Sygn. akt: KIO 683/20

WYROK

z dnia 29 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2020 r. przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD" S.A. z siedzibą w Katowicach
w postępowaniu prowadzonym przez Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą
w Warszawie,

przy udziale wykonawcy Z. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo - Budowlany „M." zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 683/20 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD" S.A. z siedzibą w Katowicach 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

Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD" S.A. z siedzibą
w Katowicach tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego - wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego „DOMBUD" S.A. z siedzibą w Katowicach 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: .....

Sygn. akt: KIO 683/20

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 Kraków Swoszowice (znak postępowania: KFZ/2019/WNP-010753).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 października 2019 r. pod numerem 2019/S 211-514734.

W dniu 30 marca 2020 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD" S.A. z siedzibą w Katowicach [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Z. M., Zakład Remontowo Budowlany M. [dalej „Z. M."], mimo, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (Roz. IX. pkt 3.3).1. SIWZ), co jednocześnie narusza zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie przepisami ustawy oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechania uznania oferty Z. M. za odrzuconą;

2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Z. M., mimo, że jego oferta winna być uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, a jednocześnie zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, mimo że na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, co jednocześnie narusza zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie przepisów ustawy;

3. art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Z. M. do wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, ewentualnie zaniechania wezwania tego Wykonawcy do uzupełnienia ww. oświadczeń i dokumentów - w skutek czego nie zweryfikowano posiadanego doświadczenia zawodowego w zakresie wystarczającym do uznania, że spełniania on warunek udziału w postępowaniu opisany w SIWZ Roz. IX. pkt 3.3).1.);

4. art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru wykonawcy Z. M. w zakresie spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu opisanego w SIWZ Roz. IX. pkt 3.3).1, przy uwzględnieniu faktu, że deklarowane doświadczenie zawodowe tego wykonawcy w ramach wszystkich inwestycji referencyjnych pozyskane było w ramach konsorcjum, mimo że wybór najkorzystniejszej oferty może dotyczyć tylko wykonawcy spełniającego warunki udziału w danym postępowaniu;

5. art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp przez nieudostępnienie Odwołującemu dokumentów, na podstawie których Zamawiający uznał spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wybranego wykonawcę, w szczególności dokumentów wykazujących, że wybrany wykonawca posiada wymagane w SIWZ (Roz. IX. pkt 3.3).1.) zdolności techniczne lub zawodowe - w kontekście faktu, że deklarowane doświadczenie we wszystkich wskazanych inwestycjach zdobył nie samodzielnie a w konsorcjum z innym podmiotem, który nie uczestniczy w niniejszym postępowaniu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2. wykluczenie wykonawcy Z. M. z postępowania o udzielenie zamówienia, uznanie jego oferty za odrzuconą;

3. wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przywołał brzmienie rozdziału IX pkt 3.3.1

SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej.

Podał, że wykonawca Z. M. pierwotnie przedłożył wykaz robót budowlanych, w którym wskazał dwie roboty: 1. Przebudowa dworca kolejowego Wieliczka, 2. Budowa basenu przy Zespole Szkół Ogólnokształcących Sportowych nr 1, os. Handlowe 4 w Krakowie.

W wyniku uwzględnienia zarzutów odwołania P.B. „DOMBUD" S.A. z dnia 21.02.2020 r. Zamawiający w piśmie z dnia 05.03.2020 r., po ponownym badaniu złożonych dokumentów przez wykonawcę Z. M., stwierdził, że wskazana w wykazie robót pod pozycją nr 2 robota budowlana (budowa basenu) nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale IX ust. 3 pkt 3) ppkt 1 SIWZ. W odwołaniu z dnia 21.02.2020 r. zarzucono brak wykazania przez wykonawcę Z. M. wymaganego minimalnego doświadczenia, w związku z faktem, że deklarowane doświadczenie wykonawca uzyskał w ramach konsorcjum a nie samodzielnie, w szczególności nie wykazał poziomu własnego doświadczenia.

Jednocześnie Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w tym samym piśmie wezwał wykonawcę Z. M. do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazu robót budowlanych o co najmniej jedną (inną) robotę budowlaną spełniającą warunki określone w SIWZ.

Wykonawca Z. M. w odpowiedzi na wezwanie przedstawił Wykaz robót uzupełniony o dwie nowe inwestycje: 1. Budowa siedziby Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Kielcach - Etap I, 2. Budowa prototypowego budynku biurowego - produkcyjnego o powierzchni użytkowej ok. 1000 m2, zlokalizowanego w Kokotowie, gmina Wieliczka, na działce 487/17.

Z załączonych Protokołu i Poświadczenia dotyczących tych zadań, tj. z : 1. Protokołu odbioru końcowego z dnia 19.01.2015 r. dotyczącego budowy budynku w Kielcach, 2. Poświadczenia z 01.07.2016 r. dotyczącego budynku w Kokotowie - wynika, że obie te roboty były wykonywane przez konsorcja wykonawców: MURKRAK sp. z o.o. sp. komandytowa (jako lidera konsorcjum) oraz wykonawcę Z. M. (jako partnera konsorcjum).

Również inwestycja z pozycji nr 1 Wykazu robót była wykonana przez ww. konsorcjum podmiotów (Protokół z zakończenia czynności odbiorowych dla zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa Dworca Kolejowego Wieliczka" z dnia 08.12.2016 r.).

Odwołujący wskazał, iż wykonawca Z. M. nie wykazał za pomocą dokumentów jaka jest wartość brutto robót budowlanych wykonanych przez samego partnera konsorcjum - Z. M. w ramach ww. inwestycji, w tym m.in.:

- czy są to roboty wymagane przez Zamawiającego w SIWZ (polegające na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej, w tym co najmniej jedna zrealizowana w budynku użyteczności publicznej wpisanym do rejestru zabytków lub ewidencji zabytków), które swoim zakresem wykonania obejmowały co najmniej: roboty budowlane konstrukcyjne, roboty budowlane wykończeniowe, roboty elewacyjne, roboty instalacyjne w zakresie branży sanitarnej, elektrycznej i teletechnicznej,

- i czy spełniają one wymóg SIWZ co do ich minimalnej wartości - 4 000 000 zł brutto.

Zatem nie wykazano, że wykonawca ten dysponuje doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu opisanym w Rozdziale IX ust. 3 pkt 3) ppkt

1 SIWZ.

Natomiast gołosłowne oświadczenie wykonawcy Z. M. umieszczone w tabeli Wykazu robót (dotyczące wartości kwot za roboty, za które jakoby on był „odpowiedzialny"), złożone przez samego wykonawcę, bez jakichkolwiek dowodów na tę okoliczność, wykazujących kwoty, rodzaje robót, podział robót w ramach konsorcjum - nie można uznać za „wykazanie" spełniania warunków udziału szczegółowo opisanych w SIWZ - w szczególności wykazania minimalnej wartości brutto specyficznych robót budowlanych dotyczących budowy/przebudowy budynku użyteczności publicznej i uzyskania odpowiedniego doświadczenia przez tego wykonawcę samodzielnie.

Na marginesie Odwołujący dodał, że doświadczenie wybranego wykonawcy nabyte przy realizacji inwestycji Budowa basenu w Krakowie, mimo że ponownie wpisane przez tego wykonawcę do uzupełnionego Wykazu robót (pozycja nr 2), nie może być brane pod uwagę w niniejszym postępowaniu, jako uznane przez Zamawiającego za niespełniające minimalnych warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej opisanej w SIWZ (Pismo Zamawiającego z dnia 05.03.2020 r. - wzywające do uzupełnienie dokumentów).

Odnosząc się do doświadczenia nabytego przez wykonawcę Z. M. przy przebudowie Dworca Kolejowego Wieliczka Odwołujący wskazał, że inwestycja ta zgodnie z załączonym Protokołem odbioru z dnia 08.12.2016 r. nie była wykonywana samodzielnie przez tego wykonawcę, lecz w konsorcjum z MURKRAK sp. z o.o. sp. komandytowa. Zatem zakres faktycznego doświadczenia wybranego wykonawcy, zdobytego przy tej realizacji, powinien być wyraźnie przez niego wykazany. Wśród dokumentów złożonych w postępowaniu brak jakichkolwiek dokumentów świadczących o spełnianiu przez wybranego wykonawcę warunku udziału w niniejszym postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - opisanego w SIWZ (R. IX pkt 3.3). 1.).

Zamawiający, mimo jawności postępowania i obowiązku udostępnienia protokołu postępowania z wszystkimi załącznikami oraz złożonego wniosku Odwołującego w tej sprawie (Pismo z dnia 19.03.2020 r. - Zał. nr 14), nie udostępnił żadnych dokumentów, na podstawie których można by stwierdzić, że wybrany wykonawca spełnia ww. warunki udziału w postępowaniu (np. umowę konsorcjum ww. podmiotów), mimo, że powinien takie informacje i dokumenty posiadać, ponieważ w postępowaniu, na które się powołuje obecnie wykonawca Z. M. (poz. Nr 1 Wykazu robót), to PKP S.A. był ówczesnym Zamawiającym (przebudowa Dworca Kolejowego Wieliczka w latach 2014-2016 -Zamawiający: PKP S.A.).

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający nie odniósł się również do wniosków w tym temacie złożonych do poprzedniej decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 11.02.2020 r., następnie unieważnionej. Zamawiający twierdził wtedy, że informacje te nie mogą być udostępnione, bo jego zdaniem nie stanowią informacji publicznej.

W zakresie doświadczenia nabytego przez wykonawcę Z. M. przy realizacji zadania

Budowa prototypowego budynku biurowego - produkcyjnego o powierzchni użytkowej ok. 1000 m^2, zlokalizowanego w Kokotowie, gmina Wieliczka, na działce 487/17 Odwołujący wskazał, że ww. wykonawca przedstawił Zamawiającemu Poświadczenie z dnia 01.07.2016 r. o wykonaniu tych robót przez konsorcjum, w którym Z. M. był partnerem konsorcjum, natomiast liderem konsorcjum była spółka MURKRAK sp. z o.o. sp. komandytowa (podobnie jak w pozostałych dwóch wskazanych zadania referencyjnych). Podał, że nazwa obiektu, która widnieje na Protokole odbioru końcowego z dnia 30.11.2015 r., ww. inwestycji, tj.: Budynek rzemiosła produkcyjnego z częścią biurową i wiatą magazynową wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną na działkach 487/17, 486/2 obręb Kokotów (0013), jednostka ewidencyjna Wieliczka - G121905_5, powiat wielicki - wprost wskazuje, że chodzi o budynek produkcyjny, a nie budynek użyteczności publicznej, wymagany w warunkach SIWZ.

Ponadto Odwołujący przedstawił wydruk mapy ewidencji gruntów i budynków oraz wypis z kartoteki budynków, które pozyskał drogą elektroniczną z Wydziału Geodezji Starostwa Powiatowego w Wieliczce. Wg wypisu z kartoteki budynków, zrealizowany przez ww. konsorcjum budynek sklasyfikowany jest jako budynek przemysłowy, natomiast na mapie ewidencji gruntów i budynków, budynek, oznaczony jest symbolem „p1", co również wskazuje, że jest to budynek przemysłowy. Zgodnie bowiem z treścią Rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 2 listopada 2015 r. w sprawie bazy danych obiektów topograficznych oraz mapy zasadniczej, a dokładnie w Rozdziale 5 „Wykaz skrótów i oznaczeń", literą „p" oznacza się budynki przemysłowe. W związku z powyższym nie ma podstaw aby traktować ten obiekt jako budynek użyteczności publicznej.

Odwołujący wskazał, że nawet dane znajdujące się w samym Poświadczeniu, wskazują, że jest to budynek przemysłowy. Zrealizowany budynek składa się z dwóch części: biurowej (dwukondygnacyjnej) i hali produkcyjnej (jednokondygnacyjnej), natomiast parametry techniczne budynku są następujące: powierzchnia zabudowy: 835,80 m2 oraz powierzchnia poszczególnych kondygnacji netto: - poziom parteru: 743,00 m2 oraz poziom piętra: 215,30 m2, razem powierzchnia netto: 958,30 m2. Skoro więc część biurowa jest dwukondygnacyjna, a poziom piętra ma 215,30 m2, to poziom parteru części biurowej ma również 215,30 m2. Dodając do siebie obie wartości obliczamy powierzchnię netto części biurowej, która wobec tego wynosi 430,60 m2. Po odjęciu powierzchni części biurowej od powierzchnia całego budynku, otrzymamy powierzchnię netto hali produkcyjnej, która wynosi 527,70 m2. Z powyższego również wynika, że powierzchnia hali produkcyjnej stanowi przeważającą powierzchnię tego budynku, zatem i z tego względu należało przyjąć, że budynek ten jest w większości budynkiem produkcyjnym, a nie, jak wymagał Zamawiający w SIWZ, budynkiem użyteczności publicznej w rozumieniu wskazanego Rozporządzenia.

Wykonawca wpisał do Wykazu robót, jako wartość robót całej ww. inwestycji kwotę 6 332 251,89 zł, a w części za której wykonanie „odpowiedzialny" był on sam jako członek konsorcjum wskazał kwotę 4 150 595, 87 zł - jednak nie wykazał powyższego twierdzenia w żaden sposób. Brak w postępowaniu jakichkolwiek dokumentów potwierdzających taką tezę, czego również Zamawiający nie zweryfikował.

Odnośnie doświadczenia nabytego przy realizacji zadania Budowa siedziby Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Kielcach - Etap I Odwołujący podniósł, że wykonawca Z. M., w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. doświadczenia uzyskanego w ramach zadania przekazał Zamawiającemu

Protokół odbioru końcowego z dnia 19.01.2015 r. Z treści ww. Protokołu wynika, że doświadczenie w realizacji ww. obiektu zostało uzyskane w okresie wcześniejszym niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert. Na stronie 2 w pkt 2 lit. m. ww. Protokołu, wskazana jest data ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie Znak: PINB-SO.5131.31.2014V z dnia 23.12.2014 r., która jednoznacznie wskazuje, że roboty budowlane w tym obiekcie zostały zakończone przed 23.12.2014 r., gdyż załącznikami do Wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie musiały być m.in.: oryginał dziennika budowy, w którym kierownik budowy dokonał wpisu o zakończeniu robót budowlanych oraz oświadczenie kierownika budowy o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę oraz przepisami oraz o doprowadzeniu do należytego stanu i porządku terenu budowy.

Nawet gdyby przyjąć, że roboty budowlane zakończyły się dopiero w dniu uzyskania pozwolenia na użytkowanie (tj. 23.12.2014 r., co nie jest prawdopodobne), to doświadczenie zdobyte w ramach realizacji tego obiektu i tak zostałoby uzyskane wcześniej niż w okresie 5 lat przed terminem składania ofert, tj. dniem 09.01.2020 r., zatem nie może być brane pod uwagę.

Odwołujący wskazał, iż protokół odbioru końcowego, w przeciwieństwie do administracyjnej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, nie jest dokumentem urzędowym, a jedynie dokumentem prywatnym, spisanym pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Zatem biorąc pod uwagę moc dowodową tych dokumentów, zgodnie z treścią art. 244 § 1 kpc, dokumenty urzędowe stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone, zaś dokument prywatny (art. 255 kpc), stanowi jedynie dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Zatem data podpisania ww. Protokołu odbioru nie może podważać faktu wcześniejszego zakończenia robót budowlanych, wg daty wynikającej z decyzji administracyjnej o pozwoleniu na użytkowanie z dnia 23.12.2014 r.

Ponadto Odwołujący podał, że wykonawca Z. M. wpisał do Wykazu robót, jako wartość robót całej ww. inwestycji kwotę 5 480 826,45 zł, a w części za której wykonanie „odpowiedzialny" był on sam jako członek konsorcjum wskazuje kwotę 4 895 885,73 zł - jednak nie wykazał powyższego twierdzenia w żaden sposób. Brak w postępowaniu jakichkolwiek dokumentów potwierdzających taką tezę, czego również Zamawiający nie zweryfikował.

W przedmiocie zaniechania ujawnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu - w kontekście nabycia doświadczenia, na które powołuje się Wykonawca Z. M., w ramach konsorcjum Odwołujący po ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 18.03.2020 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o przesłanie oświadczeń i zaświadczeń złożonych w trakcie postępowania przez wybranego wykonawcę oraz wszelkiej innej korespondencji dotyczącej przedmiotowego przetargu, jak również protokołu postępowania z załącznikami, poza tymi przesłanymi już wcześniej. Odwołujący wnioskował w tym samym piśmie o udostępnienie również innych dokumentów, niż te, które przesłał wykonawca Z. M., jeżeli ocena spełniania warunków udziału w niniejszym postępowaniu odbyła się w oparciu o inne dokumenty. Do dnia wniesienia odwołania Zamawiający nie odpowiedział na ww. wniosek, mimo, że musiał dysponować dokumentami dotyczącymi co najmniej jednej ze wskazanych inwestycji, tej w której sam był Zamawiającym, tj. w ramach inwestycji Przebudowa Dworca Kolejowego Wieliczka - Zamawiający PKP S.A. Wobec powyższego Zamawiający naruszył przepisy art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp przez nieudostępnienie Odwołującemu dokumentów, na podstawie których uznał spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wybranego wykonawcę, w szczególności dokumentów wykazujących, że wybrany wykonawca posiada wymagane w SIWZ (Roz. IX. pkt

3.3) .1.) zdolności techniczne lub zawodowe - w kontekście faktu, że deklarowane doświadczenie we wszystkich wskazanych inwestycjach wykonawca Z. M. zdobył nie samodzielnie, a w konsorcjum z innym podmiotem, który nie uczestniczy w niniejszym postępowaniu.

Również w samej informacji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 18 marca 2020 r. brak jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego i prawnego w tym zakresie, tj. wyjaśnienia dlaczego uznano, że wybrany wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, opisany w SIWZ (R. IX pkt

3.3) .1.), podczas gdy z dokumentów zgromadzonych w niniejszym postępowaniu to w żaden sposób nie wynika. Zatem wykonawca, który nie wykazał spełniania ww. warunku powinien

być wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a nie wybrany, jak to się stało w tym przypadku.

Odwołujący uzasadniał, że podczas nowelizacji Prawa zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 r. zmieniła się treść art. 92. W zdecydowanie większym zakresie nacisk został położony na uzasadnienie faktyczne i prawne poszczególnych elementów zawiadomienia, o którym mowa w tym przepisie, odnoszącym się zarówno do kwestii wyboru najkorzystniejszej oferty, jaki i wykluczenia poszczególnych wykonawców czy odrzucenia ich ofert. Celem ustawodawcy, który wprowadził w wyniku nowelizacji do Prawa zamówień publicznych obowiązek umieszczania uzasadnienia jest pełne urzeczywistnienie zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia. Zmiana miała gwarantować wykonawcom możliwość zapoznania się z całością rozstrzygnięć Zamawiającego wraz z uzasadnieniem dla dokonania poszczególnych czynności. Należy podkreślić, iż brak podania właściwego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego podejmowanych decyzji bezpośrednio utrudnia wykonawcom efektywne korzystanie ze środków ochrony prawnej, co ogranicza ich ustawowe prawo do obrony swoich praw. Podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru najkorzystniejszej oferty stanowi emanację zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przejrzystości, która obejmuje między innymi możliwość prześledzenia procesu decyzyjnego zamawiającego.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający wbrew art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w ogóle nie uzasadnił wyboru najkorzystniejszej oferty w kontekście wymogu spełniania warunków udziału przez wybranego wykonawcę, mimo że wykonawca ten samodzielnie zakresu deklarowanego doświadczenia zawodowego wystarczająco nie wykazał, a zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się tylko wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, natomiast Zamawiający miał co do tego wątpliwości, o czym świadczą ww. wezwania do wyjaśnień.

Jeśli chodzi o warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy istotnym jest, aby wykonawca składający ofertę w postępowaniu wykazywał się rzeczywistym doświadczeniem w wykonaniu zamówień, na które się powołuje w ramach spełniania warunków udziału w kolejnym postępowaniu. „Konsorcjum" jest grupą wykonawców, zgrupowaniem nieposiadającym własnej osobowości prawnej. Z tego względu stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest „konsorcjum" (chociaż skrótowo często tak jest to opisywane) ale grupa wykonawców (tzw. wielopodmiotowość strony umowy). Po ogłoszeniu orzeczenia TSUE (wyrok TSUE z 4 maja 2017 r. C-131/14 Esaprojekt) nie powinno być już wątpliwości, że możliwość powoływania się członka konsorcjum na doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum w wyniku uprzedniej realizacji zamówienia jest weryfikowane wyłącznie przez pryzmat faktycznego udziału (realizacji) w zamówieniu każdego członka konsorcjum. Będąc członkiem konsorcjum nabywa się doświadczenie jedynie w zakresie wykonanego zakresu rzeczowego zamówienia. Ugruntowana jest linia orzecznicza oparta na tezach wyroku w sprawie Esaprojekt, zgodnie z którą możliwość powołania się na doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum uzależniona jest od faktycznego udziału w realizacji określonej części zamówienia (podobnie m.in. KIO 326/18, KIO 188/18). Odwołujący przywołał również fragment wyroku KIO z dnia 26 maja 2017 r. sygn. akt: KIO 905/17, KIO 925/17, KIO 933/17.

Zdaniem Odwołującego z ww. wyroku TSUE płyną niezwykle istotne wnioski dla praktyki stosowania prawa zamówień publicznych: 1. doświadczenie konsorcjanta nie powinno być traktowane jako doświadczenie całego konsorcjum, 2. doświadczenie konsorcjanta to wyłącznie zakres zrealizowanych przez niego prac oraz 3. jeżeli pojedynczy członek konsorcjum chciałby powołać się na doświadczenie całego konsorcjum w nowym postępowaniu to powinien skorzystać ze „wsparcia" pozostałych jego członków w trybie art. 22a ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym, po analizie ww. decyzji Zamawiającego, całości dokumentacji przetargowej, w tym dokumentów przedstawionych przez wybranego wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w tym postępowaniu, oraz dokumentacji postępowania przetargowego, z którego wynika doświadczenie, na które wykonawca Z. M. w swojej ofercie się powoływał, aby wykazać zdolność techniczną i zawodową wymaganą w SIWZ przez aktualnego Zamawiającego, stwierdził, że wybrany wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale IX. pkt 3.3).1. SIWZ, w związku z czym powinien być wykluczony z postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą.

Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp jest jedyną, co do zastosowania której ciężar dowodowy spoczywa na wykonawcy. Ciężar ten sprowadza się do wykazania, że spełnia on w wystarczającym stopniu warunki udziału w postępowaniu i że nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia. Wykazanie polega najpierw na złożeniu odpowiednich oświadczeń, a następnie na potwierdzeniu treści oświadczeń odpowiednimi dokumentami. Zawsze jednak aktywność w tym zakresie musi wykazać wykonawca i od jego działań zależy, czy będzie mógł ubiegać się o uzyskanie zamówienia. Nadal aktualne jest

stwierdzenie zawarte w jednym z wyroków KIO, iż zawarta obecnie w art. 24 ust. 1 pkt 12 przesłanka wykluczenia odnosi się do formalnego wymogu „wykazania" spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie samego faktu ich spełnienia przez wykonawcę. Uwzględniając zasadę pisemności postępowania ustawodawca przyznał zatem prym prawdzie formalnej nad prawdą materialną w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (por. komentarz do art. 24 Ustawy - Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Jerzy Piróg. 2017, Legalis). Jest to skutkiem przerzucenia na wykonawców ciężaru dowodu w zakresie wykazania spełniania warunków udziału i wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania (wyr. KIO z 4.6.2012 r., KIO 1020/12, Legalis).

Zamawiający w niniejszym postępowaniu zastosował tzw. procedurę odwróconą na podstawie art. 24 aa ustawy Pzp, zatem najpierw dokonał oceny wszystkich ofert, a następnie badał, czy wykonawca którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający mógł i powinien powyższe wątpliwości (co do wartości robót budowlanych wykonanych przez wybranego wykonawcę w ramach konsorcjum) zweryfikować - a w konsekwencji wykluczyć Wykonawcę Z. M. z postępowania, natomiast na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznać za odrzuconą.

Odwołujący uzasadniał, iż postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego rządzą zasady wyrażone w rozdziale 2 ustawy Pzp. Wyrażają one idee przewodnie i kształtują przyjęty przez ustawodawcę model tego postępowania. Podstawowa zasada postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyrażona w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, za zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Charakter ogólny tej zasady doznaje uszczegółowienia m.in. w przepisach nakładających na Zamawiającego obowiązki, których realizacja zapewnia wykonawcom konkurowanie w warunkach równości. Do przepisów takich należą między innymi te nakładające na Zamawiającego obowiązek przeprowadzenia czynności badania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wezwania do ich wyjaśnień ewentualnie uzupełnienia, a w razie ich niespełniania, wykluczenia wykonawcy i niedopuszczenia jego oferty do dalszego konkurowania, oraz uznania za odrzuconą oferty wykonawcy wykluczonego. Zamawiający w niniejszym postępowaniu przy wyborze oferty najkorzystniejszej powinien brać pod uwagę jedynie oferty niepodlegające odrzuceniu. Natomiast odwołujący miał prawo spodziewać się, że Zamawiający kreując warunki udziału w postępowaniu, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej (w których treści wymagano m.in. doświadczenia w realizacji określonej rodzaju i wartości robót budowlanych), będzie wymagał od wszystkich wykonawców takiego właśnie doświadczenia i je odpowiednio weryfikował. W wyniku ww. nieprawidłowości Zamawiający wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi, zaniechał wykluczenia wykonawcy Z. M. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy, mimo że nie spełnia on warunków udziału opisanych w SIWZ (Roz. IX. pkt 3.3).1.), wybrał ofertę wykonawcy podlegającego wykluczeniu, a nie wybrał oferty najkorzystniejszej w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, dopuszczając do konkurowania ofertę podlegającą odrzuceniu, a w konsekwencji zamierza udzielić zamówienia Wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 czerwca 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów pełnomocnika. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił stan faktyczny sprawy.

Zamawiający podkreślał, że w ramach badania wykazu robót przedłożonego przez Wykonawcę dnia 17.01.2020 r., w odpowiedzi na wezwanie z dnia 14.01.2020 r., Zamawiający uznał, że robota budowlana wskazana w pozycji 1 wykazu robót, tj. zamówienie pn. „Przebudowa dworca kolejowego Wieliczka" potwierdzała spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale IX ust. 3 pkt 3) ppkt 1 SIWZ.
W związku z czym Zamawiający nie dokonywał ponownego badania w tym zakresie - zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w zawiadomieniu o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 02.03.2020 r.

Zamawiający wskazał, że dokonał badania uzupełnionego wykazu robót w zakresie pozycji nr 2 - 4 oraz dokonał szczegółowej analizy złożonych przez Wykonawcę - Z. M. dokumentów i wyjaśnień, która wykazała, iż:

1. w zakresie poz. nr 2 zamówienie pn.: „Budowa basenu przy Zespole Szkół Ogólnokształcących Sportowych nr i os. Handlowe 4 w Krakowie", wykazana robota budowlana potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale IX ust. 3 pkt 3) ppkt 1 SIWZ. Na potwierdzenie powyżej wskazanego twierdzenia Zamawiający

dołączył tabelę z wyliczeniami zakresu robót oraz wartościami poszczególnych robót wykonywanych przez Wykonawcę, Z. M. na inwestycji „Budowa basenu przy Zespole Szkół Ogólnokształcących Sportowych nr I os. Handlowe 4 w Krakowie";

2. w zakresie pozycji nr 3 wykazu robót zamówienie pn.: „Budowa prototypowego budynku biurowego - produkcyjnego o powierzchni użytkowej ok. 1000 m2, zlokalizowany w Kokotowie, gmina Wieliczka na działce 487/17". Z treści przedłożonych dokumentów, nie wynika jednoznacznie na jakiej podstawie Wykonawca wskazał jako budynek użyteczności

publicznej, prototypowy budynek biurowy (bez hali produkcyjnej) w Kokotowie gmina Wieliczka;

3. w zakresie w pozycji nr 4 wykazu robót: zamówienie pn.: „Budowa siedziby Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Kielcach - Etap I", wykazana robota budowlana potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale IX ust. 3 pkt 3) ppkt 1 SIWZ.

Zamawiający wskazał, że pomimo iż robota wykazana pod nr 3 w wykazie robót, nie potwierdzała jednoznacznie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający odstąpił od wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, z uwagi na fakt, iż wykonawca na podstawie zamówień wykazanych w pozycji nr 1, 2 oraz 4 wykazu robót, wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale IX ust. 3 pkt 3) ppkt 1 SIWZ. Podkreślał, że przy badaniu ww. robót, mając na uwadze, że prace te Z. M. wykonywał w konsorcjum z Murkrak spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. Zamawiający brał pod uwagę zakres oraz wartość robót wykonywanych jedynie przez Członka Konsorcjum - Z. M. .

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7

ust. 1 i 3 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, co następuje.

Odnośnie pozycji 1 wykazu robót budowlanych podał, że w ramach badania wykazu robót przedłożonego przez Z. M. w odpowiedzi na wezwanie z dnia 14.01.2020 r. przekazane na podstawie art. 26 ust 1 ustawy Pzp, Zamawiający uznał, że powyżej wskazana robota budowlana potwierdzała spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale IX ust. 3 pkt 3) ppkt 1 SIWZ. W związku z czym Zamawiający nie dokonywał ponownego badania w tym zakresie - zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w zawiadomieniu o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 02.03.2020 r.

Zamawiający wskazał, iż zarzut Odwołującego dotyczący inwestycji pn. „Przebudowa dworca kolejowego Wieliczka" jest zarzutem spóźnionym. Zamawiający przywołał treść art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Wskazał, iż zgodnie z ugruntowaną linią orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, termin na wniesienie odwołania ma charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 03.12.2014 r., wydanego w sprawie sygn. akt: KIO 2422/14, w wyroku z dnia 25-04-2016 r., wydanym w sprawie sygn. akt: 581/16 oraz w wyroku z dnia 20-07-2015r., wydanym w sprawie sygn. akt: KIO 1402/15). Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 18-08-2016, wydanym w sprawie sygn. akt: KIO 1391/16, termin na wniesienie odwołania należy liczyć od dokonania przez zamawiającego czynności podlegającej zaskarżeniu lub zaniechania dokonania takiej czynności, jeżeli zamawiający był do jej dokonania zobowiązany.

Zamawiający wskazał, iż mając na uwadze, że pierwszy wybór najkorzystniejszej oferty, dokonany przez Zamawiającego dnia 11.02.2020 r., wynikał m.in. z faktu, iż Zamawiający uznał, iż zamówienie pn. „Przebudowa dworca kolejowego Wieliczka", wskazane w poz. 1 wykazu robót spełnia warunki udziału w postępowaniu, to od tego terminu należy liczyć termin na wniesienie odwołania od tej czynności. Wskazywał, że Odwołujący skorzystał z przysługujących mu środków odwoławczych, na dokonanie przez Zamawiającego pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej, wnosząc pierwsze odwołanie w dniu 21.02.2020 r. w którym podnosił m. in., iż wykazane w pozycji nr 1 wykazu robót zamówienie, nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przedmiotowe odwołanie zostało cofnięte przez Odwołującego w całości pomimo, iż Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 02.03.2020 r. o unieważnieniu czynności wyboru ofert najkorzystniejszej jednoznacznie stwierdził, iż będzie dokonywał ponownego badania ofert w zakresie zamówienia wskazanego w poz. 2 ww. wykazu robót. Tym samym brak jest obecnie podstaw prawnych pozwalających Odwołującemu na ponowne zaskarżanie przedmiotowej czynności. Mając na uwadze powyższe, jak również fakt, że odwołanie przysługuje jednokrotnie wobec konkretnej czynności w określonym terminie (tak KIO w wyroku wydanym pod sygn. akt: KIO 2661/15, z dnia 18 grudnia 2015) zarzuty

Odwołującego dotyczące zamówienia pn. „Przebudowa dworca kolejowego Wieliczka” - pozycja nr 1 wykazu robót, należy uznać za spóźnione.

W zakresie poz. 2 wykazu robót budowlanych Zamawiający podniósł, że Odwołujący w treści odwołania dotyczącego ww. roboty budowalnej, nie formułuje żadnego zarzutu, tj. nie twierdzi, że wartość robót wykonanych przez Z. M. jako Partnera Konsorcjum, jest mniejsza niż 4 000 000 mln zł brutto, ani nie twierdzi, że zakres prac który wykonywał Z. M. jako Partnera Konsorcjum, nie obejmował co najmniej: robót budowalnych konstrukcyjnych, robót budowlanych wykończeniowych, robót elewacyjnych, robót instalacyjnych w zakresie branży sanitarnej, elektrycznej i teletechnicznej. Gdyby Odwołujący tak twierdził, to musiałby to udowodnić, natomiast ogranicza się on jedynie do stwierdzenia, że Z. M. nie może ponownie (w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia) legitymować się tym samym zamówieniem.

Zamawiający wskazał, iż pismem z dnia 05.03.2020 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę do uzupełnienia wykazu robót o co najmniej jedną (inną) robotę budowlaną. W odpowiedzi na ww. wezwanie, Z. M., w piśmie z dnia 10.03.2020 r., przedkładając uzupełniony wykaz robót w którym zostały dodane dwie „nowe” roboty wyjaśnił, że w wykazie pozostawia robotę w poz. 2, gdyż wartość roboty w poz. 2 podana w piśmie z dnia 6 lutego 2020 r. uwzględniała tylko i wyłącznie zakres robót wynikający z umowy wykonawczej z dnia 02.07.2015 r. Ponieważ wartość ta przekraczała określoną przez Zamawiającego w warunkach udziału w postępowaniu kwotę 4 mln zł brutto, była wystarczająca dla wykazania spełniania warunku i dlatego też Z. M. nie ujął w wykazie robót budowlanych wartości czterech z pięciu zamówień uzupełniających (o których jest mowa w protokole odbioru końcowego z dnia 08.04.2016 r.). Uwzględnienie pełnej wartości robót, za których wykonanie odpowiedzialny był Z. M., skutkuje uznaniem, że wartość ta przekracza kwotę 4 mln zł brutto, a zatem robota ta potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. IX ust. 3 pkt 3 ppkt 1 SIWZ.

Zamawiający podkreślał, że powyższe działania Wykonawcy, nie stoją w sprzeczności z przepisami prawa, jak również nie stoją w sprzeczności z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 05.03.2020 r. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazywane jest, iż wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i następujące w jego konsekwencji uzupełnienie oświadczeń i dokumentów nie może łamać zakazu zmiany treści oferty zawartego w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (tak KIO w wyroku z dnia 06.06.2019 wydanym w sprawie sygn. akt: KIO 929/19).

Złożony przez Wykonawcę - Z. M. na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykaz robót, wraz z uzupełnieniem dotyczącym roboty wskazanej w pozycji nr 2 wykazu, nie zmieniał oferty złożonej przez Z. M. ZRB M., jak również nie naruszał zasad uczciwej konkurencji, stanowił jedynie odpowiedź na wniosek Zamawiającego, tym samym formułowanie przez Odwołującego zarzutu, że Wykonawca - Z. M. ZRB M., nie może ponownie legitymować się tym samym zamówieniem, jest bezpodstawne.

Na marginesie Zamawiający wskazał, że przepisy ustawy Pzp, nie zawierają zakazu samodzielnego podejmowania przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia inicjatyw w zakresie składania dokumentów nawet bez wezwania Zamawiającego (tak KIO w wyroku z dnia 04.07.2019 r. wydanym w sprawie sygn. akt: KIO 1154/19).

Reasumując, Zamawiający po dokonaniu ponownego badania złożonych przez Wykonawcę - Z. M. dokumentów (złożonych w odpowiedzi na wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 1, art. 26 ust. 4 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), uznał wykazane w poz. nr 2, zamówienie pn.: „Budowa basenu przy Zespole Szkół Ogólnokształcących Sportowych nr 1 os. Handlowe 4 w Krakowie”, za potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale IX ust. 3 pkt 3) ppkt 1 SIWZ.

Podkreślał raz jeszcze, że przy badaniu ww. roboty, mając na uwadze, że prace te Z. M. - ZRB M. wykonywał w konsorcjum z Murkrak spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., Zamawiający brał pod uwagę zakres oraz wartość robót wykonywanych jedynie przez Członka Konsorcjum - Z. M. ZRB MURDZA.

Odnośnie robot budowlanej wskazanej poz. 3 wykazu robót Zamawiający wskazał, iż Wykonawca - Z. M., na podstawie wykazanych w pozycji nr 1, 2 oraz 4 zamówień w wykazie robót, wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IX ust. 3 pkt 3) ppkt SIWZ, w skutek czego, Zamawiający odstąpił od wezwania Wykonawcy do przedstawienia dodatkowych informacji na jakiej podstawie wskazał jako budynek użyteczności publicznej, prototypowy budynek biurowy (bez hali produkcyjnej) w Kokotowie gmina Wieliczka. Mając na uwadze, iż warunkiem udziału w postępowaniu opisanym w rozdziale IX ust. 3 pkt 3) ppkt 1) SIWZ jest wykazanie, że Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie (w szczególności informacje o tym czy roboty zostały

wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone) co najmniej: 2 roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (...), a roboty wskazane w pozycji 1, 2 i 4 wykazu robót spełniały warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający nie miał obowiązku wzywać Z. M. do złożenia wyjaśnień w zakresie roboty wskazanej pod pozycją nr 3 wykazu robót.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, że niewystarczającym jest wpisanie do wykazu robót wartości robót całej inwestycji, oraz wyszczególnienie kwoty i zakresu za jaki odpowiadał Wykonawca Z. M. jako Partner Konsorcjum, bez wykazania powyższego twierdzenia w żaden sposób, Zamawiający wskazał na treść § 2 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126).

Wykonawca - Z. M., w uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego wykazie robót wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie, w zakresie pozycji nr 3 wskazał wartość robót wykonanych przez Wykonawcę, Z. M. - jako Partnera Konsorcjum tj. kwota 4 150 595, 67 zł brutto, oraz zakres wykonywany przez Wykonawcę - Z. M. - jako Partnera Konsorcjum wskazując: roboty budowlane konstrukcyjne, roboty budowlane wykończeniowe, roboty elewacyjne, roboty instalacyjne w zakresie branży sanitarnej elektrycznej i teletechnicznej. Tym samym, mając na uwadze powyżej cytowany przepis, wbrew twierdzeniom Odwołującego, przedstawione przez Wykonawcę w wykazie informacje są wystarczające.

W zakresie poz. 4 wykazu robót budowlanych Zamawiający podał, że Wykonawca, Z. M. ZRB M., w uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego wykazie robót wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie, w zakresie pozycji nr 4,
w kolumnie termin realizacji zamówienia wskazał od 22.05.2013 r. do 19.01.2015 r. Powyższe znajduje potwierdzenie w treści dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia tj. protokołu odbioru końcowego, gdzie wskazano: Odbiór rozpoczęto w dniu 13.01.2015 r. protokół spisano w dniu 19.01.2015 r.

Odwołujący błędnie przyjmuje datę 23.12.2014 r., jako datę należytego wykonania roboty budowlanej wykazanej w pozycji nr 4 wykazu robót. Data 23.12.2014 r. jest datą wydania pozwolenia na użytkowane, które to jest dokumentem niezbędnym, aby komisja odbiorowa mogła rozpocząć prace odbiorowe.Prawidłową datą należytego wykonania roboty budowlanej wykazanej w pozycji nr 4 wykazu robót, jest data 19.01.2015 r. i taką wykazał w uzupełnionym wykazie Wykonawca - Z. M. .

Zamawiający podkreślał, że dopiero z chwilą sporządzenia protokołu odbioru końcowego można stwierdzić, że zamówienie zostało wykonane oraz czy zostało wykonane należycie. Przed sporządzeniem protokołu odbioru końcowego zamówienie takie jest w dalszym ciągu niezakończone, to jest pozostaje ono w trakcie realizacji. Nie można zatem twierdzić - a do tego sprowadza się argumentacja Odwołującego - że sporządzenie protokołu odbioru końcowego robót budowlanych jest czynnością całkowicie oderwaną i niezależną od samego faktycznego wykonania robót budowlanych. Twierdzenie takie musiałoby prowadzić do dalszego wniosku, że w przypadku powoływania się wykonawcy na wykonanie robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonawca musiałby wykazywać nie datę zakończenia realizacji umowy, lecz datę opuszczenia przez ostatniego robotnika terenu budowy - gdyż to z taką chwilą, zgodnie z argumentacją Odwołującego, dochodzi do „wykonania robót budowlanych” w rozumieniu przepisów Rozporządzenia.

Stanowisko takie jest zupełnie bezzasadne. Czynność sporządzenia protokołu odbioru końcowego stanowi moment, w którym doszło do zakończenia wykonania zamówienia obejmującego roboty budowlane - przed sporządzeniem protokołu odbioru końcowego zamówienie takie nie jest zakończone. Sam fakt ukończenia wykonywania pewnego zakresu czynności przez robotników na placu budowy nie przesądza, że zamówienie zostało zakończone. Dopiero z chwilą sporządzenia protokołu odbioru końcowego, Wykonawca spełnia świadczenie wynikające z umowy, dopiero wówczas następuje wypełnienie przezeń zobowiązania.

Mając na uwadze powyższe, bezsprzecznie należy uznać, iż datą zakończenia realizacji robót budowalnych w ramach ww. zamówienia jest data 19.01.2015 r. Tym samym, mając na uwadze, że termin składania ofert przypadał na dzień 09.01.2020 r. Wykonawca Z. M. był uprawniony do tego, aby legitymować się realizacją ww. zamówienia.

Odwołujący w odwołaniu podnosi również, że niewystarczającym jest wpisanie do wykazu robót wartości robót całej inwestycji, oraz wyszczególnienie kwoty i zakresu za jaki odpowiadał Wykonawca Z. M. jako Partner Konsorcjum, bez wykazania powyższego twierdzenia w żaden sposób. W ww. zakresie Zamawiający ponownie przywołał treść § 2 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów (...) i podał, że

Wykonawca - Z. M., w uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego wykazie robót wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie, w zakresie pozycji nr 4 wskazał wartość robót wykonanych przez Wykonawcę, Z. M. - jako Partnera Konsorcjum tj. kwotę 4 898 885,73 zł brutto oraz zakres wykonywany przez Wykonawcę - Z. M. jako Partnera Konsorcjum wskazując: roboty budowlane konstrukcyjne, roboty budowlane wykończeniowe, roboty elewacyjne, roboty instalacyjne w zakresie branży sanitarnej, elektrycznej i teletechnicznej. Tym samym, mając na uwadze ww. przepis, wbrew twierdzeniom Odwołującego przedstawione przez Wykonawcę w wykazie informacje są wystarczające.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że był Inwestorem na rzecz którego wykonano przebudowę dworca kolejowego Wieliczka, tak więc posiada wiedzę oraz niezbędne dokumenty dotyczące tej inwestycji, a także jakości wykonania robót budowlanych, zatem Wykonawca Z. M., nie miał obowiązku przedłożenia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie robót budowlanych na ww. inwestycji, gdyż Zamawiający dysponuje tym dokumentem. Na marginesie dodał, iż Odwołujący w treści odwołania dotyczącej przedmiotowego zarzutu formułuje tylko suche twierdzenia, nie poparte żadną argumentacją co zapewne jest uzasadnione tym, iż nie znalazł żadnych argumentów, które uzasadniałby jego stanowisko w zakresie naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, gdyż takie naruszenie w rzeczywistości nie miało miejsca.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że w dniu 18.03.2020 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy, Z. M., wskazując w ramach uzasadnienia faktycznego, iż jest to oferta która uzyskała najwyższą ilość punktów w kryterium oceny ofert i spełniła wszystkie warunki określone w SIWZ. Ponadto w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, Zamawiający wskazał również podstawy prawne dokonanego wyboru, tym samym wypełniając dyspozycję przepisu art. 93 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, że w dniu 13.02.2020 r. udostępnił Odwołującemu za pomocą Platformy korespondencję oraz dokumenty otrzymane od Wykonawcy Z. M. .

Następnie, w odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 13.02.2020 r., decyzją z dnia 26.02.2020 r. PKP S.A. odmówiło wydania umowy konsorcjum zawartej między Przystępującym a Murkrak Sp. z o.o. sp.k. W uzasadnieniu ww. decyzji wskazano, iż ustawa o dostępie do informacji publicznej nie stanowi podstawy do uzyskania informacji w indywidualnej sprawie a złożenie wniosku, który ma na celu uzyskanie takich informacji stanowi nadużycie prawa. Zamawiający zauważył, że dokumenty dotyczące wzajemnego rozliczenia członków konsorcjum, o które wnioskował Odwołujący, są wewnętrznymi dokumentami członków konsorcjum, do których Zamawiający nie posiada dostępu.

W odpowiedzi na kolejny wniosek Odwołującego z dnia 2.03.2020 r., w dniu 13.03.2020 r. Zespół ds. Informacji Publicznej, Skarg i Wniosków tj. komórka organizacyjna Zamawiającego odpowiedzialna za sprawy związane m.in. z informacją publiczną ponownie odmówił wydania przedmiotowej umowy wskazując iż podstawą prawną udostępniania umowy w sprawach zamówień publicznych jest art. 139 ust. 3 ustawy Pzp.

Następnie, w odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 19.03.2020 r., Zamawiający w dniu 23.03.2020 r., udostępnił Odwołującemu skany dokumentów, o które wnioskował, w tym również tabelę sporządzoną przez Komisję Przetargową na podstawie której dokonano ponownej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie pozycji nr 2 wykazu robót.

Zamawiający podkreślał, że Odwołującemu, każdorazowo udzielano odpowiedzi na jego wnioski, jak również udostępniono dokumenty składane w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający zaznaczył, że umowa konsorcjum, zawarta pomiędzy Wykonawcami MURKAK sp. z o.o. sp.k. oraz Z. M. w celu realizacji inwestycji pn. „Przebudowa dworca kolejowego Wieliczka" jest dokumentem z innego postępowania i jako taka nie stanowi załącznika do protokołu ZP PN w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym chybiony jest zarzut Odwołującego, w zakresie naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z art 96 ust. 3 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż udostępnienie informacji o którą wnioskował, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, powinno być rozpatrywane na podstawie przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, w której przewidziano również tryb odwołania od decyzji odmawiającej wydania informacji publicznych. Tym samym Zamawiający odmawiając wydania przedmiotowej umowy konsorcjum, nie naruszył art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp.

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 31 marca 2020 r. zawiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Z. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo - Budowlany „M.” zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 2 kwietnia 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, informację z otwarcia ofert, ofertę wykonawcy Z. M., wezwania skierowane do Z. M. z dnia 24 stycznia 2020 r., 6 lutego 2020 r. oraz 5 marca 2020 r., wyjaśnienia Z. M. z dnia 27 stycznia 2020 r., 6 lutego 2020 r. oraz 10 marca 2020 r. oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 18 marca 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 24 czerwca 2020 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego sprawy dowody z dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie złożonych przez Zamawiającego.

Ponadto Izba dopuściła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego załączonych do odwołania oraz złożonych w toku rozprawy, tj.:

1. tabela - opracowanie własne dotyczące inwestycji pn. Budowa basenu przy Zespole Szkół Ogólnokształcących Sportowych nr 1 na os. Handlowym w Krakowie;

2. umowę konsorcjum z dnia 8 kwietnia 2013 r.;

3. umowę realizacyjną z dnia 17 maja 2013 r.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale IX pkt 3.3.1 SIWZ Zamawiający wskazał, że uzna warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej 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 (w szczególności informacje o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone) co najmniej: 2 roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej w tym: co najmniej jedną robotę budowlaną zrealizowaną w budynku użyteczności publicznej wpisanym do rejestru zabytków lub ewidencji zabytków, które swoim zakresem wykonania obejmowały co najmniej: - roboty budowlane konstrukcyjne, - roboty budowlane wykończeniowe, - roboty elewacyjne, - roboty instalacyjne w zakresie branży sanitarnej, elektrycznej i teletechnicznej o wartości nie mniejszej niż 4 000 000,00 zł brutto (słownie: cztery miliony złotych 00/100) (każda z robót).

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).

Stosownie do treści rozdziału X pkt 7.1 lit. a SIWZ, Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów: w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu: dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej: - wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane oraz 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. Wzór wykazu robót budowlanych stanowi Załącznik nr 4 do SIWZ - który potwierdzi spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale IX ust. 3 pkt 3) ppkt 1 SIWZ.

Termin składania ofert upłynął w dniu 9 stycznia 2020 r.

Wykonawca Z. M., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, złożył wykaz robót budowlanych (załącznik nr 4 do SIWZ), w którym wskazał dwie roboty budowlane, tj.:

1. Przebudowa dworca kolejowego Wieliczka, zrealizowana na rzecz PKP S.A. z siedzibą w Warszawie, polegająca na przebudowie budynku użyteczności publicznej, wpisanego 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.: Dworzec Kolejowy Wieliczka. Ponadto wykonawca oświadczył, iż ww. budynek użyteczności publicznej jest wpisany do rejestru zabytków oraz 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. Wartość ww. roboty budowlanej - 7 070 558,41 zł brutto. Termin realizacji zamówienia: od 15.12.2014 r. do 08.12.2016 r.

2. Budowa basenu przy Zespole Szkół Ogólnokształcących Sportowych nr 1, os. Handlowe 4 w Krakowie, zrealizowana na rzecz Gminy Miejskiej Kraków - Zarząd Infrastruktury Sportowej, polegająca na budowie 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.: Basen w Krakowie. Ponadto 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. Wartość ww. roboty budowlanej - 11 937 601,57 zł brutto. Termin realizacji zamówienia: od 25.06.2014 r. do 08.04.2016 r.

Jednocześnie ww. wykonawca załączył dowody określające, że ww. roboty budowlane zostały wykonane należycie, tj. odpowiednio protokół odbioru z dnia 8 grudnia 2016 r. oraz protokół odbioru końcowego z dnia 8 kwietnia 2016 r. Z treści ww. dokumentów wynikało, iż roboty budowlane zostały wykonane przez konsorcjum firm: MURKRAK Sp. z o.o. Sp. k. oraz Z. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo - Budowlany „M.”.

Pismem z dnia 24 stycznia 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Z. M. do wyjaśnienia w jakim zakresie i na jaką kwotę wskazana w poz. Nr 2 wykazu robót, robota budowlana została zrealizowana przez członka konsorcjum, tj. Z. M. .

W wyjaśnieniach z dnia 27 stycznia 2020 r. Z. M. wskazał, że „jako członek konsorcjum zawiązanego na potrzeby realizacji zadania publicznego pn. Budowa basenu przy Zespole Szkół Ogólnokształcących nr 1, os. Handlowe w Krakowie o wartości 11 937 601,57 zł brał bezpośredni udział w całym procesie realizacji inwestycji. W ramach konsorcjum firma ZRB M. wykonywała prace budowlane i instalacyjne w zakresie:

- konstrukcja dachu wraz z pokryciem,

- elewacje lekkie - mokre,

- prace wykończeniowe części socjalnych, biurowych i ciągi komunikacyjne,

- instalacje sanitarne,

- instalacje elektryczne w tym teletechniczne,

- prace zewnętrzne - otoczenie budynku,

oraz brała czynny udział w zarządzeniu sprawami konsorcjum nabywając tym samym doświadczenie niezbędne do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, o którym mowa powyżej". Do wyjaśnień wykonawca Z. M. załączył umowę realizacyjną między ZRB M. a MURKRAK Sp. z o.o. Sp.k. z dnia 2 lipca 2015 r. określającą w § 4 udział i zakres członków konsorcjum w inwestycji.

Pismem z dnia 6 lutego 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia, czy wartość roboty budowlanej wskazanej w pozycji nr 2 wykazu robót, która swoim zakresem wykonania (przez Członka Konsorcjum) obejmowała co najmniej: roboty budowlane konstrukcyjne, roboty budowlane wykończeniowe, roboty elewacyjne, roboty instalacyjne w zakresie branży sanitarnej, elektrycznej i teletechnicznej wynosi nie mniej niż 4 000 000 zł brutto.

Pismem z dnia 6 lutego 2020 r. wykonawca Z. M. wyszczególnił prace budowlane na łączną kwotę 4 376 130,88 zł brutto, za realizację których odpowiedzialny był Z. M. (członek konsorcjum), tj.:

- konstrukcja dachu wraz z pokryciem 644 707,39 zł,

- elewacje lekkie - mokre 175 931,65 zł,

- prace wykończeniowe części socjalnych, biurowych i ciągi komunikacyjne 1 115 086,75 zł,

- instalacje sanitarne 1 534 002,74 zł,

- instalacje elektryczne w tym teletechniczne 475 197,20 zł,

- prace zewnętrzne - otoczenie budynku 431 205,15 zł.

W dniu 11 lutego 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Z. M. . Od ww. czynności wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD" S.A. z siedzibą w Katowicach wniósł odwołanie (sygn. akt: KIO 358/20).

W dniu 2 marca 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Z. M. . Jednocześnie Zamawiający poinformował, że dokona ponownego badania dokumentów złożonych przez ww. wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie poz. Nr 2 wykazu robót budowlanych.

W dniu 2 marca 2020 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD" S.A. przesłał do Prezesa Izby oświadczenie o cofnięciu pozostałych zarzutów odwołania. W oświadczeniu wskazał, że w związku z uzyskaniem informacji od Zamawiającego (pisma z dnia 2 marca 2020 r. godz. 14.30) o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Z. M., tj. o uwzględnieniu części zarzutów odwołania wniesionego dnia 21 lutego 2020 r., Odwołujący cofa pozostałe zarzuty odwołania i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.

Jednocześnie w dniu 3 marca 2020 r., przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron, Z. M. przesłał do Izby pismo, w którym poinformował, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów przez Zamawiającego i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Postanowieniem z dnia 3 marca 2020 r. sygn. akt: KIO 358/20 Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy Pzp.

Pismem z dnia 5 marca 2020 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Z. M. do uzupełnienia wykazu robót budowlanych o co najmniej jedną (inną robotę budowlaną). W ww. piśmie Zamawiający wskazał, iż robota budowlana wskazana w poz. 1 załącznika nr 4 do SIWZ potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a robota budowlana podana w poz. 2 załącznika nr 4 do SIWZ nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IX ust. 3 pkt 3 ppkt 1 SIWZ.

Pismem z dnia 10 marca 2020 r. Z. M. przekazał uzupełniony wykaz robót budowlanych (załącznik nr 4 do SIWZ) o dwie nowe roboty budowlane (poz. 3 i 4 wykazu):

- poz. 3. Budowa prototypowego budynku biurowego - produkcyjnego o powierzchni użytkowej

ok. 1000 m2, zlokalizowanego w Kokotowie, gmina Wieliczka, na działce 487/17, zrealizowana na rzecz Instytutu Doradztwa Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, polegająca na budowie 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.: prototypowy budynek biurowy (bez hali produkcyjnej) w Kokotowie, gm. Wieliczka. Ponadto 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. Wartość ww. roboty budowlanej - 6 332 251,89 zł brutto, w części za której wykonanie odpowiedzialny był Z. M. - 4 150 595,67 zł. Termin realizacji zamówienia: od 08.09.2014 r. do 29.01.2016 r.

- poz. 4. Budowa siedziby Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Kielcach - etap I, zrealizowana na rzecz WFOŚiGW w Kielcach, polegająca na budowie 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 siedziby WFOŚiGW w Kielcach. Ponadto 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. Wartość ww. roboty budowlanej - 5 480 826,45 zł brutto, w części za której wykonanie odpowiedzialny był Z. M. - 4 895 885,73 zł. Termin realizacji zamówienia: od 22.05.2013 r. do 19.01.2015 r.

Ponadto odnośnie poz. 2 wykazu robót budowlanych wykonawca Z. M. wskazał, że wartość ww. roboty budowlanej stanowiła 11 937 601,57 zł brutto, w części za której wykonanie odpowiedzialny był Z. M. - 5 944 955,69 zł. Wykonawca wyjaśnił, że w wykazie robót budowlanych pozostawił robotę budowlaną w pozycji 2. Wskazał, że w piśmie z dnia 5 marca 2020 r. Zamawiający nie wskazał, z jakich powodów nie uznał wartości roboty budowlanej równej 4 376 130,88 zł brutto. Z. M. wyjaśnił, że wartość roboty budowlanej podana w piśmie z dnia 6 lutego 2020 r. uwzględniała tylko i wyłącznie zakres robót wynikających z umowy wykonawczej z dnia 2 lipca 2015 r. Ponieważ wartość ta przekraczała określoną przez Zamawiającego w warunku kwotę 4 mln zł brutto, a więc była wystarczająca dla wykazania spełniania warunku, pominął w wykazie robót wartości pięciu zamówień uzupełniających, o których jest mowa w protokole odbioru końcowego z dnia 8 kwietnia 2016 r., za których wykonanie odpowiedzialny był wykonawca ZRB Z. M. na łączną kwotę 1 568 824,81 zł brutto. Tak więc wartość roboty z poz. 2 wykazu w zakresie którego wykonanie odpowiedzialny był Z. M. jest równa co najmniej 5 944 955,69 zł brutto, co potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego rozdziale IX pkt 3.3.1 SIWZ. Jednocześnie wykonawca wskazał, że bezzasadne jest kwestionowanie przez Odwołującego (w sprawie o sygn. akt: KIO 358/20) powołania się przez Z. M. na wykonywanie prac obejmujących zagospodarowanie terenu oraz wykonanie przyłączy do budynku, podając argumentację.

Ponadto wykonawca Z. M. złożył dowody potwierdzające należyte wykonanie robót budowlanych wskazanych w poz. 3 i 4 załącznika nr 4 do SIWZ, tj. odpowiednio poświadczenie z dnia 1 lipca 2016 r. oraz protokół odbioru końcowego spisany w dniu 19 stycznia 2015 r. Z treści ww. dokumentów wynikało, iż roboty budowlane zostały wykonane przez konsorcjum firm: MURKRAK Sp. z o.o. Sp. k. oraz Z. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo - Budowlany „M.”.

W dniu 18 marca 2020 r. za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę wykonawcy Z. M. . Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Z. M., Zakład Remontowo Budowlany M., mimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (Roz. IX pkt 3.3.1. SIWZ), co jednocześnie narusza zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie przepisami ustawy oraz art.

24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechania uznania oferty Z. M. za odrzuconą. Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art.

25 ust. 1 ustawy Pzp, ewentualnie zaniechania wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia ww. oświadczeń i dokumentów - w skutek czego nie zweryfikowano posiadanego doświadczenia zawodowego w zakresie wystarczającym do uznania, że spełniania on warunek udziału w postępowaniu opisany w SIWZ Roz. IX. pkt 3.3.1.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Z kolei ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp).

Izba wskazuje, iż nie było sporu między Stronami postępowania odwoławczego, że w świetle orzeczenia TSUE C-387/14 Esaprojekt doświadczenie nabyte przez wykonawcę podczas wykonywania robót budowlanych w ramach konsorcjum nie może być traktowane jako doświadczenie całego konsorcjum oraz że doświadczenie konsorcjanta stanowi jedynie zakres faktycznie wykonanych przez niego prac. Tym samym stwierdzić należy, iż co do zasady rację miał Odwołujący, że po stronie zamawiającego istnieje obowiązek wyjaśnienia zakresu faktycznego robót wykonanych przez wykonawcę, które to roboty budowlane zostały realizowane przez konsorcjum. Dostrzec jednak należy, że z samego faktu, iż zamówienie było realizowane przez grupę wykonawców nie wynika, że jeden z konsorcjantów nie nabył doświadczenia w realizacji tego zamówienia publicznego. Nie oznacza to także, że wykonawca może wykazać się jakimkolwiek doświadczeniem odpowiadającym zakresowi zamówienia publicznego, w którego realizacji brał udział. Wskazać należy, iż faktyczny zakres prac zrealizowanych przez wykonawcę wspólnie z innymi wykonawcami ma szczególnie doniosłe znaczenie na etapie badania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, jednakże podkreślić trzeba, iż zamawiający winien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień wtedy, gdy w świetle złożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów zrodzą się po stronie zamawiającego wątpliwości. Korzystanie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w sytuacji, gdy Zamawiający nie ma wątpliwości co do określonych oświadczeń lub dokumentów stanowiłoby nadmierny formalizm i wpływać mogłoby na wydłużenie postępowania (podobnie wskazała Izba m.in. w uchwale z dnia 18 marca 2016 r., sygn. akt KIO/KU 18/16).

Izba w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie podzieliła stanowiska Odwołującego, który podnosił, że obowiązkiem wykonawcy powołującego się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum, jest każdorazowe przedstawienie dowodów na potwierdzenie zakresu i wartości robót budowlanych wykonanych w ramach konsorcjum. Należy podkreślić, że stanowisko takie nie ma żadnego oparcia w przepisach Prawa zamówień publicznych, jak również nie jest możliwym wywiedzenie podobnych wniosków z treści orzeczenia TSUE Nie można jednak wykluczyć, iż w niektórych przypadkach, dla wykazania faktycznie wykonanego zakresu prac, koniecznym będzie legitymowanie się przez wykonawcę stosownymi dokumentami. Podkreślić jednak należy, iż na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą, to Odwołujący powinien co najmniej uprawdopodobnić, że po stronie zamawiającego powinny powstać uzasadnione wątpliwości co do zakresu i wartości prac, którymi wykazuje się wykonawca celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Izba stwierdziła, iż robota budowlana wskazana w poz. 1 („Przebudowa Dworca Kolejowego Wieliczka”) wykazu robót budowlanych złożonego przez wykonawcę Z. M. potwierdza spełnianie warunku, o którym mowa w rozdziale IX pkt 3.3.1 SIWZ.

Zważyć należy, iż w zakresie ww. inwestycji Odwołujący podniósł jedynie, że wykonawca Z. M. nie wykazał faktycznego zakresu doświadczenia zdobytego przy realizacji inwestycji, która była wykonywana przez Przystępującego w ramach tzw. konsorcjum z innym wykonawcą (MURKRAK Sp. z o.o. Sp.k.). Odwołujący wskazywał, iż wśród dokumentów złożonych w postępowaniu brak jest jakichkolwiek dokumentów świadczących o spełnieniu przez Przystępującego spornego warunku udziału w postępowaniu. Innymi słowy Odwołujący nie kwestionował zakresu rzeczowego robót ani ich wartości wykonanych przez Przystępującego przy realizacji przedmiotowego zamówienia wykonywanego wspólnie z innym wykonawcą.

Izba wskazuje, iż wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie faktycznego udziału wykonawcy w realizacji roboty budowlanej wskazanej pod pozycją 1. załącznika nr 4 do SIWZ, było niezasadne, jako że ww. inwestycja była realizowana na rzecz Zamawiającego - PKP S.A. z siedzibą w Warszawie. Konsekwencją powyższego stanu rzeczy było to, iż Zamawiający miał pełną wiedzę oraz dysponował całością dokumentacji

pozwalającej mu na stwierdzenie, czy i w jakim zakresie Przystępujący Z. M. wykonał roboty budowlane wskazane w poz. 1 załącznika nr 4 do SIWZ.

Dalej Izba stwierdza, że postępowanie odwoławcze potwierdziło, że Zamawiający prawidłowo ocenił, że ww. robota budowlana potwierdzała doświadczenie wykonawcy Z. M. .

Izba zauważa, że Odwołujący w toku rozprawy nawet nie polemizował z treścią dowodów złożonych przez Zamawiającego, a potwierdzających zakres i wartość robót budowalnych wykonanych przez Przystępującego w zakresie inwestycji dotyczącej przebudowy Dworca Wieliczka. Odwołujący nie odniósł się do treści przedłożonej przez Zamawiającego umowy wykonawczej z dnia 15 grudnia 2014 r. zawartej między Przystępującym a MURKRAK Sp. z o.o. Sp.k. określającej w § 4 udział i zakres stron w inwestycji, gdzie jednoznacznie wskazano, iż wykonawca Z. M. realizuje prace budowlane w zakresie konstrukcji dachu oraz peronu wraz z pokryciem, prace wykończeniowe części socjalnych, biurowych i ciągi komunikacyjne, instalacje sanitarne, instalacje elektryczne w tym teletechniczne oraz elewacje. Odwołujący nie kwestionował także treści złożonych przez Zamