

WYROK

z dnia 22 października 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2019 roku przez Odwołującego Firma Budowlana EKOINBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego którym jest Gmina Kobierzyce z siedzibą w Kobierzycach przy udziale Wykonawcy Z. K. prowadzący działalność gospodarczą jako „K.” Przedsiębiorstwo Instalacji Sieci CO, Wod.-Kan. I Gaz Usługi Ogólnobudowlane Z. K. z siedzibą w Wysokiej, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Firma Budowlana EKOINBUD

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Gdańsku i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 119 zł 40 gr. (słownie: cztery tysiące sto dziewiętnaście złotych czterdzieści groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz uzasadnionych kosztów związanych z dojazdem na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący: .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Kobierzyce prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Opracowanie kompleksowej dokumentacji projektowej, uzyskanie pozwolenia na budowę/zezwoleń na realizację inwestycji drogowej i wykonanie robót budowlano-montażowych wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, w zakresie budowy przedszkola wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną w Gminie Kobierzyce, miejscowość Wysoka, ul. Radosna" zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 22 lipca 2019 r. Numer 576755-N-2019.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 u Pzp.

W dniu 7 października 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione przez wykonawcę: Firm Budowlana EKOINBUD Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gdańsku (zwanego dalej Odwołującym) odwołanie na podstawie art. 180 ust. 1 i 2 pkt 6 i 3 Pzp oraz 192 ust. 3 pkt 1 Pzp od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy, która pod względem warunków udziału w postępowaniu nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przez co powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym zarzutem Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Z. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „K.” Przedsiębiorstwo Instalacji Sieci CO, Wod-Kan i Gaz., Usługi Ogólnobudowlane, gdyż pod względem warunków udziału w postępowaniu nie spełnia ona wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego;
4. dopuszczenie dowodu z dokumentów przedłożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia przez wszystkich uczestników postępowania, w tym w szczególności treści ofert oraz wyjaśnień na zapytania Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na okoliczności naruszenia przepisów ustawy prawo zamówień publicznych polegającego na wyborze jako najkorzystniejszej oferty, która winna zostać odrzucona z powodu niezgodności z treścią SIWZ w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu - nie wykazania wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej

Wykonawcy w zakresie spełnienia warunku wykazania, że: Wykonawca „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał jedną robotę budowlaną, której przedmiotem była budowa/przebudowa/nadbudowa budynku o PKOB 126 o pow. użytkowej nie mniejszej niż 800,00 m<sup>2</sup> (wskazana wartość odnosi się do powierzchni, która została zbudowana/przebudowana/ nadbudowana). Przy czym Spółka wnosi także o zobowiązanie Zamawiającego do złożenia do akt postępowania odwoławczego tych dokumentów;

5. dopuszczenie dowodu z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczność nie wykazania przez Wykonawcę Z. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „K.” Przedsiębiorstwo Instalacji Sieci CO, Wod-Kan i Gaz., Usługi Ogólnobudowlane spełnienia warunków udziału w postępowaniu pod względem wykazania odpowiedniego doświadczenia;

6. dopuszczenie dowodu z przesłuchania stron, za skarżącą Prezesa Zarządu komplementariusza Spółki T. B. (wezwanie na adres Spółki) na okoliczności jak wyżej, w pkt. 3 (sprostowana na rozprawie jako w pkt 4).;

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu

Zamawiający ustanowił w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) warunki udziału w postępowaniu, m.in. jako:

1. w treści pkt. IV 1.3 ppkt. b), wymaganą zdolność techniczną lub zawodową Wykonawcy wymagając między innymi spełnienia warunku wykazania, że: Wykonawca „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował co najmniej: jedną usługę polegającą na zaprojektowaniu jednego budynku o PKOB 126 o pow. użytkowej nie mniejszej niż 800,00 m<sup>2</sup>” oraz jedną robotę budowlaną, której przedmiotem była budowa/przebudowa/ nadbudowa budynku o PKOB 126 o pow. użytkowej nie mniejszej niż 800,00 m<sup>2</sup> (wskazana wartość odnosi się do powierzchni, która została zbudowana/przebudowana/nadbudowana), wraz z podaniem rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi i roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te usługi i roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy usługi i roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty;

2. w treści pkt. IV w ppkt. c) Zamawiający dopuścił możliwość polegania Wykonawcy na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału określonych w

SIWZ;

3. w treści pkt. IV ppkt. c) w ppkt. 2 Zamawiający zobowiązał się do oceny czy udostępnione Wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 19 sierpnia 2019 r, Zamawiający, na podstawie otrzymanych od Wykonawcy Z. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą K. Przedsiębiorstwo Instalacji Sieci CO, Wod.-Kan. i Gaz., Usługi Ogólnobudowlane Z. K., oferty wraz z uzupełnieniami, dokonał oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty wybierając jako najkorzystniejszą ofertę tego Wykonawcy.

Powyższa decyzja o wyborze Wykonawcy została zaskarżona przez Firma Budowlana EKONBUD sp. z o.o. sp.k. w Gdańsku, zaś po uznaniu przez Zamawiającego złożonego odwołania za zasadne w części odnoszącej się do wyboru najkorzystniejszej oferty, Prezes Krajowej Izby Odwoławczej umorzył postępowanie w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1630/19.

W dniu 01 października 2019 r. Zamawiający ogłosił rozstrzygnięcie postępowania po postanowieniu Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z którego wynika, że Gmina Kobierzyce dokonała wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą uznała firmę „K.” Przedsiębiorstwo Instalacji Sieci CO, Wod-Kan i Gaz., Usługi Ogólnobudowlane K. Z. w miejscowości Wysoka, wskazując, że Wykonawca ten spełnił wymogi SIWZ oraz otrzymał największą ilość punktów.

W świetle stanu faktycznego sprawy, a w szczególności ustalonych przez Zamawiającego w SIWZ warunków udziału w postępowaniu, ze wskazanym powyżej rozstrzygnięciem nie sposób się zgodzić, zaś wykonawca, którego oferta została wybrana przez Zamawiającego powinna zostać odrzucona na podstawie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych.

Określonym postanowieniami SIWZ warunkiem udziału w analizowanym postępowaniu było wykazanie przez Wykonawcę udziału w realizacji jednej roboty budowlanej, której przedmiotem była budowa/przebudowa/ nadbudowa budynku o PKOB 126 o pow. użytkowej nie mniejszej niż 800,00 m<sup>2</sup> (wskazana wartość odnosi się do powierzchni, która została zbudowana/przebudowana/ nadbudowana), wraz z podaniem rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi i roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te usługi i roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy usługi i roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Na potwierdzenie spełnienia w/w obowiązku Wykonawca Z. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. Przedsiębiorstwo Instalacji Sieci CO, Wod.-Kan.

I Gaz. Usługi Ogólnobudowlane Z. K., którego oferta została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, powołał się na zrealizowaną budowę przedszkola i żłobka przy ul. Robotniczej w Kobierzycach wraz z infrastrukturą techniczną. PKOB 126, o powierzchni użytkowej 1 680, 66 m<sup>2</sup>.

Celem udokumentowania wykonania w/w zadania Wykonawca posłużył się poświadczeniem z dnia 23 kwietnia 2019 r. wystawionym przez Wójta Gminy Kobierzyce.

Po wydaniu przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej postanowienia w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1630/19, Zamawiający wezwał Z. K. w trybie art. 26 ust. 4 i 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień dotyczących przedstawionych w toku postępowania o udzielenie zamówienia oświadczeń i dokumentów. W odpowiedzi na w/w wezwanie, pismem z dnia 23 września 2019 r., Wykonawca Z. K. wymienił czynności, które w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, jako Lider Konsorcjum, wykonał osobiście w ramach realizacji zadania „Budowa przedszkola oraz żłobka przy ul. Robotniczej w Kobierzycach wraz z infrastrukturą techniczną”.

Ponadto wskazał, że miał faktyczny udział w przygotowaniu i realizacji budowy ww. przedszkola na poziomie 95%, przy wartości prac 12 037 238, 98 zł brutto. Z kolei według przedstawionego oświadczenia Partner Konsorcjum, tj. „PEKABUD 2” J. K., Z. K. sp. j. zapewnił nadzór nad przepływem środków pieniężnych, kontrolę dokumentacji finansowo - księgową oraz doradztwo techniczne, zaś jego udział w przygotowaniu i realizacji budowy przedszkola wyniósł 5%, a prace miały wartość 633 538, 89 zł brutto.

Na potwierdzenie zawartych w swoim oświadczeniu Wykonawca Z. K. przedłożył porozumienie członków konsorcjum do umowy konsorcjum dzielące obowiązki w zakresie realizacji budowy przedszkola na poszczególnych członków konsorcjum, kopie miesięcznych faktur VAT wykonawcy wraz z protokołami pierwszych stron protokołów rzeczowo - finansowych wskazujących na wartość wykonanych prac, personel wykonawcy skierowany do realizacji budowy przedszkola oraz sprzęt wykonawcy skierowany do realizacji budowy przedszkola.

Po analizie zawartych w SIWZ warunków udziału wykonawcy w analizowanym postępowaniu oraz przedstawionych przez Wykonawcę Z. K. dowodów ich spełnienia stwierdzić należy jednoznacznie, że Wykonawca ten nie wykazał zgodnie z wymogami SIWZ i obowiązującymi przepisami prawa spełnienia warunku wykazania udziału w realizacji jednej roboty budowlanej, której przedmiotem była budowa/przebudowa/nadbudowa budynku o PKOB 126 o pow. użytkowej nie mniejszej niż 800,00 m<sup>2</sup> (wskazana wartość odnosi się do powierzchni, która została zbudowana/przebudowana/ nadbudowana). Zważyć jednakże należy, że zgodnie z wymogami SIWZ wykonawca zobligowany był do podania w ofercie rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi i roboty wymagane przez Zamawiającego zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te usługi i roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy usługi i roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Zadanie na którego realizację powołuje się Z. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. Przedsiębiorstwo Instalacji Sieci CO, Wod.-Kan. I Gaz., Usługi Ogólnobudowlane Z. K. jako wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zostało wykonane (co wynika wprost z treści złożonego w postępowaniu poświadczenia wydanego przez Wójta Gminy Kobierzyce) przez Konsorcjum firm: Z. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą K. Przedsiębiorstwo Instalacji Sieci CO, Wod.-Kan. I Gaz., Usługi Ogólnobudowlane Z. K. oraz PEKBUD 2 J. K., Z. K. spółki jawnej z siedzibą w Wysokiej.

Podkreślić należy, iż ani z treści złożonej oferty i wyjaśnień Wykonawcy Z. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą K. Przedsiębiorstwo Instalacji Sieci CO, Wod.-Kan. I Gaz., Usługi Ogólnobudowlane Z. K. ani też z treści złożonego przez tego Wykonawcę poświadczenia wykonania robót nie wynika w żadnej mierze w jakim zakresie, w jakiej części oraz o jakiej konkretnie wartości roboty budowane na przywołanej powyżej inwestycji realizował wyłącznie Wykonawca biorący udział w niniejszym postępowaniu .

Stosowne środki dowodowe potwierdzające w szczególności spełnianie warunków udziału w postępowaniu, brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie kryteriów selekcji opisano w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten określa właściwe środki dowodowe i stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
- 3) brak podstaw wykluczenia

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Katalog dokumentów, o jakich mowa w powyższym przepisie określony został w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126) i odpowiada katalogowi, który został wskazany przez Zamawiającego w SIWZ.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 11 października 2018 r. (sygn. akt KIO 588/19) 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.

Powyższe stanowisko znajduje swoje potwierdzenie również w wyroku KIO z dnia 08 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 341/18), z którego wynika, że 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 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.

Na potwierdzenie spełnienia analizowanego wymogu udziału w postępowaniu Wykonawca Z. K. przedłożył poświadczenie z dnia 23 kwietnia 2019 r. wystawione przez Wójta Gminy Kobierzycy, z którego wynika jednakże tylko, tyle że Konsorcjum firm: Z. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą K. Przedsiębiorstwo Instalacji Sieci CO, Wod.-Kan. I Gaz., Usługi Ogólnobudowlane Z. K. oraz PEKBUD 2 J. K., Z. K. spółki jawnej z siedzibą w Wysokiej wykonało roboty związane z budową przedszkola oraz żłobka przy ul. Robotniczej w Kobierzycach wraz z infrastrukturą techniczną.

Opisane powyżej poświadczenie nie uwzględnia podziału obowiązków i prac określonych w ramach konsorcjum realizującego przywołane zadanie, z którego wynikałoby jednoznacznie, iż Wykonawca w analizowanym postępowaniu spełnił osobiście nałożony przez Zamawiającego warunek.

W efekcie należy stwierdzić, że w toku analizowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawca nie przedłożył wymaganego zapisami SIWZ dowodu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, którym winny być referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane.

Dokumenty, o których mowa powyżej nie zostały przedstawione również w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełniania i złożenia wyjaśnień.

W ocenie skarżącego już tylko i wyłącznie z ww. przyczyny, wobec nie wykazania przez Wykonawcę Z. K. spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokumentami oczekiwanymi przez Zamawiającego i wyraźnie wskazanymi w SIWZ, oferta złożona przez tego Wykonawcę nie powinna zostać uznana za spełniającą warunki udziału w tym postępowaniu.

Następnie należy zauważyć, że Wykonawca nie wykazał w żaden sposób w złożonym Zamawiającemu wyjaśnieniu, że z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze nie jest w stanie uzyskać dokumentów oczekiwanych przez Zamawiającego w SIWZ i dlatego przedstawia inne dokumenty.

Ponadto analiza złożonych przez Wykonawcę Z. K. również prowadzi do jednoznacznego wniosku, że nie zostało wykazane, aby faktycznie udział tego Wykonawcy w przygotowaniu i realizacji budowy przedszkola i żłobka w Kobierzycach wynosił 95%, przy wartości prac 12 037 238, 98 zł brutto.

Porozumienie członków konsorcjum do umowy konsorcjum dzielące obowiązki w zakresie realizacji budowy przedszkola na poszczególnych członków konsorcjum z dnia 31 sierpnia 2017 r. budzi poważne wątpliwości co do faktycznej daty jego powstania, zaś treść, forma i sposób jego napisania oraz wynikające z niego prawa i obowiązki każdego z Konsorcjantów prowadzą do przypuszczenia, że dokument ten mógł powstać tylko i wyłącznie na potrzeby analizowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tezę powyższą potwierdza przede wszystkim okoliczność, że żadne z pozostałych przedstawionych przez Wykonawcę Z. K. dokumentów nie potwierdza opisanego w porozumieniu sposobu wykonania prac i podziału obowiązków i wynagrodzenia pomiędzy członków Konsorcjum.

Stanowisko prezentowane powyżej przez skarżącego znajduje swoje poparcie również w treści umowy konsorcjum, jaką Z. K. złożył Zamawiającemu przy realizacji zadania, na które powołuje się w toku analizowanego postępowania. Dokument umowy Spółka Firma Budowlana EKOINBUD uzyskała od Zamawiającego w ramach dostępu do informacji publicznej:

Dowód: pismo Urzędu Gminy Kobierzyce z dnia 11.09.2019 r.;

Umowa konsorcjum w zamówieniach publicznych z dnia 31.07.2017 r.

Z powyższej umowy Konsorcjum wynika, że każdy z członków Konsorcjum zobowiązany był do wykonania zakresu robót w swojej części oferty zgodnie z umową zawartą z Zamawiającym (§ 5 ust. 2 a umowy konsorcjum z dnia 31.07.2017 r.).

Znamiennym jest fakt, że Wykonawca Z. K. nie złożył w analizowanym postępowaniu oferty na podstawie której Konsorcjum realizowało swoje zadanie, a powołuje się na dokument porozumienia, którego samo porównanie z formą, sposobem napisania, stylem, czcionką i treścią umowy konsorcjum, budzi poważne wątpliwości co do faktycznej daty jego powstania.

Z całą stanowczością podkreślić jednakże należy, iż z treści Porozumienia datowanego na dzień 31 sierpnia 2017 r. wynika jedynie, że określony w nim sposób podziału prac pomiędzy Konsorcjantów ma dopiero zostać wykonany w toku realizacji wspólnej inwestycji, nie potwierdza natomiast w żadnej mierze, że prace według takiego podziału zostały faktycznie zrealizowane.

Powyższe nie wynika również z pozostałych dokumentów przedłożonych przez Z. K. wraz z pismem z dnia 23 września 2019 r.

Kopie miesięcznych faktur VAT wykonawcy wraz z protokołami pierwszych stron protokołów rzeczowo - finansowych wskazujących na wartość wykonanych prac potwierdzają tylko i wyłącznie zakres i wartość prac zrealizowanych przez całe Konsorcjum na rzecz Zamawiającego a nie poszczególnych jego członków. Faktury i protokoły zostały bowiem wystawione jedynie przez Lidera Konsorcjum na Zamawiającego i nie potwierdzają w żadnej mierze twierdzeń Wykonawcy Z. K. o wykonaniu przez niego osobiście zakresu stanowiącego 95% całości prac dotyczących inwestycji więc należy ten dowód traktować jako niewystarczający i nie potwierdzający .

Zestawienie personelu wykonawcy skierowanego do realizacji budowy przedszkola oraz sprzętu wykonawcy skierowanego do realizacji budowy przedszkola nie potwierdza samodzielnie, że osoby wskazane na liście faktycznie były u Wykonawcy Z. K. zatrudnione a nadto, że realizowały na jego zlecenie prace na inwestycji w Gminie Kobierzyce.

Podobnie rzecz się ma z zestawieniem sprzętu.

Reasumując należy stwierdzić, że w stanie faktycznym analizowanego postępowania Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie wykazał w żaden sposób spełniania stawianych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu.

W tym stanie rzeczy, mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, że dokonując wyboru ww. wykonawcy i oferty złożonej przez Z. K. Zamawiający dokonał czynności pozostającej w rażącej sprzeczności z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych. Oferta ta nie tylko nie powinna zostać wybrana, ale przede wszystkim powinna zostać odrzucona ze względu na niespełnienie warunków SIWZ.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecznictwa oferta złożona przez oferenta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji

(wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 8.05.2013 r., sygn. akt XII Ga 186/13, LEX1718553).

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt. 2 prawa

zamówień publicznych polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego rzeczowej materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego).

(wyrok KIO z dnia 9.04.2015 r., sygn. akt 627/15, LEX nr 1710418).

Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt. 3 prawa zamówień publicznych zachodzi, gdy zawartość oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wymaganiom. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 8 kwietnia 2015 r. KIO 569/15).

Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 k.c., czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia.

Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt. 3 prawa zamówień publicznych - zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 16 marca 2015 r., sygn. akt KIO 381/15).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, iż Zamawiający w toku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokonał wyboru oferty, która winna zostać odrzucona ze względu na jej sprzeczność z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem odwołującego się Wykonawca, którego oferta została wybrana w toku analizowanego postępowania jest niezgodna z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego w SIWZ w zakresie odnoszącym się do spełnienia warunków udziału w postępowaniu i dysponowania odpowiednim doświadczeniem przy budowie odpowiedniego rodzaju budynków.

Tym samym, mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, iż oferta złożona przez Z. K. nie powinna, ze względu na swoją merytoryczną zawartość pozostającą w sprzeczności z opisem warunków udziału w postępowaniu wynikającym ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, być w ogóle brana pod uwagę w toku przeprowadzonego postępowania i winna zostać odrzucona, a nie wybrana jako oferta najbardziej dla Zamawiającego korzystna.

Na gruncie art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. w ramach pojęcia wyboru najkorzystniejszej oferty, powinno się uwzględnić także te czynności lub zaniechania dokonania czynności, które w sposób bezpośredni wpływają na wybór określonej oferty jako najkorzystniejszej w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2403/17). Zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2018 r., sygn. akt KIO 456/18).

Mając na uwadze przytoczone powyżej argumenty merytoryczne i prawne oraz uwzględniając całokształt przeprowadzonego przez Zamawiającego postępowania, jego warunki i treść wybranej przez Zamawiającego oferty wraz z załączonymi do niej dokumentami oraz pismo uzupełniające ofertę Wykonawcy Z. K. i załączone do niej dokumenty, stwierdzić należy, iż niniejsze odwołanie stało się konieczne i jednocześnie w pełni zasadne.

Dnia 10 października 2019 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Z. K. prowadzący działalność gospodarczą jako „K.” Przedsiębiorstwo Instalacji Sieci CO, Wod.-Kan. I Gaz Usługi Ogólnobudowlane Z.

K. z siedzibą w Wysokiej (zwany dalej Przystępującym).

Dnia 15 października 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła w formie elektronicznej odpowiedź Zamawiającego na odwołanie (datowana na 14 października 2019 roku) (której oryginał w formie pisemnej przekazał na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania w dniu 18 października 2019 roku). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w odpowiedzi na odwołanie oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 października 2019 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 1 października 2019 r.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy - środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba stwierdziła także skuteczność wniesionego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu - co również zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła i zważyła co następuje

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polegający na wyborze oferty najkorzystniejszej, która pod względem warunków udziału w postępowaniu nie spełnia wymogów SIWZ, przez co powinna zostać odrzucona, jest chybiony.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu stanowi przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania określoną w art.

24 ust. 1 pkt 12 Pzp a nie jak błędnie zarzuca Odwołujący przesłankę odrzucenia oferty określoną w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp: Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Natomiast, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepis ten, odnosi się do merytorycznej treści oferty a nie do przesłanek formalnych dotyczących badania wykonawcy, pod względem jego zdolności do wykonania zamówienia. Czynność odrzucenia oferty nie jest tożsama z czynnością wykluczenia wykonawcy. Czynności tych nie można stosować zamiennie, dokonywane są one na podstawie innych przesłanek faktycznych, na innych etapach postępowania i zazwyczaj odnoszą się do innego kręgu wykonawców.

Wskazać należy, że zgodnie z ugruntowanym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, interpretacja przepisu 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaofiarowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 50/17).

Sam odwołujący w odwołaniu przywołał wyroki, które bezpośrednio odnoszą się do rozumienia przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wyłącznie jako przesłanki merytorycznej, dotyczącej treści złożonej oferty (np. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 8.05.2013 r. sygn. akt XII Ga 186/13; wyrok KIO z dnia 9.04.2015 r., sygn. akt 627/15; wyrok z dnia 8 kwietnia 2015 r. KIO 569/15; wyrok z dnia 16 marca 2015 r., sygn. akt KIO 381/15).

Wskazać należy, stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, że Izba rozpoznaje odwołania w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu. Zarzut odwołania odnosi się do nieprawidłowej czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy, która pod względem warunków udziału w postępowaniu nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przez co powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Analizując powyższy zarzut, stosując wykładnię rozszerzającą, przy ocenie całości argumentacji zawartej w odwołaniu należałoby uznać że Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieprawidłowy wybór oferty złożonej przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu, ponieważ nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba, dokonując powyższej wykładni oparła się o zasady określone w art. 65 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z przepisem art. 65 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają, ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, biorąc pod uwagę utrwalone w orzecznictwie Sądu Najwyższego zasady, iż podstawę wykładni oświadczeń woli mających formę pisemną stanowi tekst dokumentu, w którym ujęto oświadczenie woli. W procesie jego wykładni podstawowa rola przypada językowym regułom znaczeniowym, przy czym wykładni poszczególnych wyrażeń dokonuje się z uwzględnieniem kontekstu, w którym zostało użyte. Uwzględnieniu podlegają także okoliczności, w jakich oświadczenie woli zostało złożone, oraz cel oświadczenia woli wskazany w tekście bądź możliwy do ustalenia na podstawie postanowień umowy. Tekst dokumentu nie stanowi przy tym wyłącznej podstawy wykładni ujętych w nim oświadczeń woli - postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2008 roku, sygn. akt II CSK 263/08 oraz w szczególności treść uchwały Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995 roku, sygn. akt III CZP 66/95.

Ponadto, uznać należy że samo wskazanie błędnej podstawy prawnej zarzutu nie może dyskwalifikować zarzutu jako takiego, jeśli okoliczności stanowiące jego podstawę zostały w odwołaniu przez wykonawcę wskazane.

Przechodząc do oceny czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, Izba wskazuje że wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany w sposób prawidłowy.

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonego jako:

„Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem

terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie,

zrealizował co najmniej: (...) jedną robotę budowlaną, której przedmiotem była budowa/przebudowa/nadbudowa budynku o PKOB 126 o pow. użytkowej nie mniejszej niż 800,00 m<sup>2</sup> (wskazana wartość odnosi się do powierzchni, która została zbudowana/przebudowana/nadbudowana) wraz z podaniem rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi i roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te usługi i roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy usługi i roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty;

Zamawiający wymagał aby wykonawca, którego ofertę najwyżej oceni złożył (...):

wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty; obejmujący co najmniej: jedną robotę budowlaną, której przedmiotem była budowa/przebudowa/nadbudowa budynku o PKOB 126 o pow. użytkowej nie mniejszej niż 800,00 m<sup>2</sup> (wskazana wartość odnosi się do powierzchni, która została zbudowana/przebudowana/ nadbudowana) wraz z podaniem rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Przystępujący złożył wykaz wykonanych robót, wskazując robotę budowlaną zrealizowaną w ramach konsorcjum wraz z poświadczeniem, potwierdzającym, że została ona wykonana należycie. Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 września 2019 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie m.in.: Zakresu wykonywanych czynności poszczególnych

konsorcjantów w realizacji zadania pn. „Budowa przedszkola oraz żłobka przy ul. Robotniczej w Kobierzycach wraz z infrastrukturą techniczną” Przystępujący złożył pismem z dnia 23 września 2019 r. wyjaśnienia i oświadczył że jako Lider Konsorcjum:

- 1) zapewnił kompletny, doświadczony i uprawniony personel pełniący wszystkie obowiązki w zakresie przygotowania produkcji i kontraktacji;
- 2) zapewnił bieżącą obsługę, koordynację i kierownictwo całą budową w zakresie sił własnych, podwykonawców i dostawców, w tym kierownika projektu, kierownika budowy, kierowników robót, inżynierów budowy;
- 3) zapewnił siły własne w postaci brygad pracowników fizycznych;
- 4) zapewnił własny sprzęt ciężki lub zorganizował jego najem;
- 5) zorganizował kompletne zaplecze budowy i placów składowych wraz z ochroną 24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu oraz jego likwidację po zakończeniu budowy przedszkola;
- 6) zapewnił obsługę kontaktów i pełne zarządzanie dokumentami na linii z Zamawiającym, Inspektorami Nadzoru Inwestorskiego, Projektantem i innymi uczestnikami procesu;
- 7) uzyskał pozwolenie na użytkowanie;
- 8) przekazał projekt przyszłemu użytkownikowi;

- 9) wykonał szkolenia wielobranżowe;
- 10) opracował dokumentację powykonawczą;
- 11) zapewnił obsługę gwarancyjną;
- 12) zapewnił całość niezbędnych środków pieniężnych koniecznych dla płynnej realizacji robót oraz pełną obsługę finansową budowy przedszkola

co stanowiło 95% faktycznego udziału w przygotowaniu i realizacji budowy przedszkola, a jego wartość wyniosła 12.037.238,98 PLN brutto.

Do udzielonych wyjaśnień Przystępujący załączył jako dowody Porozumienie członków konsorcjum z dnia 31 sierpnia 2017 r. do umowy konsorcjum z dnia 31 lipca 2017 r., kopie miesięcznych faktur VAT wraz z kopiami pierwszych stron protokołów rzeczowo-finansowych, wykaz personelu i sprzętu wykonawcy skierowanego do realizacji budowy przedszkola oraz żłobka w Kobierzycach wraz z infrastrukturą techniczną.

Izba wskazuje, że doświadczenie, którym wykazuje się wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu musi mieć charakter realny, bowiem od niego zależy możliwość prawidłowego wykonania zamówienia przez wykonawcę. Jeżeli doświadczenie zostało nabyte w konsorcjum realizującym dany zakres prac, to wykonawca może powołać się na doświadczenie jedynie w zakresie, w którym sam je nabył, tzn. faktycznie i realnie uczestniczył w wykonaniu prac. Stanowisko to potwierdza także liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (por. wyrok z dnia 26 maja 2017r o sygn. akt KIO 905/17, KIO 933/17; wyrok z dnia 21 grudnia 2018 r. o sygn. akt KIO 2529/18; wyrok z dnia 27 sierpnia 2018 r. o sygn. akt KIO 1607/18; wyrok z dnia 18 września 2017 r. o sygn. akt KIO 1854/17; wyrok z dnia 8 marca 2018 r. o sygn. akt KIO 341/18 i wiele innych).

Wobec powyższego, Izba wskazuje, że Przystępujący był uprawniony do powołania się na doświadczenie, które realnie zdobył wykonując zamówienie w ramach konsorcjum, z zakresie w którym brał faktyczny udział w jego realizacji.

Następnie Izba wskazuje, iż zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, referencje lub inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty były wykonywane stanowią potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, których rodzaj, przedmiot, wartość, daty i miejsce wykonania Wykonawca podaje w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych. Ponadto, wskazać należy, że Zamawiający nie ma wpływu na treść sformułowań zawartych w referencjach czy dokumentach wystawionych na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia, z uwagi na to iż są one wystawiane przez podmiot trzeci. Przywołać można tu przykładowo wyrok o sygnaturze KIO 2145/16 z 28 listopada 2016r., którego argumentację podziela Izba: „Zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązany jest do badania złożonych dokumentów łącznie, tzn. badanie informacji zawartych w jednolitym dokumencie wraz z informacjami zawartymi w referencjach bądź innych dokumentach załączonych przez wykonawcę. Nieuprawnionym byłoby dokonywanie oceny tychże dokumentów rozłącznie, tym bardziej, że treść referencji bądź innych dokumentów przedstawionych na wezwanie nie została określona w obowiązujących przepisach, a jej zakres zależy każdorazowo od podmiotu, który tę referencję, bądź inny dokument wystawia”, lub wyrok o sygnaturze KIO 1216/17 z 6 lipca 2017 r.: „Odwołujący w treści odwołania stawia zarzut, iż treść referencji nie potwierdza wszystkich czynności, które zostały podane w wykazie, a wymagane były przez zamawiającego treścią ww. warunku. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący błędnie i w sposób nieuzasadniony wymaga, aby treść referencji powiełała wszystkie informacje, żądane przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem potwierdzeniem spełnienia warunku jest oświadczenie wykonawcy w formie wykazu, a referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie prawidłowość wykonywanej usługi referencyjnej. Powyższe potwierdzają wprost przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych i rozporządzenia wykonawczego do tej ustawy. (...) Nie może zatem ulegać najmniejszej wątpliwości, że dokumentem potwierdzającym zakres wykonanych usług jest wykaz usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane”.

Wobec powyższego, to nie referencje lub inne dokumenty których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz dostaw, usług lub robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia. Kwestionując doświadczenie Przystępującego, Odwołujący musiałby dowieść, iż w ramach zadań wskazanych w wykazie na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Przystępujący nie wykonywał zakresu prac wymaganego przez Zamawiającego. Zarzut odwołującego sprowadza się natomiast do twierdzenia,

że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem z treści Poświadczenia z dnia 23 kwietnia 2019 roku nie wynikają informacje, o zakresie prac wykonanych przez Przystępującego.

Jak zostało wskazane powyżej, informacje te nie muszą wynikać z dokumentów wystawionych na potwierdzenia należytego wykonania zamówienia lecz z oświadczenia wykonawcy, składanego np. w postaci wykazu wykonanych robót.

Przystępujący wskazał w wykazie robót, robotę budowlaną realizowaną w ramach konsorcjum potwierdzającą posiadanie realnego doświadczenia w zakresie wymaganym warunkiem udziału w postępowaniu co potwierdził również w wyjaśnieniach z dnia 23 września 2019 roku, oraz załączył dowód w postaci Poświadczenia z dnia 23 kwietnia 2019 roku potwierdzający należyte wykonanie roboty, na wykonanie której się powołał wskazując posiadane doświadczenie.

Powyższe, w ocenie Izby stanowi wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu i nie może stanowić podstawy wykluczenia Przystępującego z postępowania.

W okolicznościach, w których oferta Przystępującego została najwyżej oceniona a Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej należy uznać za prawidłowy.

Tym samym zarzut odwołania należy uznać za niezasadny a odwołanie oddalić.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowanie odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) i 2) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....