

Wyrok

z dnia 25 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2020 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13.02.2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: PRK 7 Nieruchomości Sp. z o. o., ISB Budownictwo Sp. z o. o. ul. Leszno 12 / II p. 01-192 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Sieć Badawcza Łukasiewicz - Instytut Lotnictwa Krajowy al. Krakowska 110/114, 02-256 Warszawa

przy udziale wykonawcy Konsorcjum: Comfort-Therm Ł. K., COMFORT-THERM Sp. z o. o., Mabo M. B. ul. Romualda Traugutta 10/U6, 06-100 Pułtusk zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000,00 (dwadzieścia tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułu wpisu od odwołania.

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

publicznych (tj. Dz. U z dnia 27 września 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:

Sygn. akt KIO 289/2010

UZASADNIENIE

Zamawiający Sieć Badawcza Łukasiewicz - Instytut Lotnictwa al. Krakowska 110/114, 02-256 Warszawa, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Termomodernizacja budynków T i T3 na terenie Sieci Badawczej Łukasiewicz - Instytut Lotnictwa.

Znak sprawy: AZLZ.26.124.2019.

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez Konsorcjum COMFORT-THERM w składzie

1) COMFORT-THERM Ł. K.,

Wróblewo-Osiedle 11/17, 09-152 Naruszewo (Lider)

2) COMFORT-THERM Sp. z o. o.

ul. Piaskowa 9B, 09-100 Płońsk (Partner)

3) MABO M. B.,

ul. Płocka 14C, 09-200 Sierpc.

Od takiej czynności zamawiającego wykonawca Konsorcjum Wykonawców:

1) PRK 7 Nieruchomości Sp. o.o.

ul. Leszno 12 II p., 01-192 Warszawa (Lider)

2) ISB BUDOWNICTWO Sp. z o.o.

ul. Kominiarska 17, 51-180 Wrocław, dalej zwany „odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 7 ust 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty prowadzący bezpośrednio do udzielenia zamówienia Wykonawcy, który winien być wykluczony a jego oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp, a więc niezgodnie z przepisami ustawy.

2. Art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, który winien być wykluczony z udziału w postępowaniu

względnie

3. art. 26 ust 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w Postępowaniu.

4. Art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania niezgodnie z zasadami uczciwej konkurencji.

Podnosząc powyższe zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum COMFORT-THERM;

- ponowienia badania i oceny ofert;

- wykluczenia Konsorcjum COMFORT-THERM oraz odrzucenia jego oferty
Uzasadniając podniesione zarzuty podał, że zgodnie z Rozdziałem IX SIWZ

określającym warunki udziału w postępowaniu: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności posiadają zdolności techniczne lub zawodowe niezbędne do wykonania zamówienia tj.: w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonać co najmniej 3 (trzy) roboty budowlane obejmujące budowę lub/i remont lub/i przebudowę obiektu budowlanego o wartości minimum 5 000 000,00 złotych brutto każda, z czego co najmniej 1 robota obejmowała prace w zakresie termomodernizacji, w szczególności: stolarkę drzwiową i okienną, docieplenie ścian zewnętrznych oraz roboty związane z wykonaniem instalacji centralnego ogrzewania i klimatyzacji.

Natomiast w celu potwierdzenie spełnienia ww. warunku Wykonawca miał, zgodnie z Rozdziałem X punkt 2 SIWZ, przedłożyć:

„wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - tym okresie (w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale IX ust. 1 pkt 1) niniejszej SIWZ), 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 (...)"

W celu potwierdzenia spełnienia tego warunku Konsorcjum COMFORT-THERM przedłożyło następujące realizację (Wykaz robót budowlanych z 13 stycznia 2020 r.):

- 1) Termomodernizacja ZPSM nr 4 w Warszawie przy ulicy Krasińskiego wykonywana na rzecz Centrum Edukacji Artystycznej w Warszawie
- 2) Poprawa efektywności energetycznej budynków użyteczności publicznej na terenie miasta Płońsk wykonywana na rzecz Miasta Płońsk
- 3) Termomodernizacja budynku Ministerstwa Cyfryzacji w Warszawie wykonywana na rzecz Ministerstwa Cyfryzacji

Na wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp wzywające do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu (pismo z 27 stycznia 2020 r.) wykonawca przedłożył dodatkową realizację (wykaz robót budowlanych z 29 stycznia 2020 r.) w postaci: czwartej pozycji wykazu tj. Modernizacji kamienic w ramach programu rewitalizacji Pragi Północ wykonywanych na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga Północ. Do wykazu zostały załączone dokumenty mający potwierdzać, iż ww. realizacje zostały wykonane należycie.

