

WYROK
z dnia 7 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 2 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2022 r. przez wykonawcę **R. G. prowadząca działalność gospodarcza pod firmą ReMar R. G. z siedzibą w Gołkowicach Górnych** w postępowaniu prowadzonym przez **Pszczynskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie**

przy udziale wykonawcy **Building Enterprise sp. z o.o. z siedzibą w Jawiszowicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawcę **R. G. prowadząca działalność gospodarcza pod firmą ReMar R. G. z siedzibą w Gołkowicach Górnych** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – **R. G. prowadząca działalność gospodarcza pod firmą ReMar R. G. z siedzibą w Gołkowicach Górnych** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **R. G. prowadząca działalność gospodarcza pod firmą ReMar R. G. z siedzibą w Gołkowicach Górnych** na rzecz zamawiającego **Pszczynskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie**, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. poz. 2021, poz. 1129 ze 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.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Pszczynskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie, zwany dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. poz. 2021, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „I Etap: Budowa dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych na działkach 165/28, 166/28 położonych w Łące przy ul. Cieszyńskiej – zgodnie z pozwoleniem na budowę nr 881/16 z dnia 27.09.2016 r. (nr postępowania: : PTBS /ZP/1/2022)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dn. 19 stycznia 2022 r. pod nr 2022/BZP 00025680/01.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu, w dniu 17 maja 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca R. G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą ReMar R. G. z siedzibą w Gołkowicach Górnych, zwana dalej „Odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp poprzez ich błędną wykładnię i brak zastosowania, przejawiające się w dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Building Enterprise Sp. z o.o. i zaniechaniu odrzucenia oferty Building Enterprise Sp. z o.o., mimo że powyższa oferta i jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi m.in. w rozdziale VIII pkt 15 ppkt 1 SWZ, VIII pkt 15 ppkt 2 SWZ, VIII pkt 18 SWZ, VIII pkt 20 SWZ, XIII pkt 4 SWZ, XIII pkt 9 SWZ, XIII pkt 11 ppkt 1 i 2 SWZ i XIII pkt 11 ppkt 3 SWZ;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 119 Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp poprzez ich błędną wykładnię i brak zastosowania, przejawiające się w zaniechaniu odrzucenia oferty Building Enterprise Sp. z o.o., mimo iż powyższy podmiot nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie w wykonaniu umów o roboty budowlane - rozdział X pkt 2 ppkt 1) lit a SWZ w zw. z Sekcją V pkt 5.4. ppkt 1 lit a Ogłoszenia o zamówieniu) a także mimo że nie złożył podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnienie powyższych warunków udziału w postępowaniu;
- 3) art. 239 Pzp w zw. z art. 253 Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, przejawiające się w wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej

przez Building Enterprise Sp. z o.o., mimo że ofertą najkorzystniejszą, w rozumieniu art. 239 Pzp i w świetle kryteriów oceny ofert przyjętych przez Zamawiającego oraz warunków zamówienia, była oferta Odwołującego;

- 4) art. 16 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, przejawiające się w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji a także zasad przejrzystości prowadzonego postępowania;
- 5) art. 17 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego zgodnie z przepisami Pzp a dokonanie wyboru z naruszeniem prawa i wskazanych przepisów Pzp oferty Building Enterprise Sp. z o.o., która to oferta winna być odrzucona.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Building Enterprise Sp. z o.o. ewentualnie nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Building Enterprise Sp. z o.o.;
- 2) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert;
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez Building Enterprise Sp. z o.o.;
- 4) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

a nadto o:

- 5) przeprowadzenie zawnioskowanych dowodów na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniu;
- 6) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego na podstawie art. 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 2 lit. b) 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, stosownie do przedłożonej na rozprawie/posiedzeniu faktury VAT, obejmującej wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego.

Uzasadnienie odwołania

Na wstępie Odwołujący wskazał, iż zaskarżone czynności zostały podjęte przez Zamawiającego wobec wydania przez KIO postanowienia z dnia 4 maja 2022 r. w sprawie sygn. akt KIO 986/22. Ponadto Odwołujący przypomniał, iż w dniu 4 kwietnia 2022 r. Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za najkorzystniejszą a oferta Building Enterprise Sp. z o.o. została odrzucona na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2 lit. b Pzp wobec braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej. W ramach w/w postępowania przed KIO Odwołujący wskazywał, iż oferta Building Enterprise Sp. z o.o. podlegała odrzuceniu, ale w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Odwołujący podniósł, że pomimo przedstawienia obszernego stanowiska w tym zakresie, z

którym przed dokonaniem zaskarżonych czynności zapoznał się Zamawiający, stanowisko to zostało przez niego całkowicie pominięte i - co istotne - Zamawiający dopuścił się podjęcia kwestionowanych czynności zruszeniem przepisów Pzp wskazanych w odwołaniu. Odwołujący zaakcentował, że przedstawione w zawiadomieniu z dnia 12 maja 2022 r. stanowisko Zamawiającego jest całkowicie chybione i ujawnia brak właściwego zastosowania podstawowych przepisów Pzp, a zindeksowanych w zarzutach niniejszego odwołania ze szczególnym uwzględnieniem podstawowych zasad obowiązujących na gruncie instrumentarium Pzp - a mianowicie dekodowanych z art. 16 Pzp. Odnosząc się do argumentacji wskazanej przez Zamawiającego w Zawiadomieniu z dnia 12 maja 2022 r. w pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że jest ona całkowicie chybiona a kwestionowane czynności i zaniechania Zamawiającego naruszają Pzp. W ramach niniejszego odwołania Odwołujący dostrzegł dwa zasadnicze zagadnienia węzłowe, oba determinujące konieczność - oblig Zamawiającego odrzucenia oferty Building Enterprise Sp. z o.o., które zostały objęte zarzutami niniejszego odwołania.

II. Pierwszym i najistotniejszym jest to, iż oferta Building Enterprise Sp. z o.o. podlegała odrzuceniu z uwagi na jej niezgodność (jawną i nie podlegająca korekcie) z wymaganiami wynikającymi z dokumentacji zamówienia (tj. z SWZ.) - ergo z warunkami zamówienia, co, w ocenie Odwołującego, realizuje dyspozycję art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp tym bardziej w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp. Dalej Odwołujący wskazał, iż Zamawiający postawił szczegółowe i wyraźne wymagania odnośnie do treści oferty. I tak zgodnie z warunkami zamówienia: 1. "oferta musi zawierać formularz ofertowy, zgodny w treści z wzorem stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ" (rozdział VIII pkt 15 ppkt 1 SWZ); 2. "oferta musi zawierać szczegółowy kosztorys sporządzony z wykorzystaniem przedmiarów stanowiących załącznik nr 5 do Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia" (rozdział VIII pkt 15 ppkt 2 SWZ); 3. "Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia" (rozdział VIII pkt 18 SWZ); 4. "Oferta musi być przygotowana zgodnie z formularzami, które stanowią załączniki do SWZ. W przypadku, gdy informacje wskazane w formularzu nie dotyczą Wykonawcy, należy wpisać "nie dotyczy" w odpowiednią rubrykę formularza" (rozdział VIII pkt 20 SWZ) – z tego odwołujący wywodził, że niedopuszczalne i niezgodne z warunkami zamówienia i postawionymi wyraźnie wymogami było pomijanie lub niewypełnianie konkretnych rubryk w formularzach; 5. "Wykonawca jest zobowiązany do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach wstępujących w kosztorysach ślepych stanowiących załącznik do niniejszej SWZ" (rozdział XIII pkt 4 SWZ); 6. "Kosztorysy ofertowe stanowią przedmiotowy środek dowodowy i winny być załączone do oferty" (rozdział XIII pkt 9 SWZ); 7. "Wykonawca określi ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w kosztorysie ofertowym wg następujących zasad: 1) wszystkie pozycje kosztorysu powinny zawierać cenę jednostkową z narzutami; 2) cena jednostkowa każdej pozycji kosztorysowej powinna obejmować koszty bezpośrednie robocizny, materiałów, zakupu, pracy sprzętu i

transportu technologicznego oraz koszty pośrednie i zysk szczegółowo opisane w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót "(rozdział XIII pkt 11 ppkt 1 i 2 SWZ); 8. "Wykonawca musi opracować kosztorys ofertowy w cenach netto, według podstaw i wyceny podanych w określonych przez Zamawiającego dokumentacji projektowej" (rozdział XIII pkt 11 ppkt 3 SWZ); Nadto również wg projektowanych postanowień umownych (załącznik nr 7 do SWZ) wymagane było sporządzenie przez Wykonawcę szczegółowego kosztorysu zgodnego w wymogami SWZ i zawierające wypełnione wszystkie pozycje, co potwierdza brzmienie m.in. par. 13 ust 2 oraz zwłaszcza ust. 3 projektu umowy, stosownie do którego "obliczanie należnego wynagrodzenia za wykonane prace odbywać się będzie na podstawie cen jednostkowych przedstawionych w ofercie oraz rzeczywiście wykonanych i odebranych prac, potwierdzonych przez Inspektora Nadzoru" (par 13 ust. 2 projektu umowy). Powyższe - szczegółowe określenie wszystkich pozycji kosztorysowych i wypełnienie każdej rubryki wg żądań Zamawiającego ma znaczenie m.in. dla wszystkich częściowych i końcowego rozliczenia, dla rozliczenia robót zaniechanych, rozliczenia robót w razie odstąpienia od umowy (par. 21 ust 9 projektu umowy) jak też zastosowania instytucji zmiany umowy (w tym zmiany wynagrodzenia) oraz zastosowania waloryzacji wynagrodzenia (m.in. par 22 ust 2 in fine oraz art. 23 projektu umowy). Dalej Odwołujący zwrócił uwagę na dokonaną przez Zamawiającego w dniu 31 stycznia 2022 r. zmianę Specyfikacji i projektu umowy (vide "Wyjaśnienie treści SWZ z dnia 31 stycznia 2022 r." - odpowiedź na pytanie nr 3 w aktach sprawy) i wskazał, iż miała ona charakter punktowy i szczegółowy oraz dotyczyła tylko zmiany charakteru wynagrodzenia oraz wyraźnie wskazanych postanowień SWZ i projektu umowy tj. > rozdział V pkt 12 SWZ otrzymał nowe brzmienie - odnoszące się do wynagrodzenia ryczałtowego; > rozdział XIII pkt 1 SWZ otrzymał nowe brzmienie - odnoszące się do wynagrodzenia ryczałtowego jednak co istotne, Zamawiający również i pomimo dokonanej korekty SWZ odwoływał się wyraźnie do kosztorysu szczegółowego i - co znamienne - nie zrezygnował z niego; > w par 13 ust 1 projektu umowy w zakresie tylko jednego wyrazu tj. wyraz "kosztorysowe" zostało zastąpione wyrazem "ryczałtowe". Co znamienne, pozostałe projektowane postanowienia umowne, w tym wyraźnie odnoszące się do wymaganego przez Zamawiającego kosztorysu ofertowego (cyt. powyżej par. 13 ust 2 u 3 projektu umowy) nie uległy zmianie. Odwołujący ocenił, że oferta złożona przez Building Enterprise Sp. z o.o. nie spełnia w/w wymagań zamówienia (w szczególności z pkt 1-8 powyżej wymienionych), albowiem w kosztorysie ofertowym tego Wykonawcy są następujące braki:

- w dok. stanowiącej konieczny załącznik do oferty Odwołującego pn. "UWAGI_PTBS_Łąka_zagospodarowanie A5, A6" tj. kosztorysie ofertowym Building Enterprise Sp. z o.o. z dnia 19 lutego 2022 r.

1. poz. 79 błędny, niezgodny z warunkami zamówienia i przedmiarem robót) zakres robót;

2. w instalacjach sanitarnych poz. 81 brak wycenionej zgrzewarki do rurociągów (nakład sprzętu);
3. kosztorys zagospodarowanie terenu poz. 83 Osadzenie przęseł z siatki w ramach z kształtowników - wypełnienie z siatki powlekanej zgrzewanej - zupełny brak wyceny pozycji, ilości i jednostki; - w dok. stanowiącej konieczny załącznik do oferty Odwołującego pn. "UWAGI_sieci_A5, A6 " tj. kosztorysie ofertowym Building Enterprise Sp. z o.o. z dnia 20 lutego 2022 r. w odniesieniu do stanowiącego załącznik do SWZ przedmiaru robót sieci (załącznik nr 9 do niniejszego odwołania):
4. kosztorys sieci zewnętrznych pozycje: 27, 29, 30 dotyczące prób szczelności, dezynfekcji i płukania sieci brak wyceny, ilości i jednostki;
5. dodatkowo w kosztorysach tego wykonawcy brakuje krotności - zwiększającej ceny jednostkowe. Krotności są podane w kosztorysie inwestorskim.
6. braki znajdują się w zagospodarowaniu terenu pozycje: 2, 3, 5, 17, 37, 46, 53, 56;
7. brak w kosztorysie instalacji elektrycznych wyceny materiałów w pozycjach - dotyczy to w szczególności urządzeń instalacji RTV, instalacji monitoringu, instalacji dzwonekowej, instalacji teletechnicznej, instalacji domofonowej.

Ponadto Odwołujący stwierdził, że koniecznym załącznikiem do oferty był także harmonogram rzeczowo-finansowy, który również jest obarczony błędem - wadliwością i niezgodnością z warunkami SWZ (j.w.) gdyż nie zawiera wartości robót wynikającej z nie wycenionych w w/w kosztorysach pozycji. Dalej Odwołujący wskazał, że wbrew wyraźnemu i stanowczemu brzmieniu m.in. rozdziału VIII pkt 15 ppkt 2 SWZ, rozdziału VIII pkt 20 SWZ, rozdziału XIII pkt 4 SWZ i rozdziału XIII pkt 11 ppkt 1 -3 SWZ oferta Building Enterprise Sp. z o.o. (jej integralną część stanowi wszak kosztorys) nie spełnia w/w wymagań - ergo jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w rozumieniu i o skutkach z art.226 ust 1 pkt 5 Pzp. Powyższe braki nie podlegają sanowaniu w żadnym z przewidzianych w Pzp trybie, w szczególności w trybie z art. 187 Pzp czy też 223 Pzp czy też tym bardziej instytucji z art. 128 ust 1 czy 4 i 5 Pzp- z uwagi na niepodleganie wadliwości oferty Odwołującego pod dyspozycję w/w przepisów. Odwołujący wskazał, że powyższe stanowi także o naruszeniu zasad z art. 16 Pzp w tym zasady równego traktowania. Ponadto Odwołujący wskazał, że poza Building Enterprise Sp. z o.o. wszyscy oferenci (także ci, których oferty Zamawiając odrzucił) prawidłowo i zgodnie w/w wymogami sporządzili kosztorysy oraz wypełni wszystkie pozycje w kosztorysach. Odwołujący stwierdził, że powyższe oznacza, iż jednorodnie i jednolicie były wykładane przez wykonawców przedmiotowe postanowienia SWZ i wynikające z nich warunki, a błędy i zaniechania w tym obszarze dokonane przez Building Enterprise Sp. z o.o. obciążają tylko jego. Odwołujący przywołał wyrok KIO z 9.09.2021 r., sygn. akt KIO 2520/21, oraz stanowiska doktryny. Odwołujący zwrócił uwagę, że na gruncie art. 16 Pzp i zasad z niego wynikających, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej

konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Z wyżej wskazanych zasad w szczególności uczciwej konkurencji równości i przejrzystości wynika, iż postawione w zamówieniu (w szczególności w SWZ) wymagania obligatoryjnie muszą być stosowane - egzekwowane - w stosunku do wszystkich wykonawczych, ergo składanych przez nich ofert. Inaczej nie można bowiem mówić o zachowaniu uczciwej konkurencji, równości i przejrzystości. Z uwzględnieniem tych zasad następować musi tak formułowanie postanowień dok. zamówieniowej, w tym SWZ (co obecnie nie może być już przedmiotem zarzutów i wątpliwości) jak - co ma kluczowe znaczenie w niniejszym postępowaniu na obecnym jego etapie - stosownie wyraźnie sformułowanych i postawionych w SWZ warunków/wymogów (m.in. powyżej zindeksowanych i powołanych) w stosunku do wszystkich wykonawców i złożonych przez nich ofert. Uprzywilejowanie Building Enterprise Sp. z o.o. w tej mierze stanowi naruszenie przepisów Pzp oraz jest niezgodne z warunkami zamówienia w tym warunkami postanowionymi w SWZ. Odwołujący stwierdził, że w konsekwencji powyższego, Zamawiający naruszył również art. 16 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się zwłaszcza w bezpodstawnym zaniechaniu odrzuceniu oferty Building Enterprise Sp. z o.o. oraz zaniechaniu dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

III. Drugim z zagadnień węzłowych odwołania była kwestia niewykazania przez Building Enterprise Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie w wykonaniu umów o roboty budowlane - rozdział X pkt 2 ppkt 1) lit a SWZ), a także nie złożenie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnienie w/w albowiem te złożone w ramach postępowania wraz w wyjaśnieniami oraz referencjami pochodzącymi od Spółki pod firmą S. Sp. z o.o. Sp. k. w Zabierzowie z dnia 5 marca 2019 r. (a także wyjaśnienia złożone przez w/w na zapytanie Zamawiającego) nie odpowiadają prawdzie i rzeczywistości stanowi rzeczy ergo nie potwierdzają wykazania przez Building Enterprise Sp. z o.o. przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Otóż, zgodnie z wyraźnym brzmieniem rozdziału X pkt 2 ppkt 1) lit a SWZ (vide także Sekcja V pkt 5.4. ppkt 1 lit a Ogłoszenia o zamówieniu), Zamawiający wymagał od wykonawcy wykazania, "że wybudowali w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, przynajmniej jeden budynek o powierzchni użytkowej minimum 1400 m², w standardzie wykończenia przynajmniej deweloperskim i przy realizacji którego/których wykonano co najmniej trzy instalacje wewnętrzne z następujących: wodociągowej, kanalizacyjnej, c.o., elektrycznej, wentylacyjnej, teletechnicznej, o wartości brutto minimum 4 000 000 zł (cztery miliony złotych), z zastrzeżeniem, że wymagane jest aby wykazane inwestycje były zakończone, odebrane i została w stosunku do nich wydana ostateczna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie". Na wykazanie spełnienia w/w warunku

udziału w postępowaniu, Building Enterprise Sp. z o.o. przedłożył referencje z dnia 5 marca 2019 r. pochodzące od S. Sp. z o.o. Sp. k. w Zabierzowie w których zapisano m.in. że:

- "firma Building Enterprise Sp. z o.o. z siedzibą w Jawiszowicach, ul. Wiśniowa 50, NIP: 549- 24347-92, wykonała na nasze zlecenie inwestycję pn.. „Budowa budynku wielorodzinnego „A” oraz budynku wielorodzinnego „B” wraz z usługami w parterze oraz infrastrukturą towarzyszącą”;
- "Roboty obejmowały branżę ogólnobudowlaną, sanitarną, elektryczną, wentylacyjną, gazową, drogową, zagospodarowanie terenu, budowę zjazdu publicznego oraz dwóch zjazdów indywidualnych, wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie budynków”;
- "Wartość inwestycji brutto: powyżej 11.000.000 zł (jedenaście milionów)”;
- "Powierzchnia użytkowa: 2.863,01 m²”;
- "Termin realizacji robót: 01 -2017 r. do 02-2019 r.”;
- "Roboty zostały wykonane należyście, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa budowlanego”.

Odwołujący podkreślał, że z pozyskanych dokumentów urzędowych wynika, że dla w/w inwestycji tj. dla „Budowy budynku wielorodzinnego „A” oraz budynku wielorodzinnego „B” wraz z usługami w parterze oraz infrastrukturą towarzyszącą” Starostwa Oświęcimski w dniu 10 sierpnia 2015 r. wydał na wniosek inwestora: tj. na wniosek Building Enterprise Sp. z o.o. (!) decyzję nr 493/15 - pozwolenie na budowę w/w dwóch budynków. Postanowieniem z dnia 9 września 2015 r. Starostwa sprostował w/w decyzję w zakresie powierzchni użytkowych obu budynków oznaczając, iż budynek A (mieszkalny) ma 1087,30 m² zaś budynek B (mieszkalny z usługami) ma 1775,71 m². Odwołujący podał, że Starosta Oświęcimski przeniósł pozwolenie na budowę - ostateczną decyzję Starosty Oświęcimskiego z dnia 10 sierpnia 2015 r. nr 493/15 (nota bene zmienioną jeszcze wcześniej tj. na wniosek Building Enterprise Sp. z o.o. decyzją Starosty Oświęcimskiego nr 812/2017 r. z dnia 30 listopada 2017 r.) na nowego inwestora tj. na spółkę S. Sp. z o.o. Sp. k. w Zabierzowie tj. na wystawcę kwestionowanych referencji. Odwołujący stwierdził, że inwestorem przedmiotowej, referencyjnej inwestycji (robót referencyjnych) Spółka S. Sp. z o.o. Sp. k. w Zabierzowie (wystawca referencji) stała się dopiero po uprawomocnieniu decyzji z dnia 7 grudnia 2017 r. znak WAB.6740.1.715.2017 (nie wcześniej zatem niż 7 grudnia 2017 r.). Zatem nie jest możliwe, by przed tą datą - tj. przed 7 grudnia 2017 r. Building Enterprise Sp. z o.o. mogła wykonywać na zlecenie S. Sp. z o.o. Sp. k. w Zabierzowie roboty budowlane związane z realizacją referencyjnej inwestycji. Tym bardziej Building Enterprise Sp. z o.o. nie mogła realizować na zlecenie S. Sp. z o.o. Sp. k. w Zabierzowie robót budowlanych w okresie od stycznia 2017 r. (jak wynika to z w/w referencji) ponieważ inwestorem przedmiotowej inwestycji (zamierzenia) była Building Enterprise Sp. z o.o. a nie S. Sp. z o.o. Sp. k. w Zabierzowie. Skoro tak, przedstawione referencje z dnia 5 marca 2019 r. nie są wiarygodne i

prawdziwe, a ich treści przeczą przedstawione powyżej dokumenty urzędowe. Building Enterprise Sp. z o.o. nie mogła bowiem realizować robót na zlecenie S. Sp. z o.o. Sp. k. w Zabierzowie bowiem ten ostatni podmiot nie był inwestorem w rozumieniu prawa budowlanego i w rozumieniu tego prawa nie mógł prowadzić - ergo i tym bardziej zlecać robót budowlanych. Dodatkowo wskazać należy, że z publicznie dostępnych zdjęć przedmiotowej, referencyjnej inwestycji pochodzących z lipca 2017 r. - tj. z okresu, gdy inwestorem a nie wykonawcą tej inwestycji był Building Enterprise Sp. z o.o., budowa była w trakcie i m.in. wzniesiony był już w całości większy z budynków składających się na inwestycję tj. budynek "B" o powierzchni (wg pozwolenia na budowę) 1775,71 m². Zatem tego budynku na zlecenie S. Sp. z o.o. Sp. k. w Zabierzowie nie mogła zrealizować Building Enterprise Sp. z o.o. - bowiem budynek już w lipcu 2017 r. był wybudowany. Tym samym, Odwołujący stwierdził, że w okresie, w którym inwestorem była S. Sp. z o.o. Sp. k. w Zabierzowie, Building Enterprise Sp. z o.o. mógł co najwyżej wykonywać prace branżowe na budynku "B" z referencji oraz wybudować budynek "A" o pow. 1087,30 m² zatem niespełniający warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale X pkt 2 ppkt 1) lit a SWZ (vide także Sekcja V pkt 5.4. ppkt 1 lit a Ogłoszenia o zamówieniu. Postawiony warunek udziału w postępowaniu wymaga, by wykonawca wykazał, iż był wykonawcą robót referencyjnych, a nie ich inwestorem. Tym samym w okresie do 7 grudnia 2017 r. status Building Enterprise Sp. z o.o. jako inwestora na przedmiotowej Inwestycji wyklucza go do przedstawiania robót wykonanych w tym okresie - jako robót zrealizowanych przez Building Enterprise Sp. z o.o. jako wykonawcę. Ergo ogólne dane wskazane w referencjach dot. wartości całej inwestycji oraz powierzchni użytkowej całej inwestycji są realizują wymogu wykazania przez wykonawcę (Building Enterprise Sp. z o.o.) przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, a nadto wprowadzają Zamawiającego w błąd. Przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu został sformułowany jednoznacznie, i żaden z wykonawców nie zabiegał o jego zmianę poprzez dopuszczenie o uznanie doświadczenia w wykonaniu innych robót, które potwierdzałyby posiadanie wystarczającego doświadczenia dla zagwarantowania prawidłowej realizacji zamówienia. Wymaganie wykazania się prawidłowym wykonaniem - wybudowaniem przynajmniej jednego budynku o pow. mon. 1400 m² wraz z co najmniej trzeba instalacjami oraz o określonej min. wartości ma na celu zapewnienie, że zamówienie zostanie udzielone podmiotowi posiadającemu wymagane doświadczenie w konkretnym rodzaju robót - nie budzi wątpliwości, że prawidłowe wykonanie (w całości wszystkich prac składających się na wymagane doświadczenie) jakiegoś typu lub części pracy daje większą rękojmię wiedzy i doświadczenia. Niezależnie od powyższego wskazać należy, iż dodatkowo z przedstawionych wyżej dokumentów urzędowych wynika, iż prace dot. wskazanej w referencjach inwestycji prowadzone w okresie przed 23 lutego 2017 r. nie spełniają warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z cyt. już rozdziałem X pkt 2 ppkt 1) lit a SWZ (vide także Sekcja V pkt 5.4. ppkt 1 lit a

Ogłoszenia o zamówieniu), Zamawiający wymagał od wykonawcy wykazania, "że wybudowali w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, przynajmniej jeden budynek o powierzchni użytkowej minimum 1400 m²...". Odwołujący podał, że termin składania ofert upływał w dniu 23 lutego 2022 r. zatem zrealizowanie robót spełniających w/w warunek, mając na uwadze jego wyraźne i niebudzące wątpliwości brzmienie, musiało nastąpić w okresie od 23 lutego 2017 r. Taki tok rozumowania i wykładania tego warunku udziału w postępowaniu potwierdza także brzmienie rozdziału XII pkt 1 ppkt 1) SWZ. Skoro pozwolenie na budowę (udzielone Building Enterprise Sp. z o.o. jako inwestorowi) zostało wydane w dniu 10 sierpnia 2015 r. i w lipcu 2017 r. budynek B już był wybudowany (vide powołane wyżej dowody) to jest oczywiste, że roboty budowlane obejmujące budynek B (a więc spełniający warunek udziału w postępowaniu) realizowane były także przed 23 lutego 2017 r. To zaś implikuje, że w wymaganym w SWZ okresie (pięciu lat przed dniem składania ofert) nie mogło dość do wybudowania budynku B. Nadto z referencji przedstawionych przez Building Enterprise Sp. z o.o. nie wynika, roboty referencyjne zostały zakończone, odebrane i aby w stosunku do nich wydana ostateczna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie. To, że roboty same w sobie obejmowały uzyskanie pozwolenia na użytkowanie nie oznacza (tym bardziej per se) że w stosunku do nich wydana ostateczna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie. Skoro Zamawiający postawił w tym zakresie wyraźny i jasny warunek, Wykonawca zobowiązany był wykazać jego spełnienie w zakresie wszystkich jego składowych a obowiązkiem Zamawiającego w tym zakresie było dokonanie właściwej oceny i weryfikacji. Dokonana zaś ocena, objęta niniejszym odwołaniem tego wymogu i zgodności z instrumentarium pzp nie spełnia, zatem jest niezgodna w powołanymi w zarzutach przepisami. Odwołujący stwierdził, że nie zmienia powyższego podjęte przez Zamawiającego czynności wyjaśniające a przeciwnie - ujawniają one powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości co do wykazania przez Building Enterprise Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu i pomimo tego nie doprowadziły do zweryfikowania przez Zamawiającego, przy dostępnym instrumentarium i środkach prawnych zaistniałych wątpliwości (m.in. zaniechanie zwrócenia się przez Zamawiającego do właściwych organów - np. Starosty Oświęcimskiego lub PINB w Oświęcimiu o nadesłanie informacji i dokumentów dot. robót referencyjnych).

IV. Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych. Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Building Enterprise Sp. z o.o., mimo że została złożona przez wykonawcę niezdolnego do realizacji zamówienia, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nadto złożył ofertę, która winna zostać odrzucona. W następstwie zaniechania odrzucenia Building

Enterprise Sp. z o.o., Zamawiający nie dokonał wyboru oferty odwołującego. Tymczasem, to oferta odwołującego w rzeczywistości była najkorzystniejszą w rozumieniu art. 239 ustawy Pzp i to ona winna zostać wybrana po odrzuceniu oferty Building Enterprise Sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że jego oferta gdyby odrzucono ofertę Building Enterprise Sp. z o.o., to trzymałaby 100 pkt w świetle kryteriów oceny ofert, przyjętych przez Zamawiającego. Zawierała bowiem najniższą cenę spośród wszystkich ofert, niepodlegających odrzuceniu. Oferta Building Enterprise Sp. z o.o., w ogóle nie powinna zostać oceniona w rankingu Zamawiającego, a już zwłaszcza zostać wybrana jako najkorzystniejsza, co nadto w pełni uzasadnia zarzut naruszenia art. 239 w zw. z art. 253 Pzp.

W dniu 2 czerwca 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 2 czerwca 2022 r. wykonawca Building Enterprise sp. z o.o. siedzibą w Jawiszowicach złożył pismo , przedstawiające jego stanowisko w sprawie.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania, w tym w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Building Enterprise sp. z o.o. siedzibą w Jawiszowicach (dalej Przystępujący). Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Izba ustaliła, że:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Stan faktyczny sprawy przedstawiony w odwołaniu odpowiada prawdzie, dlatego też nie będzie powielany, a jedynie uzupełniony.

Uzupełniająco Izba ustaliła, że pkt. V SWZ Opis przedmiotu zamówienia, ppkt 7 i nast. Otrzymały następujące brzmienie:

7. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (SOPZ) stanowi Załącznik nr 1 do SWZ.
8. Wykonawca jest zobowiązany do przeprowadzenia szczegółowej analizy dokumentacji projektowej, jednocześnie zaleca się przeprowadzenie wizji lokalnej terenu realizacji zamówienia w celu uzyskania wszelkich informacji koniecznych do właściwego przygotowania oferty, prawidłowej wyceny wartości robót i zawarcia umowy. Wyklucza się możliwość roszczeń Wykonawcy związanych z błędnym skalkulowaniem ceny oferty lub pominięciem elementów niezbędnych do wykonania zamówienia. Koszty związane z przeprowadzeniem analizy dokumentacji projektowej oraz wizji lokalnej ponosi Wykonawca. Zamawiający umożliwia wykonawcom nieograniczony dostęp do terenu realizacji zamówienia.
9. Załączone do niniejszej SWZ przedmiary robót stanowią wyliczenie i zestawienie planowanych prac przewidzianych do wykonania na podstawie rysunków i opisów projektu. W przypadku jakichkolwiek rozbieżności pomiędzy projektem a przedmiarem robót, bezwzględnie pierwszeństwo przyznaje się projektowi. Przedmiar ten ma charakter jedynie pomocniczy dla uproszczenia sporządzenia przez Wykonawcę wyceny robót. Ze względu na ryczałtowy charakter zamówienia, brak w przedmiarze jakichkolwiek elementów, ujętych w dokumentacji projektowej, a niezbędnych dla prawidłowej realizacji zamówienia (dzieła) określonego w projekcie jak i niniejszej SWZ, nie będzie skutkowało zleceniem Wykonawcy robót dodatkowych, jak również nie będzie podstawą zawarcia aneksu do umowy o roboty budowlane w przedmiocie niniejszego zamówienia

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Zgodnie przepisem 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności

swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

Powyższe reguły dowodowe doprowadziły Izbę do wniosku, iż zarzuty wobec zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego przez Zamawiającego nie potwierdziły się i jako takie nie podlegały uwzględnieniu.

Jak wskazywał Odwołujący zarzuty odwołania odnosiły się de facto do dwóch zagadnień tj. zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia w aspekcie złożonego kosztorysu szczegółowego oraz ze względu na nie wykazanie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej. Izba odnośnie obu zagadnień podzieliła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i Przystępującego. Co do znaczenia przedłożonych przez wykonawców kosztorysów i skutków ich ewentualnych braków, Izba wzięła pod uwagę przytoczone przez Odwołującego stanowcze postanowienia SWZ. Jednakże dostrzeżenia wymagała okoliczność na którą zwrócił uwagę Odwołujący, a mianowicie fakt, iż Zamawiający w trakcie postępowania zmienił charakter wynagrodzenia za roboty z kosztorysowego na ryczałtowe i w szacunkowym zakresie odnośnie tej kwestii zmienił SWZ. Ponadto Odwołujący podkreślał formalizm postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowczość sformułowań w SWZ dot. treści i sposobu prezentacji informacji a kosztorysie. W ocenie Izby, chociaż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje się dużym poziomem formalizmu, to jednak formalizm ten nie może przesłaniać celu postępowania jaki jest wybór oferty najkorzystniejszej zgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ. Izba stwierdziła, iż dokonana w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia zmiana charakteru wynagrodzenia z wynagrodzenia kosztorysowego na ryczałtowe stała się przyczyną pewnej niespójności SWZ. Odwołujący w odwołaniu podkreślał rygorystykę postanowień SWZ, nie przytoczył jednak postanowienia Rozdziału 5 pkt 9 SWZ z którego wynika że SWZ przedmiary robót stanowią wyliczenie i zestawienie planowanych prac przewidzianych do wykonania na podstawie rysunków i opisów projektu. W przypadku jakichkolwiek rozbieżności pomiędzy projektem a przedmiarem robót, bezwzględnie pierwszeństwo przyznaje się projektowi. Przedmiar ten ma charakter jedynie pomocniczy dla uproszczenia sporządzenia przez Wykonawcę wyceny robót. Ze względu na ryczałtowy charakter zamówienia, brak w przedmiarze jakichkolwiek elementów, ujętych w dokumentacji projektowej, a niezbędnych dla prawidłowej realizacji zamówienia (dzieła) określonego w projekcie jak i niniejszej SWZ, nie będzie skutkowało zleceniem Wykonawcy robót dodatkowych, jak również nie będzie podstawą zawarcia aneksu do umowy o roboty budowlane w przedmiocie niniejszego zamówienia. Wobec tak skonstruowanego SWZ i nadania przedmiarom funkcji pomocniczej trudno stwierdzić, iż kosztorysy sporządzane na ich podstawie mogą mieć inne znaczenie niż pomocnicze. Ponadto należy podkreślić, że

zgodnie z Formularzem ofertowym wykonawca zobowiązał się wykonać przedmiot zamówienia za określoną kwotę. Ponadto wykonawcy oświadczyli, że: zapoznaliśmy się ze specyfikacją warunków zamówienia i nie wnosimy do niej zastrzeżeń, zdobyliśmy konieczne informacje do przygotowania oferty, w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia i realizacji przyszłego świadczenia umownego, uważamy się za związanych niniejszą ofertą na czas wskazany w specyfikacji warunków zamówienia, akceptujemy Projektowane postanowienia umowy zawarte w specyfikacji warunków zamówienia i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na wyżej wymienionych warunkach, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, itd. Powyższe zobowiązania i oświadczenia wpisują się w formułę zastosowanego przez Zamawiającego charakteru wynagrodzenia ryczałtowego, jako wynagrodzenia za kompleksową realizację przedmiotu zamówienia w oparciu o dokumentację techniczną inwestycji i pomocnicze znaczenie przedkładanych kosztorysów.

Tym samym, Izba oddalając odwołanie w tym aspekcie uznała, iż na obecnym etapie postępowania wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnych postanowień SWZ, co z kolei skutkowało stwierdzeniem, iż nie wystąpiło naruszenie przez Zamawiającego przepisów przywołanych w odwołaniu, a oferta Przystępującego nie podlegała odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia, również w aspekcie przedstawionego harmonogramu rzeczowo - finansowego.

W aspekcie zagadnienia dotyczącego warunków udziału w postępowaniu i niewykazania przez Przystępującego spełnienia warunku w zakresie doświadczenia, wskazać należy co następuje. Odwołujący formułował tezę że Przystępujący w związku z tym, iż był pierwotnym inwestorem inwestycji „Budowa budynku wielorodzinnego A oraz budynku wielorodzinnego B wraz z infrastrukturą towarzyszącą o pow. użytkowej 2863 m² zawierającą branżę budowlaną, sanitarną wod-kan, c.o. wentylacyjną, elektryczną, gazową, drogową wraz z uzyskaniem ostatecznego pozwolenia na użytkowanie budynków”, wykazanej w wykazie wykonanych robót jako referencyjna nie mógł wykazywać się doświadczeniem jako wykonawca za okres gdy był zarówno inwestorem jak i wykonawcą robót, a podmiot wystawiający referencje uzyskał status inwestora zgodnie z prawem budowlanym dopiero w dn.7 grudnia 2017 r., gdy budynek B był już wybudowany. Przy czym firma S. sp. z o.o. sp.k. nabyła nieruchomości na której realizowana była ww. inwestycji w grudniu 2016 r. Jednocześnie Odwołujący przyznał, że budynek B wchodzący w skład wskazanej powyżej inwestycji charakteryzował się parametrami niezbędnymi do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponadto Odwołujący wskazywał na okres w jakim zostały wykonane referencyjne roboty i stwierdził, że nie zostały one rozpoczęte i zakończone w okresie 5 lat przed terminem składania ofert, co również dyskwalifikuje je jako roboty referencyjne. Ponadto Odwołujący podnosił, iż referencje nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba oceniając całokształt materiału zebranego w

sprawie, stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, że przedstawione przez Przystępującego doświadczenie nie potwierdza jego zdolności do ubiegania się o przedmiotowe zamówienia oraz że przedstawił on nieprawdziwe informacje. Przedłożone przez Odwołującego dokumenty z PINB wskazywały na termin przejęcia pozwolenia na budowę przez S. sp. z o.o. sp.k., jednakże w ocenie Izby okoliczność ta nie przesądza o doświadczeniu Przystępującego w wykonywaniu określonego rodzaju robót budowlanych. Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący nie był wykonawcą robót, które wskazał w wykazie. W ocenie Izby, nabycie doświadczenia stanowi pewną okoliczność faktyczną i należy je oceniać w kategoriach spełnia nie spełnia. Odwołujący nie przedstawił dowodu, że Przystępujący nie wykonał wskazanych robót lub, że te roboty wykonał ktoś inny. Z przedstawionych referencji i informacji przez Przystępującego i S. sp. z o.o. sp.k. wynika, że Przystępujący wykonywał wskazane powyżej zadanie pierwotnie na swoją rzecz a następnie na rzecz S. sp. z o.o. sp.k., wobec tego w ocenie Izby biorąc pod uwagę fakt, iż referencje może wystawić każdy podmiot który ma rzeczywistą faktyczną wiedzę na temat kto wykonał dane zadanie i czy to wykonawstwo było zrealizowane w sposób należyty referencje wystawione przez firmę S. sp. z o.o. sp.k. nie potwierdzają nieprawdy i nie wprowadzają zamawiającego w błąd. Izba doszła do przekonania, że S. sp. z o.o. sp.k. jako nabywca nieruchomości i ostateczny inwestor inwestycji miała informacje o wykonawcy tych robót jak też mogła ocenić prawidłowość ich wykonania w całości, niezależnie od tego kiedy na nią przeniesiono decyzję pozwolenie na budowę i kiedy na mocy przepisów prawa budowlanego stała się ona investorem. Ponadto Izba stwierdziła, iż termin „wybudowali” należy rozumieć zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą oraz stanowiskiem doktryny jako zakończenie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wymaganego zadania. Błędne jest rozumienie warunku przez Odwołującego, iż „wybudowali” w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert oznacza rozpoczęcie i zakończenie inwestycji charakteryzującej się określonymi parametrami. Jednocześnie wskazać należy, iż to dokument w postaci wykazu robót jako oświadczenie wykonawcy jest dokumentem który powinien potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu - tak też jest w przypadku przedstawienia załącznika nr 5 do SWZ przez przystępującego, zgodnie z którym referencyjna inwestycja spełnia wymagania zamawiającego również w zakresie uzyskania ostatecznego pozwolenia na użytkowanie budynków wchodzących w jej skład. Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, to wykaz robót budowlanych stanowi dokument przedstawiany w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, referencje natomiast stanowią potwierdzenie że roboty te zostały wykonane należyście. Ponadto dostrzeżenia wymaga, że referencje, ze względu na to iż są pozyskiwane w celu poświadczenia realizacji w różnych postępowaniach nie muszą literalnie potwierdzać wszystkich parametrów zakreślonych warunkiem. Tak jak

już wskazano powyżej to z wykazu robót ma wynikać zakres i przedmiot robót budowlanych wykazywanych na potwierdzenie spełnienia warunków a nie z referencji. W związku z powyższym, Izba również w tym zakresie uznała przedstawiane przez Odwołującego stanowisko za błędne.

Mając na uwadze powyższe Izba, stwierdziła że nie potwierdziły się zarzuty Odwołującego również w zakresie nakierowanym na doświadczenie Przystępującego, a w związku z tym nie mogły zostać uwzględnione zarzuty wynikowe tj. związane z zarzucanym naruszeniem zasad prowadzenia postępowania czy też wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) 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).

Przewodnicząca: