

WYROK

z dnia 15 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2020 r. przez wykonawcę Firmę Budowlaną DOTA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie,

przy udziale wykonawcy KWK Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1726/20 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę Firmę Budowlaną

DOTA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę Firmę Budowlaną DOTA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego - wykonawcy Firmy Budowlanej DOTA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu na rzecz Zamawiającego - Polskich Kolei Państwowych S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Zamawiający - Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę dworca kolejowego Pałędzie (znak postępowania: KFZ/2020/WNP-011215).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 kwietnia 2020 r. pod numerem 2020/S 078 - 183386.

W dniu 24 lipca 2020 r. wykonawca Firma Budowlana DOTA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w związku art. 22a ust. 3 oraz w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy KWK Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy [dalej „KWK”] mimo niewykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie minimalnego warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy postawionego przez Zamawiającego zapisem ust. 3 pkt 3) ppkt 1 rozdziału IX SIWZ wynikające z niedokonania oceny, czy udostępnienie zasobu doświadczenia przez podmiot trzeci pozwala na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 7 ust. 1 w związku art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp, tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy KWK Construction Sp. z o.o., który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie minimalnego warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy, postawionego przez Zamawiającego zapisem ust. 3 pkt 3) ppkt 1 rozdziału IX SIWZ;
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12) oraz w związku z art. 22c ust. 1 i 4 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy KWK Construction Sp. z o.o. z postępowania mimo, że wykonawca nie posiada wymaganej zdolności finansowej, o której mowa w ust. 3 pkt 2) SIWZ.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, w której Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę KWK Construction Sp. z o.o.;

2. nakazanie Zamawiającemu:

- dokonania ponownej oceny spełnienia przez wykonawcę KWK Construction Sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu i wykluczenie z postępowania tego wykonawcy na podstawie:

a) art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp z powodu zamierzonego wprowadzenia w błąd Zamawiającego w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz

b) art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp z powodu niewykazania przez wykonawcę KWK Construction Sp. z o.o. spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1. petitum odwołania Odwołujący wskazał, że wykonawca KWK dla wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia dokonał sumowania doświadczenia swojego oraz doświadczenia podmiotu trzeciego, co z uwagi na brzmienie zapisów SIWZ oraz z uwagi na niepodzielny charakter tego warunku udziału w postępowaniu, jest niedopuszczalne.

Uzasadniał, że Zamawiający wymagał, aby wykonawcy w istocie wykazali się wykonaniem przedmiotowo i wartościowo dwóch tożsamyh robót budowlanych. Biorąc pod uwagę wymóg powtarzalności wymaganego doświadczenia, tu jej dwukrotności, oczywistym

jest stwierdzenie, że istotą tego wymogu jest biegłość wykonawcy w organizacji i wykonywaniu robót podobnych, tj. o wskazanym minimalnym zakresie ilościowym i przedmiotowym, którą to biegłość wykonawca może nabyć przy realizacji kilkukrotnej, tu dwukrotnej, wykonań o wskazanych tożsamych cechach. Treścią tego warunku było co najmniej dwukrotne wykonanie robót budowlanych w określonych branżach i o określonej wartości minimalnej. Zatem miarą minimalnego doświadczenia w tym wypadku Zamawiający uczynił nie tylko wykonanie określonego zadania, ale jego powtórzenie.

Biorąc pod uwagę opisaną istotę przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, określonym przez Zamawiającego jako biegłość mierzoną liczbą powtórzeń wykonania robót budowlanych o tożsamych minimach rzeczowych i ilościowych, oczywistym jest, że przeczy istocie tak określonego sposobu mierzenia wymaganego doświadczenia minimalnego sumowanie doświadczeń dwóch różnych podmiotów mających brać udział w wykonaniu zamówienia, czy to w ramach spół-wykonawstwa (konsorcjum) czy podwykonawstwa, z których każdy posiada połowicznie wymagane doświadczenie. De facto

wymaganego doświadczenia minimalnego żaden z tych podmiotów - wykonawca ani podmiot trzeci - nie posiada, bowiem legitymuje się tylko jednym odpowiednim wykonaniem referencyjnym z dwóch wymaganych. W mierze krotności żaden z tych podmiotów - Wykonawca ani podmiot trzeci - nie dysponują wymaganą biegłością, co jest istotą tego warunku doświadczenia.

Odwołujący przywołał fragment wyroku TSUE w sprawie C - 387/14 Esaprojekt i wskazał, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający uznał zamówienie za niepodzielne, bowiem nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych na wykonanie tego zamówienia. Stosownie do przedmiotu zamówienia Zamawiający określił warunek doświadczenia polegający na powtórzeniu wykonania tożsamych rzeczowo i ilościowo robót budowlanych. Stąd, na kanwie ww. wyroku TSUE należy uznać, że nie jest dopuszczalne sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, z których żaden samodzielnie nie ma wymaganej zdolności do realizacji tego zamówienia.

Ponadto Odwołujący przywołał wyrok KIO 2169/16 i wskazał, że konstatacje Izby dotyczące konsorcjum wykonawców w zakresie oceny spełniania warunków zamówienia należy wprost odnosić również do sytuacji związku wykonawcy i podmiotu trzeciego uczyniającego swoje zasoby wykonawcy na potrzeby danego zamówienia, bowiem decyzja podmiotów, czy uczestniczą w wykonaniu zamówienia w relacji spółwykonawstwa - konsorcjum czy podwykonawstwa, jest w swej istocie tylko decyzją formalną, dotyczącą tego, jaki mają status podmioty realizujące zamówienie w relacji z zamawiającym. Dla przedmiotowej strony realizacji zamówienia znaczenie ma, czyje ręce - doświadczone czy niedoświadczone - wykonują przedmiot zamówienia.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w SIWZ zawarł wymagania w sprawie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie z tą jednak uwagą, że odmiennie ukształtował te wymagania w odniesieniu do warunku dotyczącego doświadczenia i odmiennie w doniesieniu do warunku dotyczącego potencjału kadrowego.

Uzasadniał, że w ustępie 3 pkt 3) ppkt 2 rozdziału IX SIWZ, zawierającym wymogi w zakresie potencjału kadrowego wykonawcy, Zamawiający zawarł jasną wskazówkę w sprawie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie oraz wskazówki co do sposobu rozumienia wymogów określonych w tym podpunkcie. Zamawiający jasno wskazał, co podkreślił wytłuszczeniem, że jeżeli wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia ww. warunki mogą spełniać łącznie. Ponadto, w odniesieniu do wymogów dot. potencjału kadrowego postawionych w tym podpunkcie, zamawiający wskazał m.in. na rozumienie pojęć budynku użyteczności publicznej oraz wpisu budynku do rejestru lub ewidencji zabytków użytych w tym podpunkcie. Z uwagi na strukturę tekstu SIWZ powyższe zapisy odnoszą się jedynie do zapisów dotyczących warunków dotyczących wymaganego minimalnego potencjału kadrowego wykonawców, bowiem zawarte są w jednostce redakcyjnej tekstu tego dotyczącej.

Warunek określający minimalne wymagane doświadczenie wykonawcy Zamawiający zawarł w ust. 3 pkt 3) ppkt 1 rozdziału IX SIWZ. W uwagach dotyczących sposobu rozumienia pojęć i interpretacji zapisów podpunktu 1, zawierającego minimalne wymogi doświadczenia wykonawcy, zamawiający wskazał jedynie, jak będzie rozumiał użyte w tym podpunkcie pojęcia budynku użyteczności publicznej oraz wpisu budynku do rejestru lub ewidencji zabytków. Brak w tym podpunkcie jasnego wskazania o możliwości łącznego wykazywania warunku doświadczenia przez podmioty zamierzające wspólnie realizować przedmiotowe zamówienia.

Z powyższego a contrario jasno wynika, że Zamawiający nie dopuścił łączenia potencjałów podmiotów w zakresie warunku minimalnego wymaganego doświadczenia

w tym postępowaniu. Gdyby Zamawiający dopuszczał łączenie potencjałów wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia warunku doświadczenia, to w ust. 3 pkt 3) ppkt 1 rozdziału IX SIWZ jasno wskazałby na taką możliwość, jak wskazał to jasno, uwypuklając wytłuszczeniem, w ust. 3 pkt 3) ppkt 2 rozdziału IX SIWZ w odniesieniu do warunku dot. potencjału kadrowego.

Reasumując powyższe, z uwagi na istotę postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, którego istota została oparta na biegłości wykonawcy zdobytej na wykonaniu krotności tożsamych wykonań oraz z uwagi na postanowienia ww. SIWZ w kwestii możliwości łączenia potencjałów podmiotów zamierzających wspólnymi siłami wykonać zamówienie, wykonawca KWK Construction Sp. z o.o. nie zdołał wykazać spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie minimalnego wymaganego doświadczenia opisanego ust. 3 pkt 3) ppkt 1 rozdziału IX SIWZ. Dlatego uznanie przez Zamawiającego, że wykonawca KWK Construction Sp. z o.o. spełnił warunek udziału w zakresie wymaganego minimalnego doświadczenia opisany w SIWZ w drodze prostego sumowania doświadczenia wynikającego z jednego wykonania

referencyjnego tego wykonawcy i jednego wykonania referencyjnego podmiotu trzeciego - podwykonawcy, nie może się ostać jako niezgodne z postanowieniami SIWZ i ustawą Pzp.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 2. petitum odwołania Odwołujący podniósł, iż wykonawca KWK Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy przy ulicy Przemysłowej 15, będący jednoosobową spółką pana W. K., przedstawił w postępowaniu referencje wystawione przez osobę fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą KWK Construction Deweloper W. K. w Bydgoszczy przy ulicy Przemysłowej 15. W związku z okolicznością, że pan W. K., który wystawił przedmiotowe referencje, jest jednocześnie stuprocentowym udziałowcem i prezesem KWK Construction Sp. z o.o., dla której to spółki przedmiotowe referencje zostały wystawione, w realiach przedmiotowej sprawy zasadne jest uproszczone stwierdzenie, że pan W. K. wystawił referencje samemu sobie, które Zamawiający uznał bezkrytycznie.

Odwołujący wskazał, że nie zamierza kwestionować teorii osoby prawnej obowiązującej na gruncie prawa polskiego; niemniej ta sytuacja jest co najmniej dwuznaczna i powinna skłonić Zamawiającego do należytej weryfikacji przedmiotowych referencji, której to staranności w przedmiotowym postępowaniu zabrakło.

Z referencji wynika, że wykonawca KWK Construction Sp. z o.o. wykonał „roboty budowlane wraz z kompletem instalacji wewnętrznych, tj. instalacjami sanitarnymi, elektrycznymi, teletechnicznymi i wentylacją mechaniczną w budynku biurowym przy ul. Weteranów 5 w Bydgoszczy w okresie od 07.03.2018 r. do 25.09.2019 r. o łącznej wartości 8.027.800,00 zł”. Odwołujący wskazał, że przedstawione przez KWK referencje (dokument) oraz wykaz robót budowlanych (oświadczenie tego Wykonawcy) na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego minimalnego doświadczenia są nierzetelne i poświadczają nieprawdę. Posesja oznaczona adresem ulica Weteranów 5 w Bydgoszczy nie istnieje albo jest niezabudowaną nieruchomością.

Z przedstawionego zdjęcia satelitarnego z portalu wynika, że posesja znajdująca się pod adresem ulica Weteranów 5 w Bydgoszczy, jest niezabudowana. Powyższe potwierdza zeznania pana M. R., który osobiście wizytował tą okolicę. Natomiast z wyszukiwania za pomocą portalu wynika, że przy ulicy Weteranów w Bydgoszczy ustalone są tylko trzy adresy posesji: Weteranów 2, Weteranów 4 i Weteranów 14. Nie ma natomiast posesji oznaczonej numerem 5 przy ulicy Weteranów w Bydgoszczy. Odwołujący wskazał, że powyższe okoliczności w sposób niezawodny świadczą o wyczerpaniu przez wykonawcę KWK Construction Sp. z o.o. swoim postępowaniem przesłanek wykluczenia w przedmiotowego podstępowania opisanych art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp. Wykonawca KWK Construction Sp. z o.o. przedstawił w postępowaniu ww. oświadczenia i dokumenty poświadczające nieprawdę i nierzetelne, czym wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełnienia przez siebie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. W błędzie tym, co do spełnienia przez wykonawcę KWK Construction Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu dot. doświadczenia, Zamawiający nadal pozostaje, czego skutkiem jest niewykluczenie wykonawcy KWK Construction Sp. z o.o. z postępowania i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, w tym dążenie wykonawcy KWK Construction Sp. z o.o. w swoim interesie do uzyskania zamówienia, nie można uznać inaczej, że podanie ww. nierzetelnych informacji miało charakter zamierzonego działania nacelowanego na uzyskanie zamówienia w ten niegodny sposób, tj. przez podanie Zamawiającemu nieprawdziwych informacji o zdolności tego wykonawcy do wykonania zamówienia.

Odwołujący kwestionował również rzetelność oświadczenia wykonawcy KWK Construction Sp. z o.o. co do spełnienia przez podmiot trzeci warunku udziału w postępowaniu, dla wykazania którego wskazał wykonanie referencyjne tego podmiotu pn.

Przebudowa i modernizacja budynku Centrali Banku Gospodarstwa Krajowego w Warszawie, Aleje Jerozolimskie 7 - przebudowa Świetlików B, C, D wraz z instalacjami towarzyszącymi. Bez wątplenia przedmiotowe wykonanie referencyjne miało za przedmiot roboty z branży konstrukcyjnej oraz instalacyjne i wykończeniowe. Jednak nic nie wskazuje, że ich zakres obejmował roboty budowlane w branży elewacyjnej. W tej sytuacji również zachodzi istotne prawdopodobieństwo, że, nawet jeśli nie umyślnie, to z powodu rażącego niedbalstwa, wykonawca KWK Construction Sp. z o.o. wprowadził Zamawiającego w błąd co do zdolności lub sytuacji innych podmiotów, z których zasobów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp korzysta. Wykonawca składający oświadczenie czy dokumenty dot. potencjału podmiotu trzeciego, na którym się chce oprzeć przy wykazywaniu spełniania warunków, bez uprzedniego sprawdzenia, czy ten podmiot spełnia dany warunek udziału w postępowaniu, działa w warunkach rażącego niedbalstwa jako podmiot profesjonalny.

Odnosząc się do zarzutu zawartego w punkcie 3. petitum odwołania Odwołujący wskazał, że przedmiotowe postępowanie przetargowe na wykonanie robót budowlanych pn.: Przebudowa dworca kolejowego Pałędzie jest tylko częścią większego zamówienia publicznego, w skład którego weszło jeszcze przynajmniej cztery następujące postępowania przetargowe w przedmiocie robót budowlanych:

- 1) Przebudowa dworca kolejowego Mogilno o nr ref. KFZ/2020/WNP-011214;
- 2) Przebudowa dworca kolejowego Kołodziejewo o nr ref. KFZ/2020/WNP-011218;
- 3) Przebudowa dworca kolejowego Trzemeszno o nr ref. KFZ/2020/WNP-011216;
- 4) Przebudowa dworca kolejowego Złotniki Kujawskie o nr ref. KFZ/2020/WNP-011213.

Zamawiający we wszystkich pięciu postępowaniach przetargowych, zgodnie z zasadą określoną w art. 22c ust. 4 ustawy Pzp, ustanowił wymóg wykazania się przez wykonawcę zdolnością finansową (posiadane środki lub zdolność kredytowa) na poziomie 1.000.000,00 zł; w wszystkich specyfikacjach dotyczących tych postępowań Zamawiający zawarł ten warunek w zapisach oznaczonych ust. 3 pkt 2) rozdziału IX danego SIWZ.

Wykonawca KWK Construction Sp. z o.o., prócz przedmiotowego postępowania, złożył także oferty we wszystkich ww. postępowaniach i jego oferty zostały uznane za najkorzystniejsze. Jednocześnie we wszystkich pięciu postępowaniach wykonawca KWK Construction Sp. z o.o. przedstawił poświadczoną kopie tego samego zaświadczenia wystawionego przez Bank Spółdzielczy w Brodnicy w dniu 08 maja 2020 roku, w którym ten bank zaświadcza, że wykonawca KWK Construction Sp. z o.o. posiada na swoim koncie w tym banku saldo środków w wysokości 1.068.077,56 zł na dzień 07 maja 2020 roku.

Skoro z zaświadczenia banku wynika, że wykonawca KWK Construction Sp. z o.o. dysponuje zdolnością finansową niewiele przekraczającą wymaganą zdolność dla jednej z pięciu części postępowania, to w momencie wyboru oferty tego wykonawcy w jednej części zamówienia zdolność ta jest konsumowana w tej części i nie może ona być przenoszona na inne części, bowiem nie można jej rozmnożyć.

Odwołujący przywołał wyrok KIO 1922/17 i wskazał, że jeśli Zamawiający, zgodnie z тезami wynikającymi z ww. wyroku i art. 22c ust. 4 ustawy Pzp dla każdej części tego dużego zamówienia, wyznaczył ów wymóg finansowy proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia i na poziomie minimalnych wartości dla każdej z części, to skonsumowanie całej wykazanej zdolności finansowej wykonawcy w jednej części zamówienia czyni go niezdolnym finansowo do udźwignięcia pozostałych części zamówienia. Powyższe wydaje się oczywiste i powinno stanowić przesłankę do stosownej oceny zdolności finansowej wykonawcy, który złożył ofertę na więcej niż jedną część zamówienia. Niemniej Zamawiający adekwatnej oceny zdolności finansowej wykonawcy KWK Construction Sp. z o.o. w tym kontekście zaniechał, czym oczywiście i rażąco, w opinii Odwołującego, naruszył zasadę równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 września 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania.

W przedmiocie zarzutu wskazanego w punkcie 1. petitum odwołania Zamawiający podniósł, że zsumowanie doświadczenia wykonawcy oraz doświadczenia podmiotu trzeciego było dopuszczalne, zaś warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej nie miał charakteru niepodzielonego. Zamawiający nigdzie nie zastrzegł braku możliwości sumowania doświadczenia w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Wprost przeciwnie - możliwość sumowania doświadczenia została przewidziana wprost w SIWZ. Zamawiający wskazał, że szczegółowe zasady polegania na zasobach podmiotów trzecich zostały określone w rozdziale IX ust. 4-7 SIWZ. Zamawiający uzasadniał, że nie ograniczył prawa do

skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego, również w zakresie doświadczenia, a w szczególności nie wymagał, by podmiot trzeci wykazał się doświadczeniem wykonania zarówno budowy lub przebudowy budynku użyteczności publicznej, jak i budowy lub przebudowy budynku zabytkowego.

Zamawiający wskazał, iż również w wypadku konsorcjum Zamawiający dopuszczał wspólne spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazał, iż nie sposób zgodzić się ze stwierdzeniem, że wyróżniony przez Odwołującego fragment rozdziału IX ust. 3 pkt 3 ppkt 2 SIWZ odnosi się tylko i wyłącznie do warunku potencjału kadrowego. Zgodnie ze wskazanym fragmentem „jeżeli wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia ww. warunki mogą spełnić łącznie”. Zamawiający zaznaczył, że ww. warunki dotyczą wszystkich warunków z ust. 3 pkt 3 rozdziału IX SIWZ, a nie tylko potencjału kadrowego. W SIWZ wskazano, że łącznie mogą być spełnione „ww. warunki”, a zatem także w zakresie doświadczenia. Poza tym, zgodnie z orzecznictwem KIO, w razie jakichkolwiek wątpliwości zastrzeżone warunki należy interpretować na korzyść wykonawców, a zatem bez wątpienia dla wykonawców korzystniejsza jest możliwość spełnienia warunków łącznie, a nie oddzielnie. Wskazał, że przedstawiona interpretacja jest w pełni zgodna z literalnym brzmieniem rozdziału IX ust. 4 - 8 SIWZ.

Zamawiający uzasadniał, iż Odwołujący dokonał błędnej i niedopuszczalnej interpretacji SIWZ poprzez uznanie, że Zamawiający odmiennie ukształtował wymagania w odniesieniu do warunku dotyczącego doświadczenia i odmiennie w odniesieniu do warunku dotyczącego potencjału kadrowego. Podkreślał, że dokumenty przetargowe powinny być czytane i interpretowane całościowo.

Zamawiający zaznaczył, że wymagał wykazania doświadczenia w zadaniach różnego rodzaju. Pierwszy z warunków dotyczył wykonania roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej, zaś drugi dotyczył budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru zabytków lub ewidencji zabytków. Żądanie wykazania doświadczenia dotyczyło zatem wykonania różnych zadań i można uznać, że miało służyć zbadaniu odmiennego doświadczenia. Nie można zatem uznać, że Zamawiający wymagał wielokrotności wykonania robót budowlanych, gdyż obie z wymaganych robót miały odmienny charakter. W kontekście braku zastrzeżenia Zamawiającego co do możliwości sumowania doświadczenia zarzuty Odwołującego są bezpodstawne.

Zdaniem Zamawiającego za bezzasadny należy uznać wniosek Odwołującego, zgodnie z którym „w przedmiotowej sprawie Zamawiający uznał zamówienie za niepodzielne, bowiem nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych na wykonanie tego zamówienia”. Nie można przyjąć, że brak możliwości składania ofert częściowych przesądza o zakazie sumowania wiedzy i doświadczenia podmiotów. Czym innym jest również brak możliwości składania ofert częściowych, a czym innym fakt, że przedmiotowe zamówienie stanowi część większego zamówienia.

Zamawiający wskazał, że ww. stanowisko znajduje uzasadnienie w orzecznictwie TSUE oraz KIO i przywołał wyrok TSUE C-324/14, wyrok KIO 1922/17, KIO 2464/16, KIO 269/19, KIO 2140/18, KIO 207/18, KIO 940 i 943/17, KIO 295/13.

Zamawiający wskazał, iż przywołane przez Odwołującego orzecznictwo dotyczy zupełnie odmiennego stanu faktycznego. Zamawiający przewidział wprost w dokumentacji przetargowej możliwość polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów trzecich, w tym możliwość sumowania doświadczenia. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zamawiający przewidział możliwość łącznego spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazał, że dokumenty przedstawione przez KWK Construction Sp. z o.o. odpowiadają wymogom Zamawiającego określonym w SIWZ, a wymogi te nie były skarżone w odpowiednim czasie.

W zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie 2. petitum odwołania referującym do roboty budowlanej wskazanej w poz. 1 wykazu robót budowlanych złożonego przez KWK Zamawiający wskazał, że przywołany zarzut należy uznać za całkowicie bezzasadny. Zamawiający opiera swoje stanowisko na złożonych referencjach KWK Construction Developer W. K. z Bydgoszczy, zgodnie z którymi prace powierzone KWK Construction Sp. z o.o. zostały wykonane w terminie, zgodnie ze sztuką budowlaną i należytą starannością. Zamawiający nie ma żadnych wątpliwości co do istnienia przedmiotowego budynku.

Z kolei w zakresie roboty budowlanej wskazanej w poz. 2 załącznika nr 4 do SIWZ złożonego przez KWK Zamawiający podał, iż zarzut jest bezzasadny. Zakres robót objętych referencjami udzielonymi przez Bank Gospodarstwa Krajowego na rzecz ZAB-BUD A. Z.,

zgodnie z oświadczeniem wykonawcy KWK, złożonym w formie wykazu (Załącznik nr 4 do SIWZ), obejmował również roboty budowlane w branży elewacyjnej, Zamawiający opiera swoje stanowisko na złożonym oświadczeniu wykonawcy. Twierdzenia Odwołującego, zgodnie z którymi zakres robót nie obejmował robót budowlanych w branży elewacyjnej, w myśl art. 6 k.c. powinny zostać potwierdzone należytymi dowodami.

W odwołaniu zawarto jedynie gołosłowne stwierdzenia. Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 6 lipca 2017 r. sygn. akt: KIO 1216/17, wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2017 r. sygn. akt: KIO 685/17 oraz wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2360/19 dotyczące charakteru i zakresu treści dokumentu referencji.

Odnosnie zarzutu zawartego w punkcie 3. petitum odwołania Zamawiający wskazał na brzmienie rozdziału IX ust. 3 pkt 2 SIWZ oraz rozdziału X ust. 7 pkt 1 lit. b) SIWZ. Wskazał, że wykonawca KWK ww. warunek udziału w postępowaniu spełnił. Sam fakt, że w innych postępowaniach przetargowych wykonawca złożył tożsamą kopię zaświadczenia wystawionego przez Bank Spółdzielczy w Brodnicy nie świadczy o tym, że wykonawca nie posiadał wymaganej zdolności finansowej. Wprost przeciwnie wykonawca KWK wykazał spełnienie warunku, stąd należy uznać, że wymaganą zdolność posiada.

Zamawiający wskazał, że przedmiotowe zamówienie nie zostało podzielone na części, stąd nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji art. 22c ust. 1 i 4 ustawy Pzp. Gdyby zatem przedmiotowe zamówienie zostało podzielone na części, wykonawca w odniesieniu do każdej z części powinien wykazać, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową do zaciągnięcia zobowiązania w wysokości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł. W analizowanym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z podziałem zamówienia na części, stąd wykonawca był zobligowany jedynie do wykazania, że w odniesieniu do całego zamówienia posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł.

Zamawiający zwrócił uwagę, że przebudowa każdego z dworców, który Odwołujący wskazuje w treści odwołania (Pałędzie, Mogilno, Trzemeszno, Kołodziejewo, Złotniki Kujawskie), była przedmiotem odrębnego postępowania (zamówienia). Zamawiający dla każdego z poszczególnych zamówień przeprowadza oddzielne postępowanie. Ocena spełniania warunków udziału w każdym z postępowań następuje odrębnie. Nie istnieje możliwość łącznego oceniania spełniania warunków we wszystkich postępowaniach, gdyż są one wszczynane i rozstrzygane w różnych terminach. Z uwagi na powyższe Zamawiający nie może narzucać wykonawcy wymogu posiadania środków finansowych (lub zdolności kredytowej) jako sumy dla poszczególnych postępowań (dworców), gdyż stanowiłoby to o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców. Wykonawca, składając ofertę w każdym z postępowań, nie może być traktowany mniej korzystnie niż wykonawca, który składa ofertę wyłącznie w jednym z takich postępowań. Poza tym wykonawca może posługiwać się tym samym zaświadczeniem bankowym w różnych postępowaniach przetargowych u różnych zamawiających, czego Zamawiający nie jest w stanie sprawdzić lub zabronić, stąd zarzut Odwołującego wydaje się absurdalny. Zamawiający nie jest nawet uprawniony do zwrócenia się do wykonawcy z zapytaniem, czy w innych postępowaniach u innych zamawiających nie przedłożył tożsamego dokumentu, potwierdzającego posiadanie określonych środków finansowych lub zdolność kredytową.

W końcu Zamawiający wskazał, że dokumenty przedstawione przez KWK odpowiadają wymogom Zamawiającego określonym w SIWZ, a wymogi te nie były skarżone w odpowiednim czasie (w terminie biegnącym od publikacji ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 27 lipca 2020 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę KWK Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 28 lipca 2020 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami, ofertę Przystępującego KWK oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 14 lipca 2020 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 10 września 2020 r.

Ponadto Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego, tj.:

1. pismo Prezydenta Miasta Bydgoszczy z dnia 13 sierpnia 2020 r.;
2. dokumentację zdjęciową;
3. wiadomość elektroniczną z dnia 11 sierpnia 2020 r. wraz z umową 39/DLA/2015;
4. opinię rzeczoznawcy budowlanego dr inż. J. R. dotyczącą charakteru prac wynikających z umowy 39/DLA/2015 z dnia 24 lipca 2015 r.;
5. wiadomość elektroniczną z dnia 27 lipca 2020 r.

Izba wskazuje, że nie objęła materiałem dowodowym złożonej przez Odwołującego dokumentacji zdjęciowej zawartej na pendrive z uwagi na nieprzekazanie odpisów ww. dowodu Zamawiającemu i Przystępującemu KWK, co skutkowało uchybieniem obowiązku wynikającemu z § 24 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r. (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092), który stanowi, że pisma przedkładane w toku rozprawy przez strony oraz uczestników postępowania odwoławczego wnoszą się również w odpisach dla stron oraz uczestników postępowania odwoławczego.

Jednocześnie Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Przystępującego KWK, przy piśmie procesowym z dnia 21 sierpnia 2020 r., tj.:

1. dokumentację zdjęciową;
2. akt notarialny z dnia 11 czerwca 2008 r.;
3. treść KW BY1B/00093759/0;
4. umowę nr 33/DLA/2016 z dnia 29 lipca 2016 r.;
5. wydruk z CEIDG A. Z.;
6. protokół konieczności nr 3;
7. kosztorys ofertowy A. Z.;
8. fakturę VAT nr 11/8/2016;
9. protokół końcowego odbioru robót z dnia 22 sierpnia 2016 r. dot. umowy nr 33/DLA/2016.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych (rozdział V SIWZ).

Stosownie do treści rozdziału IX ust. 3 pkt 2 SIWZ, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ustawy Pzp, dotyczące zdolności ekonomicznej lub finansowej. Zamawiający wskazał, że uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową do zaciągnięcia zobowiązania w wysokości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł.

Zgodnie z rozdziałem IX ust. 3 pkt 3 ppkt 1 SIWZ, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ustawy Pzp, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający wskazał, że uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał

należycie co najmniej 2 roboty budowlane (w szczególności informacje o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone) w tym:

a) co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej, która swoim zakresem wykonania obejmowała co najmniej:

- roboty budowlane konstrukcyjne,
- roboty budowlane wykończeniowe,
- roboty elewacyjne,
- roboty instalacyjne w zakresie branży sanitarnej, elektrycznej i teletechniczne

o wartości nie mniejszej niż 2 500 000,00 zł brutto, oraz

b) co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej wpisanym do rejestru zabytków lub ewidencji zabytków, która swoim zakresem wykonania obejmowała co najmniej:

- roboty budowlane konstrukcyjne,
- roboty budowlane wykończeniowe,
- roboty elewacyjne,
- roboty instalacyjne w zakresie branży sanitarnej, elektrycznej i teletechniczne

o wartości nie mniejszej niż 2 500 000,00 zł brutto.

Zamawiający wskazał, iż pojęcie budynku użyteczności publicznej należy rozumieć zgodnie z definicją zawartą w § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2019 r. poz. 1065).

Pojęcie wpisu budynku do rejestru lub ewidencji zabytków należy rozumieć zgodnie z ustawą z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U. z 2018 r. poz. 2067).

Zgodnie z rozdziałem IX ust. 4 SIWZ, wykonawca może, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale IX ust. 3 SIWZ w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

W rozdziale IX ust. 5 SIWZ Zamawiający jednocześnie poinformował, iż „stosowna sytuacja”, o której mowa w ust. 4 SIWZ wystąpi wyłącznie w przypadku kiedy:

1) wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia,

2) Zamawiający oceni, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1

pkt 13) - 22) i ust. 5 pkt 1), 2) i 8) ustawy Pzp,

3) w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane,

4) wykonawca, który polega na sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, odpowiada solidarnie z podmiotem, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, za szkodę poniesioną przez Zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty złożyło 12 wykonawców.

Wykonawca KWK Conctruction Sp. z o.o. wraz z ofertą złożył zobowiązanie ZAB - BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów w postaci zdolności technicznych. Ponadto Przystępujący złożył JEDZ spółki ZAB - BUD

Sp. z o.o.

Wykonawca KWK Conctruction Sp. z o.o., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, złożył m.in.:

1. wykaz robót budowlanych (załącznik nr 4 do SIWZ), w którym wskazał dwa zadania:

a) Roboty budowlane wraz z kompletem instalacji wewnętrznych tj. instalacjami sanitarnymi, elektrycznymi, teletechnicznymi i wentylacją mechaniczną polegające na przebudowie budynku użyteczności publicznej, zgodnie z definicją zawartą w § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U.2019 r. poz. 1065), tj.: Budynek biurowy przy ul. Weteranów w Bydgoszczy. Wykonawca oświadczył, iż robota budowlana swoim zakresem wykonania obejmowała co najmniej: roboty budowlane konstrukcyjne, roboty budowlane wykończeniowe, roboty elewacyjne, roboty instalacyjne w zakresie branży sanitarnej, elektrycznej i teletechnicznej. Wykonawca wskazał, iż wartość roboty budowlanej stanowiła 8 027 800 zł. Wykonawca załączył referencję z dnia 27 września 2019 r., z której wynika, iż „roboty budowlane wraz z kompletem instalacji wewnętrznych tj. instalacjami sanitarnymi, elektrycznymi, teletechnicznymi i wentylacją mechaniczną w budynku biurowym przy ul. Weteranów 5 w Bydgoszczy w okresie od 07.03.2018 r. do 25.09.2019 r.” zostały wykonane w terminie umownym zgodnie ze sztuką budowlaną i należytą starannością,

b) Przebudowa i modernizacja budynku Centrali Banku Gospodarstwa Krajowego w Warszawie, Aleje Jerozolimskie 7 - Przebudowa Świetlików B, C, D wraz z instalacjami towarzyszącymi polegające na przebudowie budynku użyteczności publicznej, wpisanym do rejestru lub ewidencji zabytków zgodnie z definicją zawartą w § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U.2019 r. poz. 1065) oraz zgodnie z ustawą z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U. z 2018 r. poz. 2067), tj.: Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie. Wykonawca oświadczył, iż powyższy budynek użyteczności publicznej jest wpisany do ewidencji zabytków. Wykonawca oświadczył, że robota budowlana swoim zakresem wykonania obejmowała co najmniej: roboty budowlane konstrukcyjne, roboty budowlane wykończeniowe, roboty elewacyjne, roboty instalacyjne w zakresie branży sanitarnej, elektrycznej i teletechnicznej. Wykonawca wskazał, iż wartość roboty budowlanej stanowiła 5 516 550 zł. Ww. robota budowlana została zrealizowana przez A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZAB - BUD A. Z. w Warszawie. Wykonawca przedłożył protokół końcowego odbioru robót z dnia 22 sierpnia 2016 r. dotyczący ww. inwestycji, prowadzonej w ramach umowy nr 39/DLA/2015 r. z dnia 24 lipca 2015 r. z późniejszymi zmianami (aneks nr 1 z dnia 11 lipca 2016 r.).

2. zaświadczenie Banku Spółdzielczego w Brodnicy z dnia 8 maja 2020 r. stwierdzające, że saldo środków pieniężnych na dostępnych rachunkach prowadzonych w ww. Banku na dzień 7 maja 2020 r. wynosi 1 068 077,56 zł.

W dniu 14 lipca 2020 r. za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę wykonawcy KWK Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy z ceną 5 777 000 zł brutto. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego z ceną 5 781 000 zł.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Za nieuzasadniony Izba uznała zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku art. 22a ust. 3 oraz w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy KWK mimo niewykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie minimalnego warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy.

Odwołujący oparł ww. zarzut na twierdzeniu, iż z uwagi na brzmienie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz niepodzielny charakter warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX ust. 3 pkt 3 ppkt 1 SIWZ niedopuszczalne było zsumowanie przez KWK doświadczenia własnego oraz doświadczenia podmiotu trzeciego.

Zdaniem Odwołującego istota ww. warunku udziału w postępowaniu dotyczyła biegłości wykonawcy zdobytej na wykonaniu krotności tożsamyh robót budowlanych.

Izba wskazuje, iż powyższe stanowisko Odwołującego było błędne, stanowiło interpretację własną Odwołującego co do sposobu rozumienia postanowień SIWZ w zakresie wymogów postawionych wykonawcom dotyczących wykazania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IX ust. 3 pkt 3 ppkt 1 SIWZ. Co więcej, stanowisko prezentowane przez Odwołującego oparte zostało na wybiórczej analizie postanowień specyfikacji, co też doprowadziło Wykonawcę do nietrafnych wniosków. Przede wszystkim wskazać należy, iż Odwołujący pominął postanowienia rozdziału IX ust. 4 i n. SIWZ, gdzie Zamawiający wprost wskazał, że wykonawca może, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale IX ust. 3 SIWZ w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. W rozdziale IX ust. 3 SIWZ Zamawiający opisał m.in. warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Co więcej w ust. 5 rozdziału IX SIWZ Zamawiający doprecyzował jak należy rozumieć „stosowną sytuację”, o której mowa w ust. 4 ww. rozdziału SIWZ.

Z powyższego w sposób jednoznaczny wynika, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dopuścił możliwość sumowania doświadczenia własnego wykonawcy oraz doświadczenia podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dostrzec również należy, iż podobna regulacja została zawarta w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gdzie Zamawiający jednoznacznie wskazał, że dopuszcza wspólne spełnianie warunków udziału w postępowaniu (rozdział IX ust. 8 SIWZ).

Nieuzasadnione było również stanowisko Odwołującego, który wskazywał, że istota ww. warunku udziału w postępowaniu dotyczyła biegłości wykonawcy zdobytej na wykonaniu krotności tożsamyh robót budowlanych. Słusznie twierdził Zamawiający oraz Przystępujący KWK, że w świetle postanowień specyfikacji konieczne było wykazanie przez wykonawcę doświadczenia w zadaniach różnego rodzaju. Pierwszy z warunków dotyczył wykonania roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej, zaś drugi dotyczył budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru zabytków lub ewidencji zabytków. Tym samym żądanie wykazania doświadczenia dotyczyło wykonania różnych zadań i służyło zbadaniu odmiennego doświadczenia.

Dostrzec także należy, iż Zamawiający nie wskazał w treści specyfikacji, iż ww. warunek udziału w postępowaniu ma charakter niepodzielny. Z kolei podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż Zamawiający nie przewidział możliwości składania ofert częściowych nie przesądza o zakazie sumowania wiedzy i doświadczenia podmiotów.

Izba wskazuje, iż Odwołujący pominął także treść art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Powyższa regulacja prawna, przeniesiona z art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, przyznaje wykonawcy uprawnienie do skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego, z czego w rozpoznawanej przez Izbę sprawie, skutecznie skorzystał wykonawca KWK.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż w świetle postanowień SIWZ jak i przepisów ustawy Pzp dopuszczalne było w okolicznościach niniejszej sprawy zsumowanie doświadczenia wykonawcy KWK oraz doświadczenia podmiotu trzeciego celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX ust. 3 pkt 3 ppkt 1 SIWZ. Tym samym podniesiony przez Odwołującego zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp, tj. naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy KWK Construction Sp. z o.o., który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie minimalnego warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia

wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Izba wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej możliwe jest w przypadku łącznego wystąpienia okoliczności, o których mowa w tej regulacji. Dla zastosowania ww. podstawy wykluczenia niezbędne jest wykazanie wprowadzenia zamawiającego w błąd. Wprowadzenie zamawiającego w błąd ma być wynikiem działania wykonawcy w postaci podania informacji dotyczących przesłanek wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, czy też w wyniku zatajenia określonych informacji. Powyższy przepis znajdzie zatem zastosowanie m.in. wówczas gdy wykonawca przy przedstawieniu określonych informacji, składa oświadczenie niezgodne z rzeczywistością, zatem sprzeczne z istniejącym stanem faktycznym. Ponadto działanie wykonawcy ma być wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Stosownie do treści art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy nie ziszcili się przesłanki warunkujące wykluczenie wykonawcy KWK z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. W szczególności Odwołujący nie wykazał, iż wykonawca KWK wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX ust. 3 pkt 3 pkt 1 SIWZ.

Odnosnie roboty budowlanej wskazanej w pozycji 1 wykazu robót budowlanych złożonego przez Przystępującego Odwołujący zarzucił, iż z treści referencji wynika, iż Przystępujący wykonał „roboty budowlane wraz z kompletem instalacji wewnętrznych, tj. instalacjami sanitarnymi, elektrycznymi, teletechnicznymi i wentylacją mechaniczną w budynku biurowym przy ul. Weteranów 5 w Bydgoszczy w okresie od 07.03.2018 r. do 25.09.2019 r.”, podczas gdy posesja oznaczona adresem ulica Weteranów 5 w Bydgoszczy nie istnieje albo nie jest zabudowaną nieruchomością.

Odnosząc się do powyższego zarzutu Izba wskazuje, iż za wykazane uznała stanowisko Odwołującego, że przy ul. Weteranów w Bydgoszczy nie ma numeru porządkowego 5, co też potwierdza pismo Prezydenta Miasta Bydgoszczy z dnia 13 sierpnia 2020 r. Jednakże zdaniem składu orzekającego Izby powyższa okoliczność w żaden sposób nie potwierdza, że Przystępujący KWK nie wykonał roboty budowlanej wskazanej w poz. 1 załącznika nr 4 do SIWZ polegającej na przebudowie budynku użyteczności publicznej, zgodnie z definicją zawartą w § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U.2019 r. poz. 1065), tj. dotyczącej budynku biurowego przy ul. Weteranów w Bydgoszczy, przez co nie wprowadził Zamawiającego w błąd oświadczając, że spełnia warunek udziału w postępowaniu referujący do doświadczenia wykonawcy. Co więcej, okoliczność, iż owy budynek biurowy istnieje, niezależnie od tego przy jakiej ulicy został posadowiony oraz czy i jaki numer porządkowy został mu nadany, została dowiedziona przez Odwołującego złożonymi dowodami w postaci zdjęć budynku. Na podstawie dowodów ze zdjęć złożonych przez Przystępującego KWK Izba ustaliła z kolei, że Odwołujący mimo wątpliwości dotyczących położenia ww. budynku, których podstawą stała się treść referencji, w sposób prawidłowy ustalił, o który obiekt budowlany chodzi. Dalej, wskazać należy, iż w treści załącznika nr 4 do SIWZ Zamawiający nie oczekiwał od wykonawcy podania dokładanego adresu prowadzonych robót budowlanych, a jedynie wskazania miejscowości, w której prace zostały wykonane. Podkreślić także trzeba, iż w ramach postawionego w odwołaniu zarzutu Odwołujący nie twierdził, iż wykonawca KWK nie wykonał ww. roboty budowlanej czy też że prace te nie zostały wykonane prawidłowo, a przecież do tego sprowadzała się istota postawionego przez Zamawiającego warunku, tj. prawidłowego wykonania roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej obejmującej określony zakres robót. Innymi słowy, irrelewantny dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX ust. 3 pkt 3 pkt 1 SIWZ był dokładny adres prowadzonych prac, skoro rzeczowy zakres prac nie budził wątpliwości Odwołującego.

W tym miejscu wskazać należy, iż Odwołujący nie polemizował ze stanowiskiem KWK dotyczącym położenia spornego budynku. Przystępujący KWK wyjaśnił bowiem, że budynek, o którym mowa w referencji położony jest na działkach 32/13 i 31/8, które znajdują się pomiędzy ul. Maratońską, ul. Weteranów, ul. Harcerską oraz ul. Lewińskiego. Wjazd do budynku odbywa się przy ul. Weteranów, a z uwagi na brak numeru budynku oraz umiejscowienie budynku pomiędzy 4 ulicami posłużono się w referencji potocznie przyjętym

oznaczenie budynku - Weteranów 5 z uwagi na wjazd do budynku od tej strony. Powyższe wyjaśnienia wykonawcy KWK potwierdzają, iż wykonawcy nie można przypisać zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przy przedstawieniu informacji, że spełnia sporny warunek udziału w postępowaniu.

Izba wskazuje, że argumentację Odwołującego sprowadzającą się do podważenia jakości roboty budowlanej wskazanej pod poz. 1 załącznika nr 4 do SIWZ należało pominąć w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, jako wykraczającą poza ramy postawionego w odwołaniu zarzutu. Wskazać należy, iż odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2017 r. sygn. akt: KIO 1187/17). Tym samym, to na wykonawcy będącym profesjonalistą spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Kolejno Izba wskazuje, iż nie zasługiwało na aprobatę stanowisko Odwołującego dotyczące wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy dotyczącego roboty budowlanej wskazanej w poz. 2 załącznika nr 4 do SIWZ. Odnośnie inwestycji zrealizowanej na rzecz Banku Gospodarstwa Krajowego polegającej na przebudowie i modernizacji Centrali BGK w Warszawie, Al. Jerozolimskie 7 - przebudowa Świetlików B, C, D wraz z instalacjami towarzyszącymi Odwołujący kwestionował, iż w ramach ww. roboty budowlanej wykonano roboty budowlane w branży elewacyjnej.

W ww. zakresie Izba wskazuje, że wykonawca KWK w toku postępowania odwoławczego odparł twierdzenia Odwołującego w przedmiocie oświadczenia nieprawdy co do zakresu wykonanych prac w ramach inwestycji zrealizowanej na rzecz BGK. Przystępujący KWK na podstawie złożonej umowy nr 33/DLA/2016, protokołu konieczności nr 3, kosztorysu ofertowego ZAB - BUD A. Z. oraz protokołu odbioru robót z dnia 22 sierpnia 2016 r. wykazał, iż w ramach ww. inwestycji zostały wykonane prace elewacyjne, co zresztą dostrzegł sam Odwołujący. Z treści przedłożonej przez KWK umowy wynika, iż zgodnie z protokołem konieczności nr 3 z dnia 11 lipca 2016 r. stanowiącym załącznik nr 2 do umowy przedmiot umowy obejmował: a) wykonanie docieplenia wełną mineralną gr. 5 cm oraz płytą OSB koryta odwadniającego od strony PGE oraz stropodachu przy świetliku „D”, b) wykonanie docieplania wraz z elewacją lekko mokrą czerpni powietrze przy świetliku „D”, c) wymiana drzwi, krat oraz obróbki blacharskiej czerpni powietrza przy świetliku „D” oraz d) pomalowanie elewacji przy świetliku „D” do wysokości okien. Co istotne, z preambuły umowy nr 33/DLA/2016 wynikało, że wymienione wyżej prace stanowiły roboty dodatkowe, nieobjęte zakresem umowy nr 39/DLA/2015 z dnia 24 lipca 2015 r. i były niezbędne dla prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Z powyższego wynika zatem, iż odbiór zamówienia podstawowego byłby niemożliwy, gdyby nie zostały wykonane roboty dodatkowe obejmujące prace elewacyjne. Okoliczność, iż prace te były prowadzone na podstawie umowy o roboty dodatkowe, odrębnej od umowy stanowiącej zamówienie podstawowe nie miała żadnego znaczenia w kontekście zarzucanego przez Odwołującego podania przez KWK nieprawdziwych informacji w zakresie spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu. W tym miejscu podkreślić należy, iż Zamawiający nie zastrzegł w ramach warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX ust. 3 pkt 3 ppkt 1 SIWZ, iż wymaga od wykonawców wykazania się realizacją roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru zabytków lub ewidencji zabytków, o określonym zakresie prac, zrealizowanej na podstawie jednej umowy. Izba wskazuje, iż argumenty Odwołującego dotyczące niskiej wartości wykonanych prac elewacyjnych (ok. 16 tys. zł) nie miały znaczenia dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, ponieważ Zamawiający w SIWZ nie przewidział konkretnych wartości poszczególnych rodzajów prac wykonanych w ramach roboty budowlanej o wartości nie mniejszej niż 2 500 000 zł brutto. Z uwagi na powyższe twierdzenia

Odwołującego, co do wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy wykazywaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy KWK, były nietrafione.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w świetle ww. okoliczności faktycznych podniesionych przez Odwołującego nie potwierdził się.

Za niezasadne Izba uznała zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku

z art. 24 ust. 1 pkt 12) oraz w związku z art. 22c ust. 1 i 4 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy KWK Construction Sp. z o.o. z postępowania mimo, że wykonawca nie posiada wymaganej zdolności finansowej, o której mowa w rozdziale IX ust. 3 pkt 2) SIWZ.

Na wstępie Izba wskazuje, że Odwołujący nie kwestionował treści złożonego przez Przystępującego KWK zaświadczenia Banku Spółdzielczego w Brodnicy z dnia 8 maja 2020 r. stwierdzającego, że saldo środków pieniężnych na dostępnych rachunkach prowadzonych w ww. Banku na dzień 7 maja 2020 r. wynosi 1 068 077,56 zł.

Dalej Izba wskazuje, iż bezspornie w okolicznościach niniejszej sprawy, Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych, tym samym nie naruszył art. 22c ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 22c ust. 1 ustawy Pzp, w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej, zamawiający może wymagać w szczególności: 1) aby wykonawcy posiadali określony minimalny roczny obrót, w tym określony minimalny roczny obrót w obszarze objętym zamówieniem; 2) aby wykonawcy przedstawili informacje na temat ich rocznych sprawozdań finansowych wykazujących, w szczególności stosunek aktywów do zobowiązań; 3) posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Zgodnie natomiast z art. 22c ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli zamówienie jest podzielone na części, przepisy ust. 1-3 stosuje się do każdej z tych części. Zamawiający może określić minimalny roczny obrót także w odniesieniu do więcej niż jednej części zamówienia, na wypadek, gdyby wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, przyznano kilka części zamówienia do realizacji w tym samym czasie. Powyższy przepis dotyczy sytuacji, w której zamawiający dzieli zamówienie na części i dopuszcza możliwość składania ofert częściowych. W takiej sytuacji zamawiający powinien określić warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej proporcjonalnie do każdej części. Jak już wskazano powyżej, w okolicznościach tej sprawy, taka sytuacja nie miała miejsca, ponieważ Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych w ramach prowadzonego postępowania dotyczącego przebudowy dworca kolejowego Pałędzie.

Izba wskazuje, iż prezentowane przez Odwołującego stanowisko, że skoro przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest częścią większego zamówienia publicznego obejmującego przynajmniej cztery inne postępowania przetargowe (przebudowa dworca kolejowego Mogilno, Kołodziejowo, Trzemeszno, Złotniki Kujawskie), to złożenie przez KWK zaświadczenia Banku Spółdzielczego w Brodnicy z 8 maja 2020 r. w każdym z ww. postępowań, w momencie wyboru oferty tego wykonawcy w jednej części zamówienia powodowało, że „zdolność ta jest konsumowana w tej części i nie może ona być przenoszona na inne części, bowiem nie można jej rozmnożyć” - nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż po pierwsze, dla każdego z poszczególnych zamówień (dworców) przeprowadzone zostało odrębne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zainicjowane poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w stosownym publikatorze, czemu nie przeczył Odwołujący. A po drugie, ocena spełniania warunków udziału w każdym z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzona jest odrębnie. Słusznie podnosił Zamawiający i Przystępujący KWK, iż nie istnieje możliwość łącznej oceny spełniania warunków we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż są one wszczynane i rozstrzygane w różnych terminach. Tym samym Zamawiający nie może narzucać wykonawcy wymogu posiadania środków finansowych (lub zdolności kredytowej) jako sumy dla poszczególnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (dworców), gdyż stanowiłoby to o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców. Wykonawca, składając ofertę w każdym z postępowań, nie może być traktowany mniej korzystnie niż wykonawca, który składa ofertę wyłącznie w jednym z takich postępowań.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22c ust. 1 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów w wysokości 3 690 zł stanowiącej wynagrodzenie

pełnomocnika na podstawie złożonej akt faktury, do wysokości wynikającej z ww. rozporządzenia.

Przewodniczący: