniem, dodatkowym pokryciem, orynnowaniem zmieniającym całkowicie układ odprowadzania wody na dachu oraz montaż nowej instalacji odgromowej, ocieplenie budynku czy wykańczanie schodów związane z nowymi dwiema klatkami schodowymi i zmiana układu komunikacyjnego nie mogą być uznane za remont; doprowadziły one bowiem nie do odtworzenia stanu pierwotnego, ale do zmiany parametrów użytkowych i technicznych dachu i budynku, przy zachowaniu kubatury (w odniesieniu do dachu budynku), co stanowi właśnie przebudowę.

Przystępujący miał świadomość braku precyzyjności referencji w części objętej słowem „remont” użytym przez Urząd Miasta w Kowalewie Pomorskim, ale też miał świadomość, iż wszystkie wykonane prace objęte były pozwoleniem na budowę, które nie obejmowało prac remontowych, lecz wyłącznie nadbudowę, rozbudowę i przebudowę budynku. Przystępujący działał w zaufaniu do kompetencji Zamawiającego jako organu budowlanego, w szczególności biorąc pod uwagę fakt, iż zakres prac opisanych w referencjach był szczegółowy. W odniesieniu do posadzek również nieprecyzyjnie użyto słowa „remont”, ponieważ w istocie obniżano wysokość posadzek (bruzdowanie) tak, aby osiągnąć wysokość do sufitu na poziomie 2,5 m. Tym samym nie można uznać, aby obniżanie poziomu podłóg stanowiło przywrócenie stanu pierwotnego, co jest cechą charakterystyczną pojęcia „remont”. Ani Zamawiający, ani wykonawca nie powinni ponosić ujemnych konsekwencji związanych z nieprecyzyjnym słownictwem wystawiających referencje, jeżeli tylko z ich treści można wywieść wnioski co do rzeczywistego i faktycznego zakresu wykonanych prac.

Zatem Przystępujący nie podał Zamawiającemu żadnych informacji, które wprowadzałyby go w błąd co do spełnienia warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zakres i treść referencji pozwoliła na samodzielną i prawidłową ocenę wynikających z niej wniosków.

Przystępujący spełnienia warunek z punktu V.2 ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w kwocie min. 15.000.000 zł. Odwołujący w swoich zarzutach przytoczył wyłącznie jedno orzeczenie KIO.

Tymczasem Przystępujący – znając swoje możliwości finansowe – miał na uwadze wyrok KIO 2047/14, w którym Izba stwierdziła, że racjonalny system prawny zawierający szczegółowe regulacje dotyczące wymaganych dokumentów dla potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi określać *expressis verbis*, w jakich okolicznościach zdolność kredytowa wykonawcy nie będzie uwzględniana przy ocenie jego zdolności finansowej. Ponadto, jeżeli wykonawca miałby zostać wykluczony z przetargu z powodu niespełniania warunku zdolności finansowej, to także ustawa powinna zawierać wyraźny zakaz sumowania kredytów udzielanych przez inne banki. Jeżeli prawo nie przewiduje takich sytuacji, to nie można stosować wykładni celowościowej, która może stanowić naruszenie praw podmiotowych wykonawców w wyniku dowolności interpretacyjnej zamawiających. Prawo zamówień publicznych nie wprowadziło zakazu sumowania zdolności kredytowych. Takiego zakazu nie wprowadził również Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – nie określono żadnych negatywnych konsekwencji przedstawienia dwóch odrębnych zdolności kredytowych. Zamawiający ma dwa odrębne bieżące rachunki bankowe w obu bankach, co wynika wprost z przedstawionych zaświadczeń; przez obydwa rachunki bankowego przeprowadza odrębne obroty swojej firmy i dla każdego z tych rachunków wyceniana jest odrębnie zdolność kredytowa.

Działania Przystępującego były prawidłowe. Wystąpił do mBanku S.A. wyłącznie o przedstawienie zdolności kredytowej na 3.000.000 zł wiedząc w tym czasie, że posiada już potwierdzoną zdolność na 12.000.000 zł w innym banku. Przystępujący nie wprowadzał Zamawiającego w błąd co do swojej sytuacji ekonomicznej. Przystępujący przedłożył opinię rBank S.A. z 19 lutego 2021 o zdolności kredytowej na 15.000.000 zł. Zdolność kredytową na poziomie 15.000.000 zł Przystępujący posiadał już 11 stycznia 2021 r., to jest w dacie uzyskania pierwszej opinii o zdolności kredytowej na 3.000.000 zł, gdyż nie byłby możliwy 5-krotny wzrost, gdyby w styczniu Przystępujący nie miał równie dobrej sytuacji. Wyłącznie dlatego, że wystąpił z wnioskiem o 3.000.000 zł, uzyskał tę niższą wartość. Potwierdza to korespondencja mailowa z pracownikiem rBank S.A.

Zgodnie z punktem V.3 ppkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia 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 czas realizacji zamówienia. Ze zobowiązania potwierdzającego udostępnienie zasobów przez inne podmioty musi bezspornie i jednoznacznie wynikać 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, 4) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Z punktu V.3 ppkt 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Dodatkowo, w punkcie V.3 ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, iż wykonawca może polegać na zasobach podmiotu trzeciego niezależnie od charakteru prawnego stosunków prawnych łączących wykonawcę z podmiotem trzecim.

Z powyższych warunków nie wynika, aby Zamawiający wprowadzał minimalny procentowy udział zaangażowania podmiotów trzecich w realizację zamówienia, a tym bardziej nie wynika, aby wiązać procentowy udział takiego podmiotu z wartością kontraktu.

Zarzuty podniesione przez Odwołującego w zakresie nierealności udziału podmiotu trzeciego w prace są całkowicie chybione.

Orzecznictwo KIO związane z realnością udostępnienia zasobów osób trzecich powstało przede wszystkim na podstawie spraw, w których stanie faktycznym podmiot trzeci udostępniał tylko i wyłącznie usługi niematerialne (doradztwo, nadzór, consulting), bez udziału w sprawie w charakterze podwykonawcy. Powodowało to w określonych sytuacjach wątpliwości co do rzeczywistego udziału takiego podmiotu.

W wyroku KIO 211/18 Izba wskazała, że wymóg z art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia – w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą. W wyroku KIO 1755/17 Izba uznała, że obowiązek zrealizowania robót budowlanych przez podmiot udostępniający zasoby, wynikający z art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, oznacza, że wykonawca powołujący się obce zasoby, obowiązany jest do zaangażowania, w sposób bezpośredni podmiotu trzeciego w realizację przedmiotu zamówienia – tak, aby poleganie na potencjale podmiotu trzeciego było realne. Wyrok KIO 2245/17 mówi, iż wobec dyspozycji art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, podmiot trzeci realizujący roboty budowlane powinien być podwykonawcą; wyeksponowano obowiązek wykonawcy do wykazania, że stosunek łączący go z podmiotem trzecim gwarantuje rzeczywisty dostęp do udostępnianych przez ów podmiot zasobów.

ERBUD S.A. będzie w realizacji zamówienia uczestniczył na zasadzie podwykonawcy, przyjmie więc na siebie ryzyko gospodarcze i odpowiedzialność finansową związane z inwestycją – już tylko na tej podstawie nie można twierdzić, że jego udział jest nierealny.

Niezależnie od faktycznie wykonywanych robót budowlanych ERBUD S.A. przez cały okres realizacji inwestycji będzie dostępny w zakresie swojej wiedzy i doświadczenia na budowie,

również poprzez fizyczną obecność, udział w naradach, etc., co zostanie szczegółowo unormowane w umowie podwykonawczej.

Nieuprawnione jest twierdzenie, że wstępnie określony udział w 20% procesu budowlanego świadczy o nierealności udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego. Jaki bowiem procentowy udział w realizacji prac gwarantuje tę realność i jaka jest podstawa prawna tak ustalonego procentu.

Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu. Skoro postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie narzucały minimalnego procentowego udziału podmiotów trzecich w realizacji zadania, co nie jest obowiązkiem prawnym dla Zamawiającego, to obecnie wobec Zamawiającego ani Przystępującego nie mogą być wyciągnięte ujemne skutki z tego tytułu.

W przedmiotowym postępowaniu Przystępujący działał z najwyższą starannością i zapobiegliwością wynikająca z gospodarczego charakteru prowadzonej działalności i w żadnej z podejmowanych czynności nie kierował się intencją wprowadzenia Zamawiającego w błąd ani co do zakresu i wartości realizowanych wcześniej prac na rzecz innych podmiotów, ani co do zdolności kredytowej, jak również w zakresie korzystania z zasobów osób trzecich. Działania i czynności Przystępującego były skutkiem rozsądnej, logicznej i racjonalnej oceny ustawy Prawo zamówień publicznych, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz własnych możliwości przystąpienia do przetargu i jego realizacji. Udział podmiotu trzeciego ERBUD S.A. jest Przystępującemu niezbędny do realizacji zadania; spółka ERBUD będzie w pełnym zakresie uczestniczyć w realizacji zadania przez cały okres jego trwania, ponosząc ryzyko gospodarcze i finansowe swoich prac oraz swoich działań doradczych. Przystępujący nie podlega wykluczeniu z postępowania na żadnej z podstaw, tj. art. 24 ust. 1 pkt 12,16 i 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, w konsekwencji za prawidłowe należy uznać działanie Zamawiającego polegające na niewykluczeniu wykonawcy i uznaniu jego oferty za najkorzystniejszą.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) do czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), natomiast do postępowania odwoławczego przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.).

Izba stwierdziła także, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. Przepis ten stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Odwołujący, przed otwarciem rozprawy, oświadczył, iż

1. cofa częściowo zarzut nr 1, w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, pomimo tego, że w wyniku zamierzonego działania, a co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd:

a) przy przedstawieniu informacji, że spełnione są warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w pkt V pkt 2 ppkt 3 zdolności technicznej lub zawodowej, co do robót budowlanych wykonanych dla Gminy Kowalewo,

b) przy przedstawieniu informacji, że spełnione są warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w pkt V pkt 2 ppkt 2 sytuacja ekonomiczna lub finansowa, co do zdolności kredytowej na wartość 15.000.000 zł,

2. cofa częściowo zarzut nr 2, w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, pomimo tego, że w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, które to informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu w zakresie a) przy przedstawieniu informacji, że spełnione są warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pkt

V.2 ppkt 3a zdolności technicznej lub zawodowej co do robót budowlanych wykonanych dla:
Gminy Kowalewo,

b) przy przedstawieniu informacji, że spełnione są warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pkt V.2 ppkt 2 sytuacja ekonomiczna lub finansowa, co do zdolności kredytowej na wartość 15.000,000 zł,
3. cofa częściowo zarzut nr 3 w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na to, że nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu:

a) przy przedstawieniu informacji, że spełnione są warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pkt V.2 ppkt 3a zdolności technicznej lub zawodowej, co do robót budowlanych wykonanych dla Gminy Kowalewo,

b) przy przedstawieniu informacji, że spełnione są warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pkt V.2 ppkt 2 sytuacja ekonomiczna lub finansowa, co do zdolności kredytowej na wartość 15.000.000 zł – względnie niezastosowanie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w celu wyjaśnienia:

a) czy roboty budowlane wskazane w poświadczeniu wydanym przez Gminę Kowalewo co do wartości 15.000.000 zł dotyczyły budowy, przebudowy, rozbudowy budynku, co wymagane było w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pkt V pkt 2 ppkt 3,

b) oświadczenia, zaświadczenia wydane przez banki były poprzedzone indywidualną analizą i uwzględnieniem, iż wykonawca ubiega się o podobną opinię/zaświadczenie w innym banku, albo że już ją uzyskał.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Art. 568 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. stanowi, że w przypadku cofnięcia odwołania Izba umarza postępowania odwoławcze w formie postanowienia. Powyższe ma zastosowanie odpowiednio do poszczególnych zarzutów odwołania.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie zostało skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy i, w oparciu o art. 520 ust. 1 i art. 568 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego w powyższym zakresie.

W pozostałym zakresie Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania dotyczący postawionych zarzutów (w szczególności treść oferty Przystępującego i złożonych przez

niego dokumentów oraz treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz pism i stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, pomimo tego, że Przystępujący w wyniku zamierzonego działania, a co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnione są warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pkt V pkt 2 ppkt 3, co do robót budowlanych wykonanych dla Państwowej Uczelni Zawodowej we Włocławku,

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, pomimo tego, że w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, które to informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, przy przedstawieniu informacji, że spełnione są warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pkt V.2 ppkt 3a, zdolności technicznej lub zawodowej co do robót budowlanych wykonanych dla Państwowej Uczelni Zawodowej we Włocławku,

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na to, że nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pkt V.2 ppkt 3a, zdolności technicznej lub zawodowej, co do robót budowlanych wykonanych dla Państwowej Uczelni Zawodowej we Włocławku,

4. art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22a ust. 3 w związku z art. 22a ust. 2 i ust. 4, art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania z uwagi na nierealne udostępnienie zasobu przez ERBUD S.A. w celu wykazania, że Przystępujący spełnia warunek wskazany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pkt V.2 ppkt 3a,

5. art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie uznania oferty Przystępującego za odrzuconą w sytuacji, gdy oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu,

6. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie oferty Przystępującego za ofertę najkorzystniejszą, podczas gdy w rzeczywistości oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Przywołane przepisy stanowią:

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych: Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;

16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

1) nie podlegają wykluczeniu;

2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

Art. 22a ust. 2, 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych:

2. 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.

3. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, 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 ustawy Prawo zamówień publicznych.

4. 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. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych: Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Po zapoznaniu się z zarzutami postawionymi w odwołaniu w zakresie podtrzymanym przez Odwołującego Izba stwierdziła, że pomimo przytoczenia przez Odwołującego wielu przepisów oraz podziału w *petitum* na liczne punkty, zarzuty odwołania są w istocie dwa, tj. niespełnienie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu ze względu na nieprawidłowy (niezgodny z warunkiem) zakres realizacji dla Państwowej Uczelni Zawodowej we Włocławku, której wskazanie może też nosić cechy wprowadzenia Zamawiającego w błąd oraz nieprawidłowe powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego w kontekście planowanego zakresu podwykonawstwa.

W konstatacji tej Izba wzięła pod uwagę, iż, zgodnie z praktyką orzeczniczą, zarzut nie jest jedynie wskazaniem przepisu prawnego, ale stanowi całość z jego uzasadnieniem. Dodatkowo, niektóre okoliczności określane jako „zarzuty” ze swojej istoty nie są samodzielne lub są jedynie konsekwencją innych okoliczności, jak np. odnoszące się do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 lub art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Inne okoliczności z kolei nie mogą się ziścić bez wystąpienia zdarzeń koniecznych na wcześniejszym etapie, jak np. wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych lub uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowo w niektórych okolicznościach zakres stosowania przepisów może się pokrywać i być konsumowany przez przepis bardziej adekwatny do sytuacji lub tradycyjnie w danej sytuacji stosowany. Dzieje się tak często w przypadku przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 lub pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyniku zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (w pojęciu niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia mieści się również błąd w obliczeniu ceny lub inna niezgodność z ustawą Prawo zamówień publicznych – jeśli jednocześnie wchodzi w kolizję z wymaganiami specyfikacji). Podobnie może się dzieć w przypadku art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych lub art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Także z jednych okoliczności faktycznych mogą wynikać różne skutki prawne, np. dane wskazanie w ofercie może jednocześnie być niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz stanowić wprowadzenie w błąd albo jednocześnie skutkować uznaniem, że zostały przedstawione nieprawdziwe informacje i nie został spełniony warunek udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Izba uznała, jak wskazała na wstępie, że niniejsze odwołanie sprowadza się w istocie do dwóch zarzutów.

Co do zarzutu dotyczącego niespełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu ze względu na nieprawidłowy (niezgodny z warunkiem) zakres realizacji dla Państwowej Uczelni Zawodowej we Włocławku, której wskazanie może też nosić cechy wprowadzenia Zamawiającego w błąd Izba stwierdziła, co następuje.

W punkcie V pkt 2 ppkt 3 lit. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia (str. 5 i 6) Zamawiający wskazał, że wykonawca spełni warunek zdolności technicznej lub zawodowej, o której mowa w art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wykaże, że: posiada doświadczenie w wykonaniu minimum 2 robót budowlanych, w tym: 1 „roboty budowlanej” polegającej na budowie, przebudowie, rozbudowie budynku użyteczności publicznej wraz z instalacjami wewnętrznymi i przyłączami o wartości minimum 30.000.000,00 zł (przy czym Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony także w sytuacji posiadania przez wykonawcę doświadczenia w wykonaniu minimum 2 robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie, rozbudowie budynków użyteczności publicznej wraz z instalacjami wewnętrznymi i przyłączami o wartości minimum 15.000.000 zł każda) oraz 1 „roboty budowlanej” polegającej na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu służby zdrowia typu ambulatoryjnego lub szpitalnego kategorii XI w myśl art. 8 ust. 1 lit. a lub ust. 2 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. z 2020 r. poz. 295 ze zm.) o wartości minimum 15.000.000 zł.

W celu potwierdzenia spełniania tego warunku Zamawiający żądał wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, 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, z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane 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 były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty.

Dla wykazania spełnienia warunku Przystępujący wskazał w „Wykazie robót budowlanych” m.in. realizację „Przebudowa i modernizacja budynków dydaktycznych Państwowej Wyższej Uczelni we Włocławku przy ul. Energetyków 30 w formule zaprojektuj i wybuduj” o wartości zamówienia 15.588.950,52 zł, w tym wartość robót budowlanych 15.416.750,52 zł, którą opisał w kolumnie „Rodzaj wykonywanych prac” jako: - wykonanie dokumentacji projektowej; - rozbiórka łącznika; - rozbudowa łącznika z wymianą stropodachu: - przebudowa całego obiektu w celu dopasowania układu funkcjonalnego do funkcji obiektu; - zagospodarowanie terenu z budową parkingu, sieci i przyłączy; - wyposażenie budynku w instalacje; - wykonanie instalacji.

W załączonym „Poświadczeniu” z 10 października 2019 r. Państwowa Uczelnia Zawodowa we Włocławku potwierdziła należyte wykonanie przez Przystępującego zadania „Przebudowa i modernizacja budynków dydaktycznych Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej we Włocławku przy ul. Energetyków 30 w formule zaprojektuj – wybuduj” realizowanego w ramach projektu „Inwestycja w infrastrukturę wyższej szkoły zawodowej i działania z zakresu e-edukacji w celu stworzenia Centrum Nauk Technicznych i Nowoczesnych Technologii Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej we Włocławku”. W dalszej części poświadczenia wskazano, że wykonanie dokumentacji projektowej obejmowało w szczególności: 1) wielobranżowe projekty budowlane wraz ze wszystkimi niezbędnymi uzgodnieniami oraz uzyskaniem pozwolenia na budowę; 2) wielobranżowe projekty wykonawcze wraz ze specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót oraz dokumentacją kosztorysową; 3) uzyskanie pozwolenia na użytkowanie obiektu, zaś zakres robót budowlanych obejmował w szczególności: 1) rozbiórkę łącznika między obiektem a budynkiem Zespołu Szkół Elektrycznych; 2) zagospodarowanie terenu z budową parkingu, sieci i przyłączy; 3) rozbudowę łącznika z wymianą stropodachu nad łącznikiem; 4) przebudowę całego obiektu w celu dopasowania układu funkcjonalnego do obecnych potrzeb; 5) przebudowę i remont elewacji i stropodachów wraz z termomodernizacją całego obiektu; 6) wyposażenie budynku w instalacje; 7) wykonanie wiaty rowerowej i altany śmietnikowej. Wartość wykonanych i odebranych robót: 15.588.950,52 zł brutto. Roboty zostały wykonane z należytą starannością, zgodnie ze sztuką budowlaną i obowiązującymi przepisami.

Odwołujący podniósł, że z powyższego nie wynika poświadczenie wartości wykonanych wielobranżowych prac projektowych – występuje jedynie oświadczenie wykonawcy w tabelarycznym wykazie robót budowlanych o wartości zamówienia 15.588.950,52 zł, w tym wartość prac budowlanych 15.416.750,52 zł. Wątpliwości Odwołującego budzi niska kwota za wielobranżowe opracowania dokumentacji projektowych dla tego zadania, podczas gdy

warunek określony przez Zamawiającego dotyczy jedynie budowy, przebudowy lub rozbudowy. W opinii Odwołującego niezgodne z rzeczywistością są informacje, iż ww. inwestycja obejmowała budowę, przebudowę, rozbudowę wraz z instalacjami wewnętrznymi i przyłączami o wartości minimum 15.000.000 zł.

Z brzmienia spornej części warunku udziału w postępowaniu wynika, że wykonawca miał wykazać doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie, rozbudowie budynków użyteczności publicznej wraz z instalacjami wewnętrznymi i przyłączami o wartości minimum 15.000.000 zł.

Powyższe postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinno być interpretowane w sposób wynikający z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Zatem w skrócie – jak zwyczajowo, „normalnie” pojmuje się dane określenia, a jeśli są to określenia branżowe – jak się je rozumie profesjonalnie w danej branży.

W ocenie Izby nie może budzić wątpliwości, że w zamówieniach publicznych pojęcia z zakresu prawa budowlanego, które nie zostały w danej specyfikacji istotnych warunków zamówienia zdefiniowane odmiennie, należy stosować w sposób wskazany w ustawie z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2020 r. poz. 1333).

W art. 3 pkt 6, 7, 7a i 8 tej ustawy zdefiniowano odpowiednio pojęcia budowy, robót budowlanych, przebudowy i remontu: przez „budowę” należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego; przez roboty budowlane należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego; przez przebudowę należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego; przez remont należy rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.

Jak podkreślał Zamawiający i Przystępujący, pojęcie „robót budowlanych” zdefiniowano także w art. 2 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych jako wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na

podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Definicja „robót budowlanych” z ustawy Prawo budowlane odnosi się więc do etapu realizacji robót, natomiast z ustawy Prawo zamówień publicznych zamiennie do etapu realizacji lub realizacji w formule „projektuj i buduj”, czyli obejmuje również wykonanie dokumentacji projektowej, jeśli jest zamawiana łącznie z robotami budowlanymi, których dotyczy.

Jak słusznie jednak podnosił Odwołujący – choć definicja ta obejmuje zarówno formułę „buduj”, jak i „zaprojektuj i wybuduj”, to już wyłącznie od danego zamawiającego (i oczywiście przedmiotu zamówienia) zależy, w jaki sposób określi zakres warunku udziału w postępowaniu – zatem, czy będą to tylko roboty budowane „buduj”, czy też łącznie z projektem.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający wskazał: „doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie, rozbudowie budynków”, zatem wyraźnie odniósł się do samego wykonania robót budowlanych, a nie ich projektowania. W ocenie Izby nie ma też żadnych podstaw, by pojęcia budowy, przebudowy i rozbudowy używać w innym znaczeniu niż to wskazano w ustawie Prawo budowlane.

Takie też rozumienie wynika z „Wykazu robót budowlanych” przedstawionego przez Przystępującego, gdyż od wartości kontraktu (15.588.950,52 zł) odróżnił on wartość robót budowlanych (15.416.750,52 zł), co po odjęciu daje kwotę 172.200 zł wskazywaną jako wartość umowy o prace projektowe z 29 marca 2018 r. z W. K. WAW Biuro Projektowania i Realizacji Architektury W. K. .

Izba nie stwierdziła podstaw do negowania prawdziwości przedstawionej umowy i wskazanej tam kwoty, nawet jeśli zdaniem Odwołującego jest ona zbyt niska.

Nawet jeśli za wartość prac projektowych w ramach kontraktu z Państwową Uczelnią Zawodową we Włocławku uznać nie powyższą kwotę zapłaconą podwykonawcy, lecz kwotę rozliczaną z Państwową Uczelnią Zawodową we Włocławku i do powyższej kwoty doliczyć marżę Przystępującego, którą uwzględnił w kontrakcie z inwestorem, to wartość tej dokumentacji nie przekracza 588.950,52 zł.

Zdaniem Odwołującego kwota za projektowanie, jaką otrzymał Przystępujący, tj. 3.117.790,10 zł, wynika z treści umowy nr 1/2018 z 27 lutego 2018 r. we Włocławku”, gdzie w § 2 „Wynagrodzenie” w ust. 1 wskazano: „Wynagrodzenie Wykonawcy za realizację Przedmiotu Umowy ma charakter ryczałtowy i wynosi: brutto 15.588.950,52 PLN (słownie: piętnaście milionów pięćset osiemdziesiąt osiem tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt złotych 52/100), w tym wartość VAT w wysokości 2.915.007,01 PLN (słownie: dwa miliony dziewięćset piętnaście tysięcy siedem złotych 1/100) i wartość netto 12.673.943,51 PLN

(słownie: dwanaście milionów sześćset siedemdziesiąt trzy tysiące dziewięćset czterdzieści trzy złote 51/100), a w ust. 2: „Wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w ust. 1, będzie płatne na podstawie faktur wystawionych przez Wykonawcę opiewających na kwoty: 1) stanowiącą 20% wynagrodzenia wskazanego w ust. 1, po uzyskaniu ostatecznego i prawomocnego pozwolenia na budowę w imieniu i na rzecz Zamawiającego. W konsekwencji, wynika też z harmonogramu rzeczowo-finansowego oraz protokołu odbioru robót.

Należy jednak zauważyć, że ze wskazywanego postanowienia umowy z Państwową Uczelnią Zawodową we Włocławku, dotyczącego zapłaty wykonawcy 20% wynagrodzenia po sporządzeniu dokumentacji projektowej, a przed rozpoczęciem wykonywania robót budowlanych (po uzyskaniu ostatecznego i prawomocnego pozwolenia na budowę), wynika, że kwota ta nie jest płatnością *stricto* za wykonanie dokumentacji projektowej, pomimo że taki wniosek (kwota 2,5 mln złotych) został zawarty w protokole odbioru robót. Jednak materiałem źródłowym jest umowa, a nie wnioski osób sporządzających protokół.

Z tego postanowienia umowy, w ocenie Izby, wynika bowiem jednoznacznie, że inwestor postanowieniem tym zaliczkował przyszłe roboty budowlane. Zdaniem Izby jest to oczywiste nie tylko z tego względu, że w postanowieniu nie ma bezpośredniej informacji, że jest to płatność za wykonanie dokumentacji projektowej (jedynie płatność „po etapie wykonania dokumentacji projektowej”, co jest często praktykowane przez zamawiających), ale głównie dlatego, że inwestor musiałby być skrajnie niegospodarny, by za dokumentację projektową przewidzieć z własnej woli aż 20% wynagrodzenia, podczas gdy ceny rynkowe z reguły nie przekraczają 5%.

Podobna wartość % wynika z rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. Nr 130, poz. 1389). W załączniku do tego rozporządzenia określono wskaźnik procentowy planowanych kosztów prac projektowych – w zależności od planowanych kosztów robót budowlanych i złożoności projektu. Dotyczy on co prawda obliczania wartości szacunkowej zamówienia, ale obrazuje rzędy kwot – przy czym z praktyki zamówień publicznych wynika, że realne ceny ofert najczęściej są znacznie niższe niż wartości wynikające z tego rozporządzenia.

Tym samym można przyjąć, że wartość dokumentacji projektowej nie przekraczała 588.950,52 zł, a więc wartość robót budowlanych osiągnęła wymagane warunkiem 15.000.000 zł.

Co zaś do zakresu samych robót budowlanych: budowa, rozbudowa, przebudowa, remont i modernizacja w ramach realizacji „Przebudowy i modernizacji budynków dydaktycznych

Państwowej Uczelni Zawodowej we Włocławku”, należy stwierdzić przede wszystkim, że pojęcie „modernizacja” nie odnosi się w ogóle do zakresu rzeczowego robót, lecz ich celu, tj. unowocześnienia budynków. Rzeczowo modernizacja może więc być zarówno budową, rozbudową, przebudową, jak i remontem – to zależy od rozmiaru prac budowlanych.

Co do podnoszonej podczas rozprawy kwestii, że zakres zamówienia/umowy przedstawianej dla wykazania spełnienia warunku może być szerszy niż opisany w warunku – należy się z tym zgodzić. Jednak zarówno zakres rzeczowy, jak i kwotowy określony w warunku musi być w tym szerszym zamówieniu/umowie ujęty. Czyli zbiór A (warunek) musi się mieścić w zbiorze B (umowa). Tak więc – na przykładzie niniejszej sprawy – zakres umowy może być szerszy (projekt i roboty budowlane), ale wciąż musi być spełniony warunek, tj. roboty budowlane muszą obejmować budowę, rozbudowę lub przebudowę i mieć wartość co najmniej 15.000.000 złotych.

Podobnie jeśli chodzi o rodzaj robót budowlanych – jeśli rodzaj ten został określony w warunku (jak w niniejszym przypadku), to wymóg wykazania odnosi się do rodzaju robót określonego w warunku, nawet jeśli zakres prac jest szerszy. Tak więc gdyby Zamawiający wymagał np. doświadczenia odnoszącego się do wykonania instalacji gazów medycznych w ramach obiektu szpitalnego, wykonawca musiałby wykazać wykonanie instalacji gazów medycznych o danej wartości, nawet gdyby całe zamówienie odnosiło się też do innych elementów obiektu (pozostała część zamówienia jest nieistotna z punktu widzenia warunku).

Jednak w niniejszym postępowaniu nie chodzi o podział rzeczowy takiego typu (poza rozróżnieniem na projektowanie i roboty budowlane), bowiem, w ocenie Izby, cała inwestycja, którą obejmuje dokumentacja projektowa, powinna być zakwalifikowana jednorodnie, tj. z punktu widzenia Prawa budowlanego: albo była to budowa, albo przebudowa, albo remont – od tego też zależał zakres pozwolenia na budowę. Zatem nie chodzi o to, jak zakwalifikować poszczególne czynności wykonawcy, tj. że najpierw wykonał trochę prac rozbiórkowych, potem wyburzeniowych, potem budowlanych (np. wznosił wcześniej wyburzone ściany), potem przebudowę jakichś elementów, a następnie wykonał malowanie, które można uznać za remont. Albo że dach został poddany przebudowie, a ściany jedynie remontowi lub na odwrót. Chodzi o całość prac kompleksowo składających się na inwestycję, która, jak wskazano – będzie albo budową, albo przebudową, albo remontem. Sytuacja może być odmienna w przypadku poszczególnych warunków, w zależności od szczegółowych wymagań danego zamawiającego, ale Zamawiający swojego warunku w ten sposób nie uszczegółowił.

Zatem samo wskazanie w ramach przedmiotu zamówienia np. wykonania „przebudowy i remontu elewacji i stropodachów wraz z termomodernizacją obiektu” nie jest

przesądzające. Pomijając już sam błąd merytoryczny takiego zestawienia, gdyż przebudowa i remont na gruncie definicji art. 3 ustawy Prawo budowlane wykluczają się wzajemnie.

Poza tym Izba zgodziła się z Przystępującym, że – poza użyciem określenia „remont”, które to określenie zresztą nie musi być prawidłowe merytorycznie – zakres prac na remont nie wskazuje.

Tym samym Izba uznała, że nie ma podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący nie wykazał spełnienia spornej w tym zarzucie części warunku udziału w postępowaniu, a tym samym, że przedstawił w tym zakresie jakiegokolwiek informacje nieprawdziwe czy wprowadzające Zamawiającego w błąd, zatem nie ma podstaw do wykluczenia go z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do zarzutu dotyczącego nierealnego udostępnienia zasobu przez ERBUD S.A., Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z punktem V pkt 2 ppkt 3 lit. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca miał wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu m.in. w wykonaniu jednych robót budowlanych polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu służby zdrowia typu ambulatoryjnego lub szpitalnego kategorii XI w myśl art. 8 ust. 1 lit. a lub ust. 2 ustawy o działalności leczniczej o wartości minimum 15.000.000 zł.

Dla potwierdzenia spełnienia tej części warunku, w pozycji 3. „Wykazu robót budowlanych”, Przystępujący wskazał realizację „Rozbudowa budynku Szpitala MSW w Lublinie polegająca na budowie łącznika wraz z blokiem operacyjnym” o wartości 22.497.234,04 zł oraz załączył list referencyjny SPZOP MSWiA w Lublinie z 29 grudnia 2017 r. dla firmy ERBUD S.A. Realizacja ta odnosiła się do doświadczenia firmy ERBUD S.A., która w ofercie Przystępującego wystąpiła w roli podmiotu, na którego zdolnościach zawodowych wykonawca polega, tj. wskazanego w art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie Przystępujący przedstawił zobowiązanie ERBUD S.A., o którym mowa w art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z treści zobowiązania spółki ERBUD wynika, iż podmiot ten: a) udostępnia Przystępującemu zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia polegającego na rozbudowie budynku Szpitala MSW w Lublinie polegającej na budowie łącznika wraz z blokiem operacyjnym, b) sposób wykorzystania udostępnionych zasobów przy realizacji zamówienia to bezpośrednie współwykonawstwo (na zasadzie podwykonawstwa) robót budowlanych wchodzących w zakres zamówienia, udzielanie doradztwa w pełnym zakresie udzielanych zasobów, c) zakres udziału przy wykonywaniu zamówienia: bezpośrednie współwykonawstwo pełnego zakresu robót objętych zamówieniem, d) okres udziału przy wykonywaniu zamówienia: pełny okres realizacji

inwestycji, e) zrealizuję roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą: w pełnym zakresie na zasadzie współwykonawstwa.

Jednocześnie w formularzu oferty Przystępujący wskazał procentowy udział przewidywanego podwykonawstwa na poziomie 20%.

Zdaniem Odwołującego udział ten jest nieproporcjonalny i niewystarczający dla realizacji zadania, skoro ERBUD S.A. udostępnił referencje w zakresie charakteru budynku, jaki ma zostać zrealizowany, gdyż powierza się mu jedynie 1/5 część robót budowlanych.

Odwołujący zakwestionował realność udostępnienia zasobów w postaci doświadczenia firmy ERBUD S.A. w stosunku do planowanego zakresu podwykonawstwa tego podmiotu na gruncie przepisu art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten stanowi, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W przepisie tym kluczowe jest stwierdzenie, że podmiot trzeci ma zrealizować roboty budowlane w takim zakresie, dla którego jego zdolności były wymagane, tj. jaki zakres jest pokrywany z jego zasobów. Konieczny zakres realizacji przez podmiot trzeci, jak i zakres możliwego powołania się na zasoby innego podmiotu w konkretnych okolicznościach każdorazowo zależy od brzmienia warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do argumentów Stron i Przystępującego Izba stwierdziła, że zobowiązanie firmy ERBUD S.A. jest formalnie i merytorycznie poprawne. Problemem jest jednak zakres podwykonawstwa w kontekście art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Problem ten wynika jednak z nieco innej przyczyny niż Strony wskazywały podczas rozprawy – otóż wywodzi się ze sposobu określenia warunku udziału w postępowaniu w kontekście przedmiotu zamówienia, natomiast Odwołujący odniósł się już do skutków tej sytuacji.

Zamawiający wskazał bowiem, że wykonawca ma posiadać doświadczenie w wykonaniu dwóch robót budowlanych: jednych robót polegających na budowie, przebudowie, rozbudowie budynku użyteczności publicznej wraz z instalacjami wewnętrznymi i przyłączami o wartości minimum 30.000.000,00 zł oraz jednych robót budowlanych polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu służby zdrowia typu ambulatoryjnego lub szpitalnego kategorii XI o wartości minimum 15.000.000 zł. Zamiennie do robót pierwszych wykonawcy mogli wykazać dwie roboty budowlane o wartości minimum 15.000.000 zł każda.

Zatem wykonawcy musieli wykazać łącznie (koniunkcja „oraz”) doświadczenie dotyczące jednych robót dotyczących budowy, rozbudowy, przebudowy budynku użyteczności publicznej o wartości 30.000.000 zł ORAZ jednych robót budowlanych dotyczących budowy, rozbudowy, przebudowy obiektu służby zdrowia o wartości minimum 15.000.000 zł.

Ewentualnie jednych robót dotyczących budowy, rozbudowy, przebudowy budynku użyteczności publicznej o wartości 15.000.000 zł ORAZ jednych robót dotyczących budowy, rozbudowy, przebudowy budynku użyteczności publicznej o wartości 15.000.000 zł ORAZ jednych robót budowlanych dotyczących budowy, rozbudowy, przebudowy obiektu służby zdrowia o wartości minimum 15.000.000 zł.

Zamawiający jednak nie planuje wybudowania odrębnie dwóch budynków – budynku użyteczności publicznej oraz obiektu służby zdrowia, lecz budynku użyteczności publicznej będącego obiektem służby zdrowia. Wymogiem Zamawiającego było więc, by wykonawca posiadał doświadczenie i przy budowie (rozbudowie, przebudowie) budynku użyteczności publicznej, i przy budowie (rozbudowie, przebudowie) obiektu służby zdrowia. I doświadczenia tego nie da się rozdzielić. Jest to niejako doświadczenie „niepodzielnej ręki”, a nie „w częściach ułamkowych”, a z dwóch podmiotów, które nie potrafią (w znaczeniu: nie posiadają wymaganego doświadczenia), nie da się osiągnąć jednego podmiotu, który potrafi (posiada wymagane doświadczenie).

Inna sytuacja byłaby, gdyby Zamawiający drugą część warunku sformułował np. odnosząc się do doświadczenia przy wykonaniu instalacji gazów medycznych w obiektach służby zdrowia, jak wskazywał w odpowiedzi na odwołanie. W takim przypadku z ogólnego doświadczenia w budowie takiego obiektu dałoby się wydzielić zakres w postaci owej instalacji gazów medycznych, którą mógłby wykonywać podwykonawca posiadający właśnie takie doświadczenie i którego taki udział byłby adekwatny do udostępnianego zasobu (doświadczenia w wykonaniu instalacji gazów medycznych). Podobnie w przypadku innego rodzaju instalacji, wykonania dokumentacji projektowej, prac geodezyjnych itd. – jakiegokolwiek części, która dałaby się wyodrębnić. Natomiast obiektu służby zdrowia i budynku użyteczności publicznej nie da się wyodrębnić, gdy jest to jeden budynek podlegający obu klasyfikacjom.

W przedmiotowym warunku więc zdolności wymagane przez Zamawiającego do realizacji robót budowlanych, w kontekście regulacji art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, to zdolności do wybudowania obiektu służby zdrowia, czyli *de facto* całości zamówienia. W tym kontekście więc wskazanie 20% zakresu podwykonawstwa rzeczywiście jest nieadekwatne do udostępnianego zasobu i przedmiotu zamówienia, a samo udostępnienie zasobu nierealne.

Izba uwzględniła więc zarzut Odwołującego.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 2, § 5, § 7 ust.

2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 20.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się:

1) wpis, obejmujący:

a) wynagrodzenia, wydatki i opłaty Urzędu związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami członków Izby,

b) wynagrodzenie i zwrot wydatków poniesionych przez biegłych, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę z urzędu, oraz tłumaczy, w przypadku, o którym mowa w art. 548 ustawy,

c) koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę z urzędu;

2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące:

a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę,

b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych,

c) wynagrodzenie biegłych oraz zwrot poniesionych przez nich wydatków, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego,

d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego.

Z kolei § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 ww. rozporządzenia stanowi, że w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części koszty ponosi odwołujący i zamawiający, jeżeli

w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części; w takim przypadku Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony powyżej lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

W związku z powyższym Izba uwzględniła uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 20.000 złotych i zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrot połowy wpisu oraz zniosła wzajemnie koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego i pełnomocnika Odwołującego.

Przewodniczący: