

WYROK

z dnia 27 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2019 r. przez **Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” Spółkę Akcyjną w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Sosnowcu**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **D. Ś., Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jaskrowie**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 i art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.) poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **D. Ś., Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jaskrowie** i uznania ich oferty za odrzuconą z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wobec niewykazania faktycznego doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych a wartości min. 15 mln zł zdobytego w ramach realizacji zadania pn. „Rozbudowa i adaptacja istniejącego budynku zlokalizowanego w Krakowie przy ul. Na Załęczu z przeznaczeniem na siedzibę Archiwum Urzędu Miasta Krakowa” w związku z jego realizacją w ramach konsorcjum z innym wykonawcą, oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **D. Ś., Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jaskrowie**, mimo że ich oferta winna być uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych, i nakazuje zamawiającemu – **Miejskiemu Ośrodkowi Sportu i Rekreacji**

w Sosnowcu – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **D. Ś., Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jaskrowie** i uznanie ich oferty za odrzuconą oraz dokonanie ponownej oceny ofert;

2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. kosztami postępowania obciąża **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Sosnowcu** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” Spółkę Akcyjną w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od **Miejskiego Ośrodka Sportu i rekreacji w Sosnowcu** na rzecz **Przedsiębiorstwa Budowlanego „DOMBUD” Spółki Akcyjnej w Katowicach** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Sosnowcu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest modernizacja Pływalni Krytej i Siłowni przy ul. Żeromskiego 4D w Sosnowcu - etap II.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 12 listopada 2019 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane *»DOMBUD» Spółka Akcyjna w Katowicach (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy P.z.p. czynności zamawiającego i zaniechań czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy P.z.p., tj.;

- zaniechania wykluczenia z postępowania o udzielenie ww. zamówienia wykonawcy Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane „CZĘSTOBUD” D. Ś. - Lider Konsorcjum i Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum, mimo że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej (Rozdział IV pkt 3a specyfikacji istotnych warunków zamówienia – s.i.w.z.) oraz w konsekwencji zaniechania uznania jego oferty za odrzuconą,
- dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane „CZĘSTOBUD” D. Ś. ~~ Lider Konsorcjum i Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum, mimo że oferta tego wykonawcy powinna być uznana za odrzuconą,
- zaniechanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w niniejszym postępowaniu, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w s.i.w.z.,

czym zamawiający naruszył przepisy:

- art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane „CZĘSTOBUD” D. Ś. ~~ Lider Konsorcjum i Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (s.i.w.z. Rozdz. IV pkt 3a), co narusza zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej

konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie przepisów ustawy oraz art 24 ust. 4 ustawy P.z.p.

- poprzez zaniechanie uznania oferty wykonawcy Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane „CZĘSTOBUD” D. Ś. - Lider Konsorcjum i Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum za odrzuconą,

- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez wybór oferty wykonawcy Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane „CZĘSTOBUD” D. Ś. - Lider Konsorcjum i Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum, mimo że jego oferta winna być uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p., a jednocześnie zaniechanie wyboru oferty odwołującego, mimo że na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w s.i.w.z. oferta odwołującego jest najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, co narusza zasadę prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy P.z.p.,

- art. 26 ust. 3 i 4 ustawy P.z.p. przez zaniechanie wezwania wykonawcy Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane „CZĘSTOBUD” D. Ś. - Lider Konsorcjum i Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum do wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p., ewentualnie zaniechania wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia ww. oświadczeń i dokumentów, wskutek czego nie zweryfikowano spełniania przez ww. wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, opisanego w R. IV pkt 3a s.i.w.z., w zakresie robót budowlanych dotyczących rozbudowy Archiwum w Krakowie.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty,
2. wykluczenia wykonawcy Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane „CZĘSTOBUD” D. Ś. - Lider Konsorcjum i Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum z postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia, uznanie jego oferty za odrzuconą,
3. wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w s.i.w.z..

Odwołujący podniósł, że przysługuje mu legitymacja do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany

możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p., w postaci utraty korzyści związanych z uzyskaniem ww. zamówienia. W wyniku naruszenia ww. przepisów zamawiający nie wybrał oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w ww. przetargu i niepodlegających odrzuceniu, mimo że odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą według kryteriów oceny ofert określonych w s.i.w.z., wobec czego, przy prawidłowym postępowaniu, oferta odwołującego winna zostać wybrana, a wykonawca Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane „CZĘSTOBUD” D. Ś. - Lider Konsorcjum i Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum, wobec niespełnienia warunków udziału w postępowaniu. powinien być wykluczony, natomiast jego oferta uznana za odrzuconą.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że dnia 31.10.2019 r. zamawiający poinformował go o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty złożonej przez konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane „CZĘSTOBUD” D. Ś. ~ Lider Konsorcjum i Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum (dalej także: przystępujący).

Zamawiający w postępowaniu wymagał wg treści Rozdziału IV pkt 3a s.i.w.z. spełniania przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, polegającego m.in. na wykazaniu, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali należycie, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz prawidłowo ukończyli „co najmniej dwie roboty budowlane w zakresie budowy, remontu bądź przebudowy, nadbudowy; rozbudowy budynków typu: budynek mieszkalny wielorodzinny, budynek kultury, nauki i oświaty, budynek służby zdrowia, opieki społecznej i socjalnej, budynek administracji publicznej, budynek zakwaterowania turystycznego i rekreacyjnego, budynek sportu i rekreacji, budynek biurowy i konferencyjny, budynek handlu, gastronomii i usług o wartości brutto każdej z nich nie niższej niż 15 000 000,00 zł brutto, przy czym zamawiający dopuszcza, by wartość ta była sumą wartości robót realizowanych w ramach zespołu maksimum dwóch takich budynków”.

Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie ww. warunku udziału w postępowaniu, na wezwanie zamawiającego z dnia 03.10.2019 r., dokonane na podstawie art. 26 ust 2 ustawy P.z.p., przystępujący złożył „Wykaz wykonanych (wykonywanych) robót budowlanych” (załącznik nr 7 do s.i.w.z., tabela - 1p. 1), gdzie wskazał dwie roboty - w tym roboty wykonane dla Gminy Miejskiej Kraków, polegające na Budowie Archiwum Miejskiego przy ul. Na Załączu 2, (rozbudowa i adaptacja istniejącego budynku zlokalizowanego w Krakowie przy ul. Na Załączu z przeznaczeniem na siedzibę Archiwum Urzędu Miasta Krakowa).

Z załączonych „Referencji” do tego zadania - Referencje z dnia 29.08.2018 r. wystawione przez Gminę Miejską Kraków, Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie dla konsorcjum firm: PB CZĘSTOBUD D. Ś. oraz ZR-B ULBUD Grzegorz Stolarski - wynika, że wskazane konsorcjum wykonało robotę o wartości 15 177 900,00 zł brutto.

Z ww. dokumentów nie wynika, jaka jest wartość brutto samych robót budowlanych w ramach ww. inwestycji - tj. czy spełniają minimalny wymóg s.i.w.z. co do ich wartości - 15 000 000 zł brutto - w szczególności po odjęciu wartości dostaw i usług objętych ww. zamówieniem, ani też fakt, że wg treści umowy konsorcjum, które wykonywało to zadanie, 30 % robót objętych zamówieniem wykonał Zakład Remontowo - Budowlany „ULBUD” G. S. (z zastrzeżeniem robót sanitarnych, które wg umowy konsorcjum ULBUD wykonywał w 100 %, natomiast CZĘSTOBUD wykonywał 100 % robót elektrycznych) oraz że dla uzyskania ww. wartości umowy zsumowano wartość robót realizowanych w ramach 3 budynków.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający tych kwestii nie zweryfikował, nie wzywał w tym zakresie przystępującego ani do wyjaśnień, ani do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy P.z.p. Z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że wartość robót budowlanych wykonanych przez obu członków konsorcjum w ramach ww. zamówienia wynosiła 14 908 721,65 zł (czyli poniżej minimum wymaganego w s.i.w.z.) - i to bez uwzględnienia okoliczności, że wg umowy konsorcjum należy dodatkowo odjąć od ww. kwoty ok. 30 %, jako wartość robót wykonanych przez Zakład Remontowo - Budowlany „ULBUD” G. S., z czego wynika, że wartość robót budowlanych wykonanych przez CZĘSTOBUD wynosiła tylko ok. 9 481 397,63 zł. Dodatkowo wykonawca, w celu uzyskania ww. wartości, zsumował, wbrew treści s.i.w.z. roboty wykonywane w ramach zespołu 3 budynków.

W ocenie odwołującego, przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu opisanych w Rozdziale IV pkt 3a s.i.w.z. „Warunek udziału - minimalna wartość (15 mln zł brutto) robót budowlanych - nie dostaw, ani usług.

Odwołujący wskazał, że z informacji uzyskanych od Gminy Miejskiej Kraków, na podstawie dostępu do informacji publicznej (odpowiedzi ZIMAD.0143.87.20i9 z dnia 03.10.2019 i 15.11.2019, tj. umowy wraz z załącznikami i Aneksami do umowy wynika, iż zamówienie to obejmowało również dostawy i usługi, które nie powinny być wliczane w zakres wartości robót budowlanych.

W Tabeli rozliczeniowej nr 29 z dnia 22.12.2017 r., stanowiącej część dokumentacji rozliczeniowej ww. zamówienia publicznego, następujące pozycje obejmują;

a) usługi:

- * 6.8 Zieleń o wartości 60 162,60 zł netto
- b) dostawy;
- * 7.7 Dostawa i montaż 5 szt. regałów stacjonarnych (zgodnie z katalogiem: Architektura -1.9 Regały) - o wartości 16 260,16 zł netto
- 7.2 Dostawa i montaż pozostałych niezbędnych elementów wyposażenia zawartych w dokumentacji projektowej (np.: gaśnice) - o wartości 9 756,10 zł netto
- 11 Dostawa i montaż urządzeń aktywnych zamiennych o wartości 126100 zł netto Załącznik nr 9 Tabela rozliczeniowa nr 20 z dnia 22.12.2017 r. (zawierająca zakres dodany w aneksach)

Powyższe pozycje zgodne są z definicjami usług i dostaw, które występują w ustawie P.z.p.;

„Usługi - należy przez to rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy

„Dostawa - należy przez to rozumieć nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży; dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację”

Odwołujący wskazał, że zamawiający, Gmina Miejska Kraków, na 2 stronie s.i.w.z. dotyczącej tego zadania oznaczył przedmiotu zamówienia wg Wspólnego Słownika Zamówień (CPV), Oprócz robót budowlanych, wskazał tam, że przedmiotem zamówienia są także usługi i dostawy, wymieniając konkretne kody CPV, a mianowicie:

- * 77211400*6 Usługi wycinania drzew
- * 77211600-8 Sadzenie drzew
- * 77211500-7 Usługi pielęgnacji drzew
- * 39131100-0 Regały archiwalne

Powyższe kody potwierdzają, iż częścią ww. zamówienia publicznego były usługi i dostawy oraz pokrywają się z pozycjami z Tabeli rozliczeniowej nr 20 do tej inwestycji. Zatem zgodnie z treścią s.i.w.z. zakres ww. zamówienia obejmował wykonanie robót budowlanych i innych czynności m.in.: uporządkowanie zieleni (wycinki drzew, nasadzenia), wyposażenie budynku.

Odwołujący dodał, iż dostawa i montaż urządzeń aktywnych nie była ujęta w zakresie zamówienia podstawowego, tylko dodana dopiero w Aneksie nr 3 do umowy na to zamówienie,

stąd jej brak w s.i.w.z. w wymienionych powyżej kodach CPV, niemniej jednak ich wartość została ostatecznie doliczona do wartości umowy.

Odwołujący zauważył, że powyższe kwoty są pomniejszone o 3%, a to ze względu na treść § 6 pkt 4 umowy na ww. zamówienie, który stanowił: „Suma wynagrodzeń płaconych na podstawie częściowych faktur wystawionych na podstawie Protokołów Odbiorów Częściowych wynosić będzie nie więcej niż 97% wynagrodzenia określonego w ust. 1 Ostatnia część wynagrodzenia, w wysokości nie mniejszej niż 3% wynagrodzenia określonego w ust. 1 zostanie zapłacona na podstawie prawidłowo wystawionej faktury, po podpisaniu przez Strony, Protokołu Odbioru Końcowego Inwestycji.” Na potwierdzenie powyższego można przytoczyć Aneks nr 3 do ww. umowy, wg którego wartość dostawy i montażu urządzeń aktywnych wynosi 130 000,00 zł netto, natomiast w tabeli rozliczeniowej wartość tej pozycji to 126 100,00 zł netto (130 000,00 x 0,97).

Zatem suma pozycji obejmujących usługi i dostawy wynosiła 218 844,19 zł netto, a po uwzględnieniu 23% podatku VAT, wynosiła 269 178,35 zł brutto. Kwotę tą należy odjąć od kwoty całej umowy (tj. 15 177 900,00 zł brutto). Pozostała wartość, czyli kwota 14 908 721,65 zł brutto, obejmuje same roboty budowlane.

W zakresie zarzutu dotyczącego warunku wykazania faktycznego doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych o wartości 15 mln zł a wykonywanie robót przez przystępującego odwołujący wskazał, że wyżej wymienione zamówienie publiczne pod nazwą: „Rozbudowa i adaptacja istniejącego budynku zlokalizowanego w Krakowie przy ul. Na Załączu z przeznaczeniem na siedzibę Archiwum Urzędu Miasta Krakowa ” wykonywane było wspólnie przez konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D. Ś. oraz Zakład Remontowo-Budowlane ULBUD G. S.,

Wg treści § 9 umowy ww. konsorcjum, zawartej pomiędzy tymi przedsiębiorcami podział robót był następujący: „Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D. Ś. - wykonanie robót żelbetowych, instalacyjnych elektrycznych, izolacyjnych i wykończeniowych zgodnie z dokumentacją techniczną, Zakład Remontowo-Budowlane „ ULBUD” G. S. - wykonanie robót żelbetowych, instalacyjnych sanitarnych, izolacyjnych i wykończeniowych zgodnie z dokumentacją techniczną”.

Natomiast procentowy udział w wykonaniu robót był następujący:

„Członkowie konsorcjum biorą udział w zyskach i ponoszą straty na zasadzie odniesienia tylko do swojej części zamówienia zgodnie z poniższym wykazem:

Przedsiębiorstwo Budowlane „ CZĘSTOBUDM D. Ś., al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa zobowiązuje się do przedstawienia oferty i jej realizacji w zakresie prac objętych przedmiotem zamówienia w 70%,

Zakład Remontowo-Budowlane „ ULBUD” G. S., ul Botaniczna 26/16, 42-216 Częstochowa zobowiązuje się do przedstawienia oferty i jej realizacji w zakresie prac objętych przedmiotem zamówienia w 30%.”

Zatem wartość robót (wartość ostateczna umowy) należy podzielić zgodnie z powyższym zakresem i procentowym podziałem robót 70% CZĘSTOBUD - 30% ULBUD (z wyjątkiem robót sanitarnych - 100% ULBUD oraz robót elektrycznych - 100% CZĘSTOBUD).

Odwołujący wskazał, że zakres robót budowlanych wykonanych podczas realizacji tego zadania przez CZĘSTOBUD, opiewał na kwotę 9 481 397,63 zł brutto - czyli mniej niż wymagane przez zamawiającego 15 000 000,00 zł brutto.

Odwołujący zaznaczył, że nawet gdyby uznać (z czym się nie zgadza), że w ramach wykonanych robót budowlanych można uwzględnić koszt usług i dostaw, wartość robót wykonanych przez firmę CZĘSTOBUD wynosiłaby: 9 669 822,47 zł brutto, co w dalszym ciągu jest wartością mniejszą niż wymagane przez zamawiającego 15 000 000,00 zł brutto.

Odwołujący przywołał wyrok TSUE z 4 maja 2017 r. C-131/14 Esaprojekt, z którego wynika, że możliwość powoływania się członka konsorcjum na doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum w wyniku uprzedniej realizacji zamówienia jest weryfikowane wyłącznie przez pryzmat faktycznego udziału (realizacji) w zamówieniu każdego członka konsorcjum. Będąc członkiem konsorcjum nabywa się doświadczenie jedynie w zakresie faktycznie wykonanego zakresu rzeczowego zamówienia.

Odwołujący powołał się również na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wydane w sprawach sygn. akt: KIO 326/18, KIO 188/18, akt KIO 905/17, KIO 925/17, KIO 933/17.

Odnosząc się do zarzutu dot. warunku udziału - suma wartości robót realizowanych w ramach zespołu maksimum 2 budynków, odwołujący wskazał, że zgodnie z umową na rozbudowę Archiwum w Krakowie z dnia 22.06.2016 r. i Tabelą rozliczeniową nr 20 z dnia 22.12.2017 r., podczas wykonywania ww. zadania, roboty budowlane odbywały się w ramach 3 budynków, tj. budynek istniejący „A” oraz projektowane budynki - Hala magazynowa nr 1 i Hala magazynowa nr 2, Potwierdza to także zdjęcie z serwisu Google Maps, na którym wyraźnie widać 3 osobne budynki.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu dopuszczał sumowanie wartości „robót realizowanych w ramach zespołu maksimum dwóch takich budynków ” (Roz. IV pkt 3a s.i.w.z.).

Jeżeli przyjąć, że wymagany zespół 2 budynków stanowić będą dobudowane Hala 1 i Hala 2, to same roboty budowlane wykonane w istniejącym budynku Archiwum w Krakowie, mają wartość: 2 443 089,43 zł netto, czyli 3 004 999,99 zł brutto. Następnie kwotę tę należy powiększyć o 3% z uwagi na § 6 ust. 4 umowy, co daje 3 097 938,13 zł brutto. Odejmując otrzymaną kwotę od wartości zamówienia tj. od 15 177 900,00 zł brutto, otrzymujemy kwotę 12 079 961,87zł brutto, czyli poniżej wymaganych przez zamawiającego 15 000 000,00 zł brutto. (Należy jednocześnie pamiętać, iż podana kwota zawiera również wartość instalacji wykonanych w budynku istniejącym oraz usługi i dostawy).

W związku z powyższym odwołujący podniósł, że wybrany wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale IV pkt 3a s.i.w.z., w związku z czym powinien być wykluczony z postępowania.

Zamawiający na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą wniósł o oddalenie odwołania. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego konsorcjum nie zgodził się, że za niewykonywane roboty należy się wynagrodzenie. W jego ocenie, odwołujący bezpodstawnie zanegował stanowisko właścicieli firm. W odwołaniu odwołujący mówił o faktycznym, a nie formalnym nabyciu doświadczenia. Wskazał, że to treść s.i.w.z. określa istotę badania zdolności technicznej i zawodowej, a nie interpretacja wykonawców. Wskazał na definicję robót budowlanych zawartą w dyrektywach zamówieniowych i stwierdził, że w skład robót budowlanych wchodzi wszystkie czynności związane z realizacją inwestycji. Brak jest podstaw do wyłączenia z zakresu robót budowlanych prac dotyczących np. terenów zielonych. Podkreślił, że to zamawiający określa co jest przedmiotem zamówienia. Stwierdził, że wszystkie elementy zawarte w pkt 1-7 umowy z 22.06.2016 roku wchodzi w skład robót budowlanych. Wskazał na § 1 pkt 23 umowy, z którego wynika, że przez roboty budowlane należy rozumieć roboty wykonane zgodnie z umową w zakresie opisanym w załączniku nr 1 do umowy. Wskazał na załącznik nr 1 obejmujący prace o wartości określonej kwotą 15 177 900 zł. Wskazał na pkt 25 § 1 umowy i stwierdził, że opisanych tam robót nie można traktować jako dostawy. Świadczy o tym wysokość podatku VAT, jaki wskazywał przystępujący na fakturze. Wskazał, że z § 1 pkt 2 umowy wynika, że chodzi o adaptację jednego budynku. Poza tym organ sprawujący nadzór budowlany traktuje inwestycję jako wykonywaną na jednym budynku. W ostateczności należałoby budowlę traktować jako jeden zespół budynków. Podniósł, że przystępujący spełnił wszystkie jego wymagania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: D. Ś., Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jaskrowie (przystępujący).

Przystępujący w piśmie z dnia 25 listopada 2019 roku wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego,
- 2) dopuszczenie dowodów składanych na rozprawie.

Przystępujący wskazał, że prawidłowość wykonanej roboty w tym w szczególności co do zakresu i wartości poświadcza referencja złożona w niniejszym postępowaniu.

Odnosząc się do stawianych zarzutów przystępujący wskazał, że umowa została podpisana przez Konsorcjum firm : PB CZĘSTOBUD lider, ZRB ULBUD partner. W trakcie realizacji faktycznie roboty zostały wykonane jedynie przez PB CZĘSTOBUD. ULBUD nie wykonywał żadnych prac i nie zafakturował żadnych kwot, wynikało to z okoliczności związanych z samą realizacją umowy, a przede wszystkim z koniecznością wykonania robót dodatkowych związanych z zagęszczeniem gruntu.

Przystępujący podniósł, że tym samym zarzut odnoszący się do braku wymaganej wartości zrealizowanych przez PB CZĘSTOBUD robót jest bezzasadny. Odwołujący nie posiada żadnej wiedzy na temat sposobu realizacji referencyjnego zamówienia, a swoje twierdzenia opiera na treści umowy Konsorcjum, a nie dokumentach księgowych dotyczących realizacji robót. Tym samym twierdzenia są jedynie swobodną dywagacją. CZĘSTOBUD nie tylko fakturował wszystkie roboty, ale je wykonywał, w związku z czym w ramach realizacji referencyjnego zadania inwestycyjnego nabył doświadczenie w realizacji robót na wymaganą kwotę min. 15.000.000 zł.

Przystępujący podkreślił, że bezrefleksyjne posługiwanie się orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 Sygn. akt C-387/14 ws. Esaprojekt, w którym Trybunał wskazał m.in, że „Zasada równego traktowania wykonawców nie dopuszcza, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji” nie odnosi się do stanu faktycznego referencyjnego zadania. Stwierdził, że każdy przypadek należy badać indywidualnie i tak w innym orzeczeniu Trybunał Sprawiedliwości UE podkreślał także, iż „warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział np. w zarządzaniu sprawami konsorcjum” (wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji sygn. C399/05),

Przystępujący wskazał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wydawanym już po ogłoszeniu wyroku ws. Esaprojekt, przyjmuje się, że doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum wymaga indywidualnej analizy konkretnego stanu faktycznego i badania realnego udziału w realizacji danego zadania każdego z członków konsorcjum. Wskazuje się także, że

wykonawca nabywa doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem konsorcjum, lecz przez bezpośredni udział w realizacji części zamówienia, do którego wykonania zobowiązana jest cała grupa wykonawców. W sytuacji, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, to doświadczenie tego wykonawcy należy ocenić w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, czyli jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.

W ocenie przystępującego niespornym jest, że inwestycja była realizowana przez CZĘSTOBUD w całości jako lidera. Również roboty wykonywane przez podwykonawców były koordynowane, nadzorowane i realizowane na rzecz i odpowiedzialność PB CZĘSTOBUD. Wynika to z pisemnych oświadczeń obu członków Konsorcjum. PB CZĘSTOBUD było nie tylko liderem konsorcjum, ale aktywnie i bezpośrednio uczestniczyło w realizacji całego przedsięwzięcia, dokonywało zakupów kluczowych materiałów, pozyskiwało podwykonawców, realizowało samodzielnie zakres prac i co najważniejsze nadzorowało i odbierało wszystkie prace. Zatem twierdzenia odwołującego są bez zasadne.

Zdaniem przystępującego bezzasadne jest również twierdzenie, że dla uzyskania wartości umowy z zamawiającym 15 177 900,00 zł zsumowano wartość robót zrealizowanych w ramach trzech budynków (przy zapisie w s.i.w.z., że suma wartości robót zrealizowanych może być w ramach maksimum dwóch budynków) jest sprzeczne ze stanem faktycznym.

Przystępujący wskazał, że roboty budowlane o wartości 15 177 900,00 zł brutto zostały wykonane w ramach jednego budynku, o czym świadczy już sama nazwa zadania określona przez zamawiającego: wykonanie robót polegających na rozbudowie i adaptacji istniejącego budynku zlokalizowanego w Krakowie na działce nr 30 obręb 55 przy ul. Na Załączu 2 w Krakowie.

Ponadto, jak wynika ze stanowiska Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego (Wyjaśnienia przepisów prawa budowlanego), opublikowane na stronie Głównego Urzędu Nadzoru Budowlanego www.gunb.gov.pl w sprawie obowiązku prowadzenia książki obiektu budowlanego dla budynków połączonych łącznikiem - art. 64 ustawy Prawo budowlane zamieszczone na stronie w dniu 26.05.2015. GINB stwierdza, że istnienie łącznika między kilkoma segmentami - czyli konstrukcji łączącej co najmniej dwa segmenty, przeznaczonej do przemieszczania się ludzi między tymi segmentami, oznacza, że każdy z tych segmentów nie może być kwalifikowany jako samodzielna konstrukcyjnie całość. Tym samym zespół segmentów (pawilonów) trwale związanych z gruntem, wydzielonych z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiadających fundamenty i dach, należy traktować jako jeden budynek, jeżeli wchodzące w jego skład części są połączone ww. łącznikiem. Dla takiego

budynku należy prowadzić jedną książkę obiektu budowlanego, a nie osobno dla każdego segmentu wchodzącego w jego skład.”

W ocenie przystępującego bezzasadne są również twierdzenia odwołującego, że wartość robót budowlanych wykonanych w ramach zadania : „Wykonanie robót polegających na rozbudowie i adaptacji istniejącego budynku zlokalizowanego w Krakowie na działce nr 30 obręb 55 przy ul. Na Załączu 2 w Krakowie” wynosi 14 908 721,65 zł nie odpowiada stanowi faktycznemu.

Przystępujący wskazał, że zgodnie z umową z Gminą Miejską Kraków Urzędem Miasta Krakowa nr W/II/1778/WI/18/2016 z dnia 22.06.2016 r. wraz z późniejszymi aneksami wartość robót budowlanych wyniosła 15 177 900,00 zł brutto.

Twierdzenie odwołującego, że zadanie: „Wykonanie robót polegających na rozbudowie i adaptacji istniejącego budynku zlokalizowanego w Krakowie na działce nr 30 obręb 55 przy ul. Na Załączu 2 w Krakowie” zlecone przez Urząd Miasta Krakowa obejmowało również dostawy i usługi , które nie powinny być wliczane w zakres robót budowlanych, nie odpowiada stanowi faktycznemu. Referencyjna realizacja była realizacją podlegającą reżimowi przepisów prawa zamówień publicznych w ramach robót budowlanych, tak więc cała wartość umowy stanowi podstawę do legitymowania się nabytym doświadczeniem. W niniejszym postępowaniu zamawiający nie wskazał obowiązku wykazania się konkretną wartością w konkretnym zakresie a wręcz przeciwnie postawił warunek legitymowania się doświadczeniem realizacji robót budowlanych w ramach robót budowlanych o podobnym stopniu złożoności, na jaką zastała ona zawarta stanowi . Próbą wyjęcia z zakresu realizacji umowy pewnych robót bez wątplenia zleconych w ramach realizacji robót budowlanych na zadaniu inwestycyjnym dla Budynku Archiwum jest próba sztucznego wydzielenia zakresu robót spod całej umowy, co nie znajduje żadnego uzasadnienia. Zgodnie z ustawą Prawo budowlane z dnia 07 lipca 1994 r (Dz. U. Nr 89, poz. 414 z późniejszymi zmianami) art. 3 punkt 7, przez roboty budowlane należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego.

Zamawiający - Urząd Miasta Krakowa - w umowie na wykonanie przedmiotowego zadania zdefiniował w SI punkt 23 : Roboty budowlane - roboty wykonane zgodnie z niniejszą umową, w zakresie opisanym w załączniku nr 1 do umowy. Kwestionowane wykonanie zieleni i wyposażenie inwestycji było integralną częścią robót budowlanych realizowanych w ramach zawartej umowy.

Przystępujący podkreślił, że wyposażenie inwestycji to dostawa i montaż, czyli wykonanie robót zgodnie z dokumentacją techniczną i wymaganiami zamawiającego, będące składową całości wykonanych robót budowlanych, a nie zakup materiałów i przekazanie go do

dyspozycji Zamawiającego. Natomiast twierdzenie odwołującego, że dostawa i montaż urządzeń aktywnych zamiennych o wartości 126 100,00 zł netto stanowi o braku podstawowej wiedzy związanej z wykonywaniem instalacji elektrycznych. W zakresie zadania było wykonanie szeregu instalacji elektrycznych niskoprądowych, do realizacji których niezbędne było dostarczenie m.in. tzw. urządzeń aktywnych, okablowania, osprzętu elektrycznego i innych materiałów. Następnie materiały te zostały zamontowane i zabudowane, okablowanie zostało ułożone w bruzdach i korytkach, dokonane zostały odpowiednie pomiary i uruchomienie instalacji. Końcowym etapem był odbiór gotowych instalacji niskoprądowych przez nadzór inwestorski protokołem odbioru i następnie wykonawca wystawił fakturę na wykonane roboty budowlane.

Dlatego nie można mówić o dostawie materiałów, ich przekazaniu zamawiającemu, złożeniu w magazynach, a tylko i wyłącznie o robotach budowlanych wykonywanych zgodnie z dokumentacją budowlaną, warunkami pozwolenia na budowę i uzgodnieniami z zamawiającym, podlegających odbiorowi przez zamawiającego.

W ocenie przystępującego, twierdzenie odwołującego, że mamy do czynienia z dostawą a nie robotami budowlanymi, jest całkowicie niezrozumiałe. Praktycznie każda robota budowlana polega na zakupie materiałów i późniejszym jego zabudowaniu. Odwołujący sam podaje w odwołaniu definicję dostawy zgodnie z ustawą P.z.p. :

„Dostawa - należy przez to rozumieć nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację”.

Przystępujący podkreślił, że umowa zawarta z Urzędem Miasta Krakowa była umową na wykonanie robót polegających na rozbudowie i adaptacji istniejącego budynku . Nie była umową sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy czy leasingu.

Przystępujący wskazał, że ustawa P.z.p. definiuje w art. 2 trzy rodzaje umów: umowę dostawy, umowę o roboty budowlane i usługi. Definicja roboty budowlanej w ustawie P.z.p. odsyła do odpowiedniej regulacji Prawa budowlanego, przy czym na gruncie ustawy P.z.p. roboty budowlane obejmują: wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, czyli budowa a także praca polegająca na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego (pkt 7 art. 3 Prawo budowlane), zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych oraz realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków przez osobę trzecią, zgodnie z wymogami określonymi przez zamawiającego - w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Celem postępowania jest doprowadzenie wykonanych robót budowlanych (budowanego lub wybudowanego obiektu budowlanego) do stanu zgodnego z prawem, co należy rozumieć jako stan, w którym określone roboty budowlane nie będą pozostawały w

kolizji z przepisami prawa. Definicja robót budowlanych odnosi się do prac, czyli czynności faktycznych, które mogą zostać ocenione jedynie na podstawie rezultatu, a zatem materialnego ich efektu. Oznacza to, że zakwalifikowanie przedmiotu danego zamówienia do robót budowlanych możliwe jest wtedy, gdy podlega ono reżimowi ustawy Prawo budowlane.

W ocenie przystępującego, nie zmieniają charakteru umowy przywoływane przez odwołującego kody CPV. W tym w szczególności kody Wspólnego Słownika Zamówień CPV : - 77211400-6 Usługi wycinania drzew

- 77211600-8 Sadzenie drzew
- 77211500 - Usługi pielęgnacji drzew
- 3 9131100-0 Regały archiwalne

Przystępujący stwierdził, że nie można przy realizacji tego zadania mówić o usługach czy dostawach. Nie odpowiadało to ani treści umowy, ani dokumentacji projektowej, ani stanowi faktycznemu. Przystępujący nie realizował żadnych umów na usługi czy dostawy.

Ponadto, nawet jeśli hipotetycznie przyjąć argumentację odwołującego, to wartość powyższych robót objętych kodami CPV wyniosła, zgodnie z Rozszerzoną Tabelą Elementów, będącą załącznikiem nr 6 do umowy :

- poz. 6.8. tabeli : Zieleń - 74 000,00 zł
- poz. 7.1. tabeli : Dostawa i montaż regałów stacjonarnych - 20 000,00 zł
- poz. 7.2. tabeli : Dostawa i montaż pozostałych elementów wyposażenia zawartych w dokumentacji projektowej (np. gaśnice) - 12 000, zł

W sumie 106 000,00 zł brutto, czyli nadal wartość robót budowlanych znacznie przekracza 15 000 000,00 zł. Wyliczenia odwołującego są całkowicie błędne i bezzasadne, mają tylko na celu udowodnienie tezy , że wartość robót jest niższa niż 15 000 000,00 zł.

Dostawa i montaż urządzeń aktywnych o wartości 126 100,00 zł netto wbrew twierdzeniom Odwołującego jest ujęta w kodach Wspólnego Słownika Zamówień CPV określonych przez zamawiającego w s.i.w.z.. Są to kody w punkcie 3 s.i.w.z. :

- 45310000-3 - Roboty instalacyjne elektryczne
- 453160000-5 Instalowanie systemów oświetleniowych i sygnalizacyjnych
- 45311200-2 Roboty w zakresie instalacji elektrycznych

Przystępujący wskazał, że odwołujący dla potwierdzenia swoich tez wybiórczo przedstawia w odwołaniu fragmenty s.i.w.z. pomijając treści, które całkowicie zaprzeczają twierdzeniom odwołującego. Instalacje niskoprądowe, których składową są urządzenia aktywne, były w pierwotnym zakresie zamówienia, lecz później w czasie realizacji zamawiający zażądał urządzeń aktywnych o wyższych parametrach, a co za tym idzie – o wyższej cenie, dlatego konieczne było ujęcie dodatkowych kosztów urządzeń aktywnych zamiennych w aneksie nr 3 do umowy podstawowej.

Przystępujący stwierdził, że spełnia wszystkie wymagane przez zamawiającego warunki określone w s.i.w.z. a negowane przez odwołującego, a więc :

1. Roboty budowlane przy realizacji zadania: Wykonanie robót polegających na rozbudowie i adaptacji istniejącego budynku zlokalizowanego w Krakowie na działce nr 30 obręb 55 przy ul. Na Załęczu 2 w Krakowie zostały faktycznie wykonane i w całości zafakturowane przez PB CZĘSTOBUD, bez udziału partnera konsorcjum ZRB ULBUD G. S., który nie fakturował żadnej kwoty za te roboty.
2. Roboty budowlane zostały zrealizowane na jednym budynku a nie trzech, jak twierdzi odwołujący.
3. Wartość wykonanych robót budowlanych wyniosła 15 177 900,00 zł brutto a więc powyżej wymaganych przez zamawiającego minimum 15 000 000,00 zł.
4. W zakresie zadania zleconego przez Urząd Miasta Krakowa nie było usług i dostaw, kwota wynagrodzenia 15 177 900,00 zł brutto obejmuje wyłącznie roboty budowlane.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w postępowaniu wymagał wg treści Rozdziału IV pkt 3a s.i.w.z. spełniania przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, polegającego m.in. na wykazaniu, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali należycie, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz prawidłowo ukończyli „co najmniej dwie roboty budowlane w zakresie budowy, remontu bądź przebudowy, nadbudowy; rozbudowy budynków typu: budynek mieszkalny wielorodzinny, budynek kultury, nauki i oświaty, budynek służby zdrowia, opieki społecznej i socjalnej, budynek administracji publicznej, budynek zakwaterowania turystycznego i rekreacyjnego, budynek sportu i rekreacji, budynek biurowy i konferencyjny, budynek handlu, gastronomii i usług o wartości brutto każdej z nich nie niższej niż 15 000 000,00 zł brutto, przy czym

zamawiający dopuszcza, by wartość ta była sumą wartości robót realizowanych w ramach zespołu maksimum dwóch takich budynków ”

Na potwierdzenie ww. warunku udziału w postępowaniu, na wezwanie zamawiającego z dnia 03.10.2019 r., dokonane na podstawie art. 26 ust 2 ustawy P.z.p., przystępujący złożył „Wykaz wykonanych (wykonywanych) robót budowlanych” (załącznik nr 7 do s.i.w.z., tabela - 1p. 1), gdzie wskazał dwie roboty - w tym roboty wykonane dla Gminy Miejskiej Kraków, polegające na Budowie Archiwum Miejskiego przy ul. Na Załączu 2, (rozbudowa i adaptacja istniejącego budynku zlokalizowanego w Krakowie przy ul Na Załączu z przeznaczeniem na siedzibę Archiwum Urzędu Miasta Krakowa).

Z załączonych referencji do tego zadania z dnia 29.08.2018 r. wystawionych przez Gminę Miejską Kraków, Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie wynika, że umowa została zrealizowana przez konsorcjum firm: PB CZĘSTOBUD D. Ś. oraz ZR-B ULBUD G. S. oraz że jej wartość wynosi 15 177 900,00 zł brutto.

Zgodnie z § 1 umowy konsorcjum zawartej pomiędzy PB „CZĘSTOBUD” D. Ś. a ZRB „ULBUD” G. S. strony zawierają konsorcjum w celu złożenia wspólnej oferty przetargowej oraz realizacji zadania ogłoszonego przez Gminę Miejską Kraków – Urząd Miasta Krakowa pod nazwą: „Wykonanie robót budowlanych polegających na rozbudowie i adaptacji istniejącego budynku z przeznaczeniem na siedzibę Archiwum Urzędu Miasta Krakowa – część 1 zadania”. W przypadku wygrania przetargu, strony zobowiązują się do wspólnej realizacji ww. zadania i wykluczają możliwość wypowiedzenia umowy do czasu wykonania zamówienia oraz upływu czasu gwarancji i rękojmi. Strony zobowiązują się, że nie będą wprowadzały zmian do umowy bez zgody zamawiającego. W myśl § 2, czas trwania umowy strony określają na okres od 05.05.2016 r. do 31.12 2023 r. Zgodnie z § 3, funkcją lidera konsorcjum pełnił będzie PB „CZESTOBUD” D. Ś., którego pozostali współlnicy upoważniają do:

- podpisywania dokumentów przetargowych w imieniu i za zgodą członków konsorcjum,
- prowadzenia negocjacji z zamawiającym w imieniu konsorcjum,
- utrzymywania stałego kontaktu z zamawiającym,
- reprezentowania konsorcjum na placu budowy,
- podpisania umowy na roboty budowlane,
- zaciągania zobowiązań w imieniu konsorcjum,
- reprezentowania konsorcjum we wszystkich innych sprawach dotyczących złożenia wspólnej oferty oraz realizacji zadania „Wykonanie robót budowlanych polegających na rozbudowie i

adaptacji istniejącego budynku z przeznaczeniem na siedzibę Archiwum Urzędu Miasta Krakowa – część 1 zadania”.

Stosownie do § 4 umowy konsorcjum, strony zgodnie ustalają następujący zakres obowiązków współników konsorcjum na etapie realizacji inwestycji i negocjacji z zamawiającym:

- 1) realizację zakresu robót zgodnie z umową, warunkami pozwolenia na budowę, sztuką budowlaną, wiedzą techniczną, obowiązującymi normami oraz dokumentacją techniczną,
- 2) oddelegowanie do udziału w negocjacjach na wniosek lidera konsorcjum kompetentnego przedstawiciela,
- 3) solidne wywiązywanie się z obowiązków wynikających z umowy z zamawiającym,
- 4) wykonanie innych dodatkowych robót po każdorazowym pisemnym uzgodnieniu warunków ich wykonania.

W myśl § 5 umowy konsorcjum, współnicy konsorcjum zgodnie ustalają następujący podział robót w ramach uzyskanego zamówienia i podpisanej przez zamawiającego umowy – do wykonania przez poszczególnych współników:

PB „CZĘSTOBUD” D. Ś. – wykonanie robót żelbetowych, instalacyjnych elektrycznych, izolacyjnych i wykończeniowych zgodnie z dokumentacją techniczną

ZRB „ULBUD” G. S. – wykonanie robót żelbetowych, instalacyjnych sanitarnych, izolacyjnych i wykończeniowych zgodnie z dokumentacją techniczną.

Stosownie do § 6 ust. 1 umowy konsorcjum, umowę z zamawiającym podpisze PB „CZĘSTOBUD” D. Ś. . W myśl ust. 4, do reprezentowania konsorcjum wobec zamawiającego strony upoważniają D. Ś. – właściciela PB „CZĘSTOBUD”. Zgodnie z ust. 5, faktury za roboty i dostawy dla zamawiającego wykonywać będzie PB „CZĘSTOBUD” D. Ś., natomiast pozostali współnicy będą obciążać lidera konsorcjum oddzielnymi fakturami wewnętrznymi.

W myśl § 9 umowy konsorcjum, każdy ze współników będzie odpowiadać za wykonanie przyjętej na siebie części robót. Odpowiadać będzie również w zakresie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, jak też ponosić będzie odpowiedzialność z tytułu rękojmi i gwarancji na zasadach określonych w umowie z zamawiającym. Wspólnicy stwierdzają, że będą solidarnie odpowiedzialni prawnie za realizację umowy. Każde ze współników ponosi wszelkie koszty związane z nieprawidłowym lub nieterminowym wykonaniem jego zakresu robót, jak również inne powstałe z jego winy lub w jego zakresie robót. Członkowie konsorcjum biorą udział w zyskach i ponoszą straty na zasadzie odniesienia tylko do swojej części zamówienia, zgodnie z wykazem: PB „CZĘSTOBUD” D. Ś. zobowiązuje się do przedstawienia oferty i jej realizacji w zakresie prac objętych przedmiotem zamówienia w 70%, ZRB „ULBUD”

G. S. zobowiązuje się do przedstawienia oferty i jej realizacji w zakresie prac objętych przedmiotem zamówienia w 30%.

Umowa, której przedmiotem było wykonanie robót budowlanych polegających na rozbudowie i adaptacji istniejącego budynku z przeznaczeniem na siedzibę Archiwum Urzędu Miasta Krakowa – część 1 zadania została zawarta w dniu 22 czerwca 2016 roku pomiędzy Gminą Miejską Kraków a konsorcjum firm : D. Ś. PB „CZĘSTOBUD” lider, G. S. „ZRB ULBUD” partner. W myśl § 1 ust. 1 umowy, pod pojęciem inwestycji należy rozumieć wykonanie robót polegających na rozbudowie i adaptacji istniejącego budynku zlokalizowanego w Krakowie przy ul. Na Załączu 2 z przeznaczeniem na siedzibę Archiwum Urzędu Miasta Krakowa – część 1 (pierwsza) zadania inwestycyjnego. Zakres inwestycji obejmuje wykonanie:

- 1) wykonanie koniecznych prac rozbiórkowych,
- 2) adaptację budynku istniejącego,
- 3) budowę dwóch hal magazynowych powiązanych funkcjonalnie z budynkiem określonym w pkt. 2,
- 4) zagospodarowanie terenu w zakresie umożliwiającym użytkowanie,
- 5) uporządkowanie zieleni (wycinki drzew, nasadzenia),
- 6) wykonanie infrastruktury technicznej,
- 7) wyposażenie obiektu.

Zgodnie z ust. 23, przez roboty budowlane należy rozumieć roboty wykonane zgodnie z umową w zakresie opisanym w załączniku nr 1 do umowy.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy, szczegółowy zakres inwestycji obejmuje: wykonanie koniecznych prac rozbiórkowych, przebudowę budynku „A”, rozbudowę budynku „A” o hale nr 1, nr 2 i przewiązki, wykonanie instalacji wewnętrznych budynku „A”, hali nr 1 i nr 2, przewiązki nr 1 i nr 2, wykonanie zagospodarowania terenu wraz z infrastrukturą techniczną, w tym: naziemne zagospodarowanie terenu, przyłącze elektroenergetyczne, przebudowę sieci elektroenergetycznej, przebudowę sieci teletechnicznej, wykonanie przyłącza gazowego, przyłącza kanalizacji deszczowej, wykonanie ogrodzenia, wykonanie zieleni, wyposażenie inwestycji w maszyny, urządzenia, aparaturę sprzęt, uzyskanie ostatecznego pozwolenia na użytkowanie inwestycji.

W dniu 15 grudnia 2017 roku strony umowy z dnia 22 czerwca 2016 roku zawarły aneks nr 3, na mocy którego paragraf 2 ust. 1 umowy otrzymał brzmienie: „1. Zakres umowy obejmuje realizację Inwestycji zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy oraz nadzorem autorskim Nr A.1.1. stanowiącym załącznik nr 1a do umowy oraz załącznikiem nr 7”. W ramach umowy Wykonawca zrealizuje roboty budowlane polegające na wykończeniu pomieszczeń I piętra budynku administracyjno-biurowego do stanu pełnego standardu użytkowego oraz wykonanie

przepustów kablowych administracyjno-biurowego umożliwiającą wprowadzenie instalacji światłowodowych do budynku administracyjno-biurowego.

Na mocy aneksu paragraf 6 ust. 1 umowy otrzymał brzmienie: „1. Wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu umowy wynosi ogółem: 15 177 900,00 zł brutto (słownie: piętnaście milionów sto siedemdziesiąt siedem tysięcy dziewięćset złotych 00/100), w tym podatek VAT 23%, tj. 2 838 143,90 zł”.

W dniu 29.08.2018 r. Gmina Miejska Kraków Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie wystawiła referencje, z których wynika, że umowa z dnia 22 czerwca 2019 roku została zrealizowana przez konsorcjum firm: PB CZĘSTOBUD D. Ś. oraz ZR-B ULBUD G. S. oraz że jej wartość wyniosła 15 177 900,00 zł brutto.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 i art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: D. Ś., Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jaskrowie i uznania ich oferty za odrzuconą z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wobec niewykazania faktycznego doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych a wartości min. 15 mln zł zdobytego w ramach realizacji zadania pn. „Rozbudowa i adaptacja istniejącego budynku zlokalizowanego w Krakowie przy ul. Na Załączu z przeznaczeniem na siedzibę Archiwum Urzędu Miasta Krakowa” w związku z jego realizacją w ramach konsorcjum z innym wykonawcą, oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: D. Ś., Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jaskrowie, mimo że ich oferta winna być uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy – P.z.p.

W pozostałym zakresie odwołanie, jako bezzasadne, podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Istotą sporu jest zajęcie stanowiska w sprawie, czy przystępujący wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub

zawodowej, polegającego m.in. na wykazaniu, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali należycie, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz prawidłowo ukończyli co najmniej dwie roboty budowlane w zakresie budowy, remontu bądź przebudowy, nadbudowy; rozbudowy budynków typu: budynek mieszkalny wielorodzinny, budynek kultury, nauki i oświaty, budynek służby zdrowia, opieki społecznej i socjalnej, budynek administracji publicznej, budynek zakwaterowania turystycznego i rekreacyjnego, budynek sportu i rekreacji, budynek biurowy i konferencyjny, budynek handlu, gastronomii i usług o wartości brutto każdej z nich nie niższej niż 15 000 000,00 zł brutto, przy czym zamawiający dopuszcza, by wartość ta była sumą wartości robót realizowanych w ramach zespołu maksimum dwóch takich budynków.

Przystępujący, w celu wykazania spełnienia wyżej wskazanego warunku, wykazał realizację inwestycji pod nazwą „Rozbudowa i adaptacja istniejącego budynku zlokalizowanego w Krakowie przy ul. Na Załęczu z przeznaczeniem na siedzibę Archiwum Urzędu Miasta Krakowa”, którą realizował jeden z członków konsorcjum – D. Ś., prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „CZĘSTOBUD” D. Ś., w ramach konsorcjum z wykonawcą G. S., prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany „ULBUD” G. S. . Zgodnie z zawartą umową konsorcjum wykonawca PB „CZĘSTOBUD” był odpowiedzialny za wykonanie robót żelbetowych, instalacyjnych elektrycznych, izolacyjnych i wykończeniowych, stanowiących 70% przedmiotu zamówienia. Drugi z członków konsorcjum – ZRB „ULBUD” – odpowiedzialny był za wykonanie robót żelbetowych, instalacyjnych sanitarnych, izolacyjnych i wykończeniowych, stanowiących 30% przedmiotu zamówienia. W związku z tym, że wartość przedmiotu umowy wynosiła 15 177 900,00 zł brutto, realizacja jej przedmiotu w 70% oznacza, że przystępujący nie wykazał, iż zrealizował zadanie o wymaganej przez zamawiającego wartości 15 000 000,00 zł.

Przystępujący na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą podnosił, że w istocie sam zrealizował całą inwestycję, bez udziału drugiego konsorcjanta – ZRB „ULBUD” – w związku z czym legitymuje się doświadczeniem w realizacji inwestycji o wymaganej wartości. Na tę okoliczność przystępujący złożył jako dowód w sprawie oświadczenia członków konsorcjum – D. Ś. i G. S. – oraz informacje osób prowadzących księgowość w Przedsiębiorstwie Budowlanym „CZĘSTOBUD”.

Odnosząc się do zgłoszonych wniosków dowodowych, Izba wskazuje w pierwszej kolejności, że złożone przez przystępującego oświadczenia i informacje są dokumentami prywatnymi w rozumieniu art. 245 K.p.c., zgodnie z którym dokument prywatny stanowi dowód

tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Z przepisu tego odczytywanego w powiązaniu z art. 253 K.p.c. wynikają dwa domniemania, po pierwsze - że dokument jest autentyczny, a więc nie jest przerobiony ani podrobiony (domniemanie prawdziwości) oraz po drugie - że oświadczenie w nim zawarte pochodzi od osoby, która dokument ten podpisała. Żadne z tych domniemań nie obejmuje jednak domniemania zgodności z prawdą zawartego w dokumencie oświadczenia, a zgodność ta może być podważona za pomocą innych środków dowodowych.

Izba przeprowadziła dowody z dokumentów – wyciągu z umowy z dnia 22 czerwca 2019 roku na wykonanie zadania „Rozbudowa i adaptacja istniejącego budynku zlokalizowanego w Krakowie przy ul. Na Załęczu z przeznaczeniem na siedzibę Archiwum Urzędu Miasta Krakowa”, wraz z aneksem nr 3 z dnia 15 grudnia 2017 roku, umowy konsorcjum z dnia 5 maja 2019 roku, protokołu odbioru z dnia 30 kwietnia 2018 roku, protokołu odbioru końcowego oraz przekazania z dnia 30 kwietnia 2019 roku, referencji z 29 sierpnia 2018 roku, umowy o podwykonawstwo z dnia 31 marca 2017 roku, umowy o podwykonawstwo z dnia 28 lipca 2017 roku i stwierdziła, że we wszystkich tych dokumentach jako wykonawca inwestycji występują obydwaj członkowie konsorcjum. Z treści żadnego ze wskazanych dokumentów nie wynika, iż PB „CZĘSTOBUD” wykonywał samodzielnie przedmiotową umowę. W szczególności nie wynika to z faktu, że w dokumentach tych konsorcjum reprezentowane jest przez D. Ś. - PB „CZĘSTOBUD”. Fakt ten wynika z postanowienia § 6 ust. 4 umowy konsorcjum, zgodnie z którym do reprezentowania konsorcjum wobec zamawiającego strony upoważniają D. Ś. – właściciela Przedsiębiorstwa Budowlanego „CZĘSTOBUD”. Należy z całą mocą podkreślić, że w każdym przypadku D. Ś. występował w imieniu i na rzecz konsorcjum, nie zaś wyłącznie w swoim. Podkreślić przy tym należy, że PB „CZĘSTOBUD” i ZRB „ULBUD” zawarły umowę konsorcjum w celu złożenia wspólnej oferty przetargowej oraz realizacji zadania i – zgodnie z § 1 umowy konsorcjum – zobowiązały się, że nie będą wprowadzały zmian do umowy bez zgody zamawiającego. Przystępujący nie wykazał, by w trakcie realizacji umowy zwracał się do zamawiającego o wyrażenie zgody na zmianę umowy konsorcjum, oraz że w ogóle informował zamawiającego o jakichkolwiek zmianach po stronie wykonawcy inwestycji.

Konfrontując przedstawione dowody Izba dała wiarę tym dowodom, z których wynika, iż wskazana inwestycja była realizowana przez obu członków konsorcjum. Wskazać należy, że część z nich zawierała oświadczenia woli, w związku z czym, z mocy art. 247 K.p.c., przysługuje im silniejsza moc dowodowa niż innym dokumentom. Podkreślić przy tym należy, że przystępujący w zakresie tego zarzutu nie zgłosił żadnych innych wniosków dowodowych, takich jak chociażby przesłuchanie świadków.

Izba wskazuje na wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt motyw 62 – 64, z którego wynika, że w sytuacji, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Wykonawca nabywa bowiem realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału.

W świetle powyższego Izba doszła do przekonania, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ponieważ wykazywane przez niego doświadczenie nie odpowiada postawionemu wymogowi w zakresie wymaganej wartości. Członek konsorcjum przystępującego wykonawcy zrealizował bowiem wykazywaną inwestycję w 70%, co w związku z faktem, że jej całkowita wartość wyniosła 15 177 900 zł brutto, oznacza, że wymóg 15 000 000 zł nie został osiągnięty.

Izba uznała za bezzasadny zarzut dotyczący niewykazania przez przystępującego warunku udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej ze względu na niemożność ustalenia, jaka jest wartość brutto samych robót budowlanych w ramach ww. inwestycji - tj. czy spełniają minimalny wymóg s.i.w.z. co do ich wartości - 15 000 000 zł brutto - w szczególności po odjęciu wartości dostaw i usług objętych ww. zamówieniem. W ocenie Izby stanowisko odwołującego, iż dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu należy wykazać realizację inwestycji, w której wartość robót *stricto* budowlanych wynosi nie mniej niż 15 000 000 zł brutto należy uznać za nieprawidłowe.

Zgodnie z art. 2 pkt 8 ustawy P.z.p., przez roboty budowlane należy rozumieć 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. W myśl pkt 5d, przez obiekt budowlany należy rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

Według art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p., do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy P.z.p. nie stanowią

inaczej. Prawo zamówień publicznych nie podaje żadnych definicji różnych rodzajów umów, a więc definicje z K.c. mają bezpośrednie zastosowanie w zamówieniach publicznych.

Zgodnie z art. 647 K.c., przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Zakres i wartość robót budowlanych określone są zatem projektem budowlanym, który – zgodnie z przepisami Prawa budowlanego – określa m.in. zagospodarowanie terenu, układy zieleni, konieczną infrastrukturę. Brak jest podstaw do wyłączenia tych elementów z zakresu prac budowlanych.

Powyższe znalazło potwierdzenie również w treści umowy z dnia 22 czerwca 2016 roku, która jest umową o roboty budowlane. Zgodnie bowiem z jej § 1 ust. 23, przez roboty budowlane należy rozumieć roboty wykonane zgodnie z umową, w zakresie opisanym w załączniku nr 1 do umowy. Załącznik nr 1 zawiera natomiast wszystkie czynności obejmujące przedmiot zamówienia, w tym również te, które zostały zakwestionowane przez odwołującego.

Wskazując na powyższe, brak jest podstaw do wyłączenia z zakresu i wartości robót budowlanych wykonanych w ramach realizacji inwestycji polegającej na rozbudowie i adaptacji budynku z przeznaczeniem na siedzibę Archiwum Urzędu Miasta Krakowa, tych prac, które *stricto* robotami budowlanymi nie były. Wyłączenie takie nie odpowiada charakterowi robót budowlanych oraz obowiązującym przepisom.

Izba uznała za bezzasadny zarzut dotyczący niespełnienia przez przystępującego warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej poprzez wykazanie doświadczenia w realizacji inwestycji obejmującej trzy budynki zamiast dwóch.

Jak wynika z umowy z dnia 22 czerwca 2016 roku, inwestycja obejmowała wykonanie robót polegających na rozbudowie i adaptacji już istniejącego jednego budynku. Z faktu, że zakres robót obejmował rozbudowę istniejącego budynku o dwie hale i przewiązki nie wynika, że w istocie realizacja inwestycji dotyczyła trzech budynków.

Okoliczność, iż inwestycja dotyczyła jednego budynku wynika z kolejnych przedłożonych przez przystępującego dowodów, w tym: decyzji nr 2908/08 z dnia 12.12.2008 roku – pozwolenie na budowę, decyzji nr 353/2018 z 28.03.2018 roku – pozwolenie na użytkowanie, oświadczenia generalnego projektanta i kierownika budowy i przedłożonych projektów.

Izba podziela stanowisko Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Warszawie w sprawie obowiązku prowadzenia książki obiektu budowlanego dla budynków połączonych łącznikiem, z którego wynika, że przepis art. 64 Prawa budowlanego (ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku, Dz. U. z 2019 roku, poz. 1186 ze zm.) dotyczy każdego budynku oraz obiektu budowlanego. Przedmiotowy przepis odnosi się do samodzielnego konstrukcyjnie całego obiektu budowlanego, czyli oddzielnego od innych obiektów budowlanych przerwą dytylacyjną, począwszy od fundamentu do dachu. Natomiast istnienie łącznika między kilkoma segmentami – czyli konstrukcji łączącej co najmniej dwa segmenty, przeznaczonej do przemieszczania się ludzi między tymi segmentami – oznacza, że każdy z tych segmentów nie może być kwalifikowany jako samodzielna konstrukcyjnie całość. Tym samym zespół segmentów (pawilonów) – trwale związanych z gruntem, wydzielonych z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiadających fundamenty i dach – należy traktować jako jeden budynek, jeżeli wchodzące w jego skład części są połączone ww. łącznikiem.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy P.z.p. przez zaniechanie wezwania wykonawcy Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane „CZĘSTOBUD” D. Ś. - Lider Konsorcjum i Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum do wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p., ewentualnie zaniechania wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia ww. oświadczeń i dokumentów, wskutek czego nie zweryfikowano spełnienia przez ww. wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, opisanego w R. IV pkt 3a s.i.w.z., w zakresie robót budowlanych dotyczących rozbudowy Archiwum w Krakowie.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. W myśl ust. 4, zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Wezwanie wykonawcy do złożenia dokumentów lub wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy P.z.p. jest obowiązkiem zamawiającego, który powinien wystosować takie wezwanie w każdym przypadku, gdy ziszcza się przesłanki wskazane w cytowanym przepisie. Niewątpliwie takie przesłanki zaszły również w przypadku przedmiotowego postępowania i

dotyczyły doświadczenia przystępującego nabytego w ramach wykonywania inwestycji w formie konsorcjum, jednakże zamawiający zaniechał wezwania przystępującego do złożenia dokumentów i/lub wyjaśnień.

Niemniej jednak odwołanie w zakresie wskazanego zarzutu podlega oddaleniu, a to z uwagi na treść art. 192 ust. 2 ustawy P.z.p., z którego wynika, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W świetle powyższego przepisu, dla uwzględnienia odwołania, konieczne jest wykazanie dwóch przesłanek:

- 1) naruszenie przepisów ustawy oraz
- 2) wykazanie, że naruszenie to miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania

Z powyższego wynika, że nie każde naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy będzie skutkowało uwzględnieniem odwołania, ale tylko takie, które w sposób istotny wpłynęło lub może wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w art. 2 pkt 7a ustawy P.z.p., a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego lub jako – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowanie postanowień takiej umowy.

Innymi słowy – z wpływem naruszenia na wynik postępowania mamy do czynienia wyłącznie w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów zawartych w odwołaniu prowadzi lub może prowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy.

W rozpoznawanym przypadku nie mamy do czynienia z taką sytuacją. Postępowanie dowodowe przeprowadzone w sprawie wskazuje, że przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wobec niewykazania realizacji robót budowlanych o wymaganej wartości 15 000 000,00 zł. Tym samym nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów lub wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy P.z.p. prowadziłoby jedynie do niecelowego przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....