Odnosząc się do powyższego - uzupełnionego Wykazu zamawiający nie wskazał które z przedłożonych realizacji zostały przez niego zakwalifikowane jako spełniające przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu. Analiza złożonych przez Wykonawcę dokumentów nie pozwala - zdaniem odwołującego na uznanie, iż Konsorcjum COMFORT-THERM wykazało spełnienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

W tym zakresie podniósł, iż realizacja robót dodania w pkt nr 4 była wykonana (zakończona) 31 grudnia 2019 r., co zostało potwierdzone również przez złożoną referencję (poświadczenie Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga Południe z 19 stycznia 2020 r.). W konsekwencji wykazywana robota budowlana była wykonana już po upływie terminu składania ofert przypadającym w dniu 16 grudnia 2019 r., a tym samym realizacja ta nie spełniała wymogu wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, wskazanym w przedmiotowym warunku.

Natomiast realizacja roboty nr 3 Wykazu nie może być z kolei uznana za należyście wykonaną, gdyż już w treści warunku wskazano, iż wykazywana robota musi być należyście wykonana, a w tym przypadku inwestor odmówił wystawienia referencji i naliczył wykonawcy karę umowną. Podkreślił, że niewątpliwie termin wykonania zamówienia jest istotnym elementem zobowiązania stron, a fakt jego niedotrzymania skutkuje na ocenę prawidłowości wykonania umowy. W przedmiotowym przypadku umowny termin na wykonanie robót upływał w dniu 9 października 2017 r., natomiast przystąpienie do odbioru nastąpiło w dniu 13 grudnia 2017 r. a w dniu 21 grudnia 2017 r. został sporządzony protokół końcowy z zastrzeżeniami. Natomiast dopiero w dniu 29 grudnia 2017 r. ostatecznie podpisano protokół bez zastrzeżeń. Łączna wysokość kar umownych naliczonych i potrąconych Wykonawcy z wynagrodzenia stanowiła 721 088,12 zł brutto co stanowiło ponad 12 % wartości kontraktu. Nie można zatem, zdaniem odwołującego uznać iż uchybienie terminowi w tak poważny sposób nie stanowi o nienależytym wykonaniu robót budowlanych. Co istotne kara umowna była naliczona nie za opóźnienie, a za zwłokę a więc inwestor naliczając i potrącając kary umowne uznał iż wykonawca jest odpowiedzialny i winny za przekroczenie terminu wykonania zamówienia.

Podkreślił, iż zamawiający pierwotnie również negatywnie ocenił możliwość zaliczenia tej roboty do Wykazu dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W piśmie z dnia 27 stycznia 2020 r. wzywającym Wykonawcę, w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu robót o nową robotę potwierdzającą spełnienie warunku udziału zamawiający oceniając powyższe podał, że „Z uwagi na powyższe, Zamawiający uznaje, iż wykazane w pozycji nr 3 Wykazu robót zamówienie nie potwierdza spełniania postawionego w postępowaniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Zdaniem Zamawiającego, fakt wykonania przez Państwa robót budowlanych pod względem jakościowym w sposób należyty, nie jest wystarczające do uznania, iż całe zamówienie zostało wykonane w sposób należyty, w szczególności prawidłowo ukończone. Przedmiotowe zamówienie zostało zrealizowane z opóźnieniem skutkującym naliczeniem znacznych kar umownych. Niedotrzymanie terminu zostało faktycznie potwierdzone przez strony umowy oraz nie zaistniały inne okoliczności uzasadniające naliczenie przez Ministerstwo Cyfryzacji kar umownych.”

Odwołujący podkreślił, że wykonawca w wykonaniu wezwania zamawiającego z dnia

27.01.2020 r. poinformował, iż przedmiot umowy został wykonany należycie tj. roboty zostały przez Zamawiającego odebrane w całości." Tymczasem według odwołującego fakt odebrania robót w całości nie może potwierdzać, iż wykonawca prawidłowo, pod kątem jakościowym zrealizował przedmiot zamówienia. Odebranie robót nie jest równoznaczne z należytych ich wykonaniem np. na znaczne opóźnienie inwestycji. Nadto podkreślił, iż zgodnie z rozporządzeniem ws. dokumentów wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu musi wraz z wykazem załączyć: „dowody określające czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacje 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." Oznacza to, iż zamawiający ocenia należytość wykonania roboty budowlanej na podstawie informacji pochodzących „od podmiotów, na rzecz których roboty były wykonywane. Źródło tej wiedzy, w tym ocenę należytego wykonania zamówienia, zamawiający ma obowiązek respektować. Podkreślił, iż Inwestor - Ministerstwo Cyfryzacji w piśmie z 24 stycznia 2020 r. wskazało, że: „niedotrzymanie przez Wykonawcę terminu realizacji zamówienia (...) zostało faktycznie potwierdzone w ramach jej realizacji." Dopiero jeśli mają „uzasadnione przyczyny o obiektywnym charakterze" które spowodowały brak możliwości uzyskania tych dokumentów wykonawca ma możliwość przedłożenia innych dokumentów. W tym przypadku, przedłożony przez wykonawcę protokół odbioru robót potwierdza tylko należyty jakość zrealizowanych robót wskazując jednocześnie na znaczne, zawinione przez Wykonawcę przekroczenie terminu realizacji zamówienia. Wykonawca chcąc wykazać należyte wykonanie zamówienia również w aspekcie terminu był zobowiązany, na etapie badania i oceny ofert, do przedłożenia innych dokumentów (dowodów) nie pochodzących od podmiotu na rzecz którego wykonano zamówienie potwierdzających należyte wykonanie zamówienia w zakresie terminu tj. wykazujących brak swojego zwinienia. Tymczasem wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp ograniczył się tylko do złożenia głośownych wyjaśnień i przedstawienia własnego punktu widzenia. W konsekwencji, zdaniem odwołującego nie można uznać, iż przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie podając, że zarzuty odwołania są całkowicie bezzasadne i brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania w jakiegokolwiek jego części. Wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w przedmiocie zdolności technicznej lub zawodowej Konsorcjum firm:

1) COMFORT-THERM Ł. K., Wróblewo- Osiedle 11/17, 09-152 Naruszewo;

2) COMFORT-THERM Sp. z o. o. ul. Piaskowa 9B, 09-100 Płońsk;

MABO M. B., ul. Płocka 14C, 09-200 Sierpc, dalej zwany Konsorcjum COMFORT- THERM, złożyło wykaz robót budowlanych, w którym:

- w pozycji nr 1 wskazało robotę budowlaną o nazwie: termomodernizacja ZPSM nr 4 w Warszawie zrealizowaną na rzecz Centrum Edukacji Artystycznej w Warszawie;

- w pozycji nr 2 wskazało robotę budowlaną o nazwie: Poprawa efektywności energetycznej budynków użyteczność publicznej na terenie Miasta Płocka zrealizowaną na rzecz Miasta Płocka;

- w pozycji nr 3 wskazał robotę budowlaną o nazwie: termomodernizacja budynku Ministerstwa Cyfryzacji w Warszawie zrealizowaną na rzecz Ministerstwa Cyfryzacji w Warszawie.

Podał, że dokonując wyboru oferty Konsorcjum COMFORT-THERM zamawiający uznał, że roboty budowlane wskazane w pozycjach nr 1-3 Wykazu robót potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie Zamawiający uznał, iż robota budowlana wykazana przez Konsorcjum COMFORT-THERM w pozycji nr 4 uzupełnionego Wykazu robót, polegająca na modernizacji kamienic w ramach programu rewitalizacji Pragi Północ zrealizowana na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy - Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga Północ nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z dokumentami przedłożonymi przez Konsorcjum COMFORT-THERM, przedmiotowa robota budowlana została ukończona w dniu 31.12.2019 r., a więc 15 dni po upływie terminu składania ofert. Natomiast zamawiający żądał w treści warunku udziału w postępowaniu, aby wykonawcy wykazali roboty budowlane wykonane (zrealizowane) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu z powodu niewłaściwej interpretacji treści warunku udziału, podał, że w zakresie roboty budowlanej wykazanej przez Konsorcjum COMFORT-THERM w pozycji nr 2

Wykazu robót o nazwie: Poprawa efektywności energetycznej budynków użyteczności publicznej na terenie Miasta Płońska zrealizowanej na rzecz Miasta Płońska, Zamawiający uznał, iż spełnia ona warunek udziału w postępowaniu.

Podkreślił, że w zakresie tego zarzutu odwołujący kwestionował przede wszystkim możliwość wykazywania się kontraktem w ramach którego zrealizowano roboty na więcej niż jednym obiekcie budowlanym. Zdaniem Zamawiającego, oczywistym jest, że użyty w ww. warunku wyraz „każda” dotyczy roboty budowlanej, a nie jak sugeruje odwołujący „obiektu budowlanego”. W tej sytuacji zasadnym było zdaniem zamawiającego uznanie, że skoro przedmiotowa robota wykazana w pozycji drugiej Wykazu spełniała wymóg wartości robót ponad 5 ml złotych to tym samym kwestionowanie tej roboty należało uznać całkowicie za niezasadne. Podkreślił, że robota budowlana wykazana przez Konsorcjum COMFORT-THERM w pozycji nr 2 Wykazu robót potwierdzała spełnienie warunku udziału w postępowaniu, gdyż obejmowała (zawierała, miała w swoim składzie) remont obiektu budowlanego (robota obejmowała remont 4 obiektów budowlanych) o wartości dokładanie 6 196 488.72 zł brutto).

Odnosząc się do kwestionowanej przez odwołującego możliwości zaliczenia do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu roboty wskazanej w pkt 3 Wykazu podał, że robota ta obejmowała wykonanie termomodernizacji budynku Ministerstwa Cyfryzacji w Warszawie na rzecz Ministerstwa Cyfryzacji w Warszawie. Odwołujący kwestionował możliwość zaliczenia tej roboty z powodu braku jej wykonania w ustalonym w umowie terminie, a także z powodu braku przedłożenia referencji potwierdzających należyte ich wykonanie przez Ministerstwo Cyfryzacji i zastąpienie jej oświadczeniem własnym wykonawcy. Zamawiający podał, że dokonując wyjaśniania przedmiotowej kwestii dwukrotnie wystąpił do Ministerstwa Cyfryzacji z zapytaniem czy robota budowlana - „Wykonanie remontu elewacji i dachu budynku Ministerstwa Cyfryzacji przy ul. Królewskiej 27 w Warszawie” wykazana w poz. 3 Wykazu robót została należyście wykonana tj. m.in. prawidłowo ukończona. W odpowiedzi na dwa wezwania skierowane w przez zamawiającego, ministerstwo udzieliło prawie jednobrzmiących odpowiedzi, iż wykonawcy zostały naliczone kary umowne, które nie dotyczyły jakości wykonanych robót. Tym samym ministerstwo uchyliło się od jednoznacznego złożenia oświadczenia wiedzy w zakresie prawidłowego ukończenia robót. W takim stanie rzeczy zamawiający wystąpił do przystępującego udzielenie wyjaśnień w tej kwestii. Konsorcjum pismem z dnia 29.01.2020r. poinformowało zamawiającego, że kwestionuje w całości zasadność i wysokość potrąconej kary umownej w wysokości 721 088, 12 zł przez Ministerstwo, informując jednocześnie, że w trakcie realizacji prac nastąpiło szereg okoliczności całkowicie od Konsorcjum niezależnych, które rzutowały na możliwość dochowania terminu umownego, a w szczególności brak zgód administracyjnych na wejście na teren okalający plac budowy (8 tygodni), błędach projektowych oraz warunków atmosferycznych. W wyniku ww. okoliczności (wyjaśnienia Konsorcjum; wyjaśnienia Ministerstwa Cyfryzacji) Zamawiający uznał, że z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Konsorcjum nie jest w stanie uzyskać dowodów jednoznacznie potwierdzających należyte wykonanie umowy w zakresie roboty zrealizowanej na rzecz Ministerstwa Cyfryzacji, w związku z czym przedkłada inny dokument, o którym mowa w rozporządzeniu w sprawie dokumentów (...) tj: własne oświadczenie wiedzy jako dowód prywatny w zakresie należytego wykonania tej roboty - ww. oświadczenie z dnia 29.01.2020 r. Odwołujący i zamawiający powyższe stanowisko Ministerstwa uzasadniali po części tym, że pomiędzy stronami toczy się spór sądowy (sygn. akt I C394/19) przed Sądem Okręgowym w Warszawie co do zasadności naliczonych przystępującemu kar umownych. Zamawiający podkreślił, że odwołujący pomija fakt, że już w protokole odbioru końcowego robót z dnia 29.12.2017 r, przystępujące Konsorcjum kwestionowało zasadność i wysokość naliczonych kar umownych.

Przystępujące do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego Konsorcjum COMFORT-THERM poparło w całości stanowisko zaprezentowane przez zamawiającego i wniosło o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego poz. 2 Wykazu przystępujący podał, iż niezasadne jest stanowisko odwołującego, że wykonawca miał wykazać się trzema robotami na obiekcie budowlanym, a więc każda robota winna dotyczyć jednego budynku. Kluczowym wyrazem, naprowadzającym wykonawców na prawidłową interpretację warunku jest słowo „każda” - wskazujące wprost, że wymóg określonego rodzaju prac oraz wartość tych prac odnosi się do „roboty budowlanej” (która może obejmować kilka budynków) nie zaś wyłącznie do jednego obiektu budowlanego.

Podał, że wolą zamawiającego było wyłonienie wykonawcy, który będzie w stanie w sposób należyty zrealizować przedmiot zamówienia polegający na wykonaniu określonych prac na dwóch budynkach. Wobec tego wykonawca, który jest w stanie wykazać się realizacją wymaganych prac na kilku budynkach w ramach jednego przedsięwzięcia, umowy (tj. realizacja w tym samym czasie, równoległe, polegająca na podobnym zakresie prac) bezsprzecznie będzie w stanie zrealizować prace na dwóch budynkach - co jest

przedmiotem zamówienia, albowiem posiada odpowiednie zdolności organizacyjne i wykonawcze.

Odnosząc się do kwestionowanej poz. 3 Wykazu robót podał, że zarzut jest niezasadny, gdyż w zamówieniu tym nie doszło do zawinionej przez przystępującego opóźnienia realizacji ww. inwestycji - tj. zwłoki. Z przesłanych zamawiającemu wyjaśnień - udostępnionych odwołującemu - jasno wynika, że powyższa kwestia jest sporna i zawisła przed Sądem Okręgowym.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożonych dowodów oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje, odwołanie jest niezasadne i w związku z tym zostaje oddalone.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie wykazał spełnianie przesłanek posiadania interesu o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp. Również Przystępujący zdaniem Izby wypełnił przesłanki interesu występowania w sprawie po stronie Zamawiającego.

Na wstępie Izba uznaje za zasadne przypomnienie, że postępowanie odwoławcze służy do zbadania poprawności czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie wyznaczonym podniesionymi zarzutami, ocenianymi przez pryzmat wymagań stawianych w postępowaniu o zamówienie publiczne i z uwzględnieniem instrumentów, jakie zamawiający przewidział w nim dla zbadania ofert. Wykazywanie przez poszczególnych wykonawców, że oferowany przez nich przedmiot spełnia wymagania SIWZ, albo że oferta konkurencyjnych wykonawców nie odpowiada SIWZ, winno się odbywać na podstawie treści wyrażonych w SIWZ i tych dokumentów i oświadczeń, jakich zamawiający zażądał w postępowaniu, przy czym - w myśl art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego dotyczącego kwestionowania pozycji 2 Wykazu robót, jeszcze raz należy wskazać, że odwołujący utożsamiał robotę budowlaną z jednym obiektem budowlanym. Przy przyjęciu takiego założenia stał na stanowisku, że w Wykazie robót (trzech wymaganych) należało się wykazać wykonaną robotą na jednym obiekcie budowlanym o wartości co najmniej 5 ml złotych. Dla analizy zasadności tak sformułowanego zarzutu należy przywołać treść postanowienia SIWZ dotyczącego tego warunku udziału. Zgodnie z postanowieniem Rozdziału IX ust.1 pkt 1 SIWZ zamawiający postawił warunek, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności posiadają zdolności techniczne lub zawodowe niezbędne do wykonania zamówienia tj.: w okresie

ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonali co najmniej 3 (trzy) roboty budowlane obejmujące budowę lub/i remont lub/i przebudowę obiektu budowlanego o wartości minimum 5 000 000,00 złotych brutto każda, z czego co najmniej 1 robota obejmowała prace w zakresie termomodernizacji, w szczególności: stolarkę drzwiową, okienną, docieplenie ścian zewnętrznych oraz roboty związane z wykonaniem instalacji centralnego ogrzewania i klimatyzacji. Definicja obiektu budowlanego, remontu i przebudowy zgodnie z treścią ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane /Dz. U. z 2019 r. poz. 1186 z późn. zm./; (...)"

Niewątpliwym jest, że powyższe sformułowanie treści warunku nie można określić jako opis nie budzący pewnych wątpliwości pod względem jednoznaczności i klarowności. Dokonując wykładni treści tego warunku należy mieć na względzie, iż przy zastosowaniu zasad i przesłanek z art. 65 kc winno mieć się w szczególności na uwadze taką interpretację, która nie powoduje zakłócenia konkurencji w postępowaniu. W przedmiotowej sprawie niewątpliwym jest, że literalne brzmienie ww. warunku wskazuje, iż wykonawca winien wykazać się robotami budowlanymi obejmującymi budowę lub/i remont lub/i przebudowę obiektu budowlanego o wartości minimum 5 000 000,00 złotych brutto. Kluczowym wyrazem, naprowadzającym wykonawców na prawidłową interpretację warunku jest słowo „każda” - wskazujące wprost, że wymóg określonego rodzaju prac oraz wartość tych prac odnosi się do „roboty budowlanej” (która może obejmować kilka budynków) nie zaś wyłącznie do jednego obiektu budowlanego. Podkreślić należy, że powyższy sposób wykładni warunku referuje do opisu przedmiotu tego zamówienia. Wskazać należy, że zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia, przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót

budowlanych polegających na przebudowie budynków biurowo - laboratoryjnych i infrastruktury technicznej w oparciu o dokumentację projektową. Tak więc zamawiający oczekiwał wykonawcy który wykonał określony zakres robót o określonej wartości natomiast nie wymagał aby każda z trzech wymaganych robót o wartości min 5 ml złotych była wykonywana tylko na jednym obiekcie budowlanym. Inna interpretacja prowadziłaby do ograniczenia konkurencji w postępowaniu ponad niezbędne minimum doświadczenia wykonawców, będącym podstawą do przyjęcia założenia, że wykonawca posiadający wiedzę i doświadczenie na takim poziomie dają rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Wobec powyższego przedmiotowy zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W kolejnym zarzucie odwołujący kwestionował możliwość uwzględnienia w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu roboty wskazanej w pkt 3 Wykazu, obejmującej wykonanie termomodernizacji budynku Ministerstwa Cyfryzacji w Warszawie na rzecz Ministerstwa Cyfryzacji.

Poza sporem w przedmiotowej kwestii jest fakt, że wykonawca - przystępujący, wraz z podaniem w poz.nr 3 Wykazu robót zadania, nie przedłożył poświadczenia, iż roboty te zostały prawidłowo wykonane i ukończone. Jak wskazano powyżej przy przedstawianiu stanu faktycznego sprawy niewątpliwym było, że powodem niewystawienia wykonawcy Konsorcjum COMFORT-THERM referencji było niedotrzymanie terminu umownego na wykonanie tego zadania. Również poza sporem jest fakt, że w protokole odbioru tychże robót z dnia 29 grudnia 2017 roku stwierdzono, że przystępującemu zamawiający naliczył karę umowną. Także stwierdzono, że zostały usunięte wszystkie usterki i wady wcześniej zgłoszone przez inwestora, potwierdzono także należyte wykonanie robót objętych zamówieniem oraz podkreślono, że naliczone kary umowne nie dotyczą jakości wykonanych robót. W tym stanie faktycznym zamawiający wszczął wobec przystępującego, postępowanie wyjaśniające powód naliczenia kar umownych i ich ewentualny wpływ na możliwość ustalenia, że ich naliczenie może skutkować uznaniem braku prawidłowego wykonania zamówienia. W powyższym zakresie, przystępujący wyjaśnił, że naliczenie kar umownych miało związek z nieterminowym wykonaniem zamówienia, przy czym do opóźnienia doszło z przyczyn niezależnych od wykonawcy i naliczenie kary umownej jest kwestią sporna poddaną rozstrzygnięciu Sądowi Okręgowemu w Warszawie - sygn. akt I C394/19.

Wskazać należy także, że dopytywane przez zamawiającego Ministerstwo Cyfryzacji o podanie przyczyn naliczenia kar umownych przystępującemu, uchyliło się po części od jednoznacznej odpowiedzi podając tylko w piśmie z dnia 21.01.2020 r., że zostały naliczone kary umowne, które jednak nie dotyczyły jakości wykonanych robót.

W tym stanie faktycznym Izba poddała ocenie sytuację, czy jest możliwe, w przypadku braku referencji od inwestora - zamawiającego oraz niewątpliwej kwestii, iż zamówienie zostało wykonane z przekroczeniem terminu umownego, uznanie że roboty te zostały wykonane w sposób prawidłowy i wykonawca może wykazywać się nimi dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Co do zasady Izba stwierdza, że z prawidłowym wykonaniem zamówienia mamy do czynienia w sytuacji, kiedy zamówienie zostało wykonane zgodnie z zawartą umową, tj. zostało odebrane w całości przez zamawiającego, a wykonawca otrzymał wynagrodzenie w wysokości określonej w umowie. Dokonując powyższej oceny należy mieć także na względzie kwestie, czy wykonawca, który wykonał zamówienie z naruszeniem terminu wykonania umowy, to do opóźnienia doszło wyłącznie z winy wykonawcy, czy też sytuacja ta wynikała z przyczyn przez niego nie zawinionych, oraz jaki to miało wpływ na prawidłowe wykonanie tego zamówienia. Oceniając powyższe należy mieć na względzie fakt, że zamawiający poszukuje do realizacji zamówienia wykonawcy, który daje rękojmię należytego jego wykonania. Biorąc pod uwagę powyższe przyjąć należy, iż ustawodawca przewidział sytuację, kiedy zamówienie może być wykonane a wykonawca nie może uzyskać referencji. Wskazać należy, że w przepisie § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126 z późn. zm.), w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu

zamawiający może żądać m.in. „wykazu robót budowlanych (...) z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczegółności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i

prawidłowo ukończone (...). Powyższe ustalenia, a przede wszystkim zwrot „w szczególności” należy zdaniem Izby interpretować w ten sposób, że podstawową kwestią którą warunkuje możliwość wykazywania się w innych postępowaniach w zakresie robót budowlanych nabytym doświadczeniem jest warunek, aby „roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone”.

Izba dokonując oceny prawidłowości skarżonej czynności zamawiającego bierze pod uwagę aspekty dotyczące całości przedmiotowej sprawy, dokonując w szczególności oceny, czy zamawiający w ustalonym stanie faktycznym i prawnym podjął prawidłową czynność w zakresie oceny oferty.

Wskazać należy, że czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania jest czynnością najdalej idącą wobec tego wykonawcy, gdyż niweczy jego udział w postępowaniu oraz możliwość uzyskania zamówienia. Dlatego też dokonanie tej czynności jest możliwe, kiedy zamawiający w sposób obiektywnie jednoznaczny ustali, że wykluczenie wykonawcy z postępowania jest konieczne.

W przedmiotowym stanie faktycznym Izba biorąc pod uwagę zaistniały stan faktyczny uznała, że czynność zamawiającego w zakresie uznania roboty wskazanej w poz. 3 Wykazu za wykonaną prawidłowo, była zasadna. Zauważyć w sprawie należy także kwestie, że odwołujący oprócz negacji czynności zamawiającego w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu mogącego wskazywać na niewłaściwe wykonanie roboty dla Ministerstwa Cyfryzacji. Podkreślić należy, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody, a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08,

Izba uznała, że wystarczającą podstawą do podjęcia takiej czynności przez zamawiającego były treści zawarte w protokole odbioru robót, treści wyjaśnień Ministerstwa Cyfryzacji oraz samego przystępującego. Złożone przez przystępującego oświadczenie własne mając zastąpić brakujące referencje w zakresie roboty wykazanej w poz. 3 Wykazu Izba uznała je za irrelewantne (nieistotne) dla sprawy.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w odwołaniu w szczególności w stopniu mogącym mieć wpływ na wynik postępowania o którym mowa w przepisie art. 192 ust.2 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji wyroku orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 1 i 7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z

2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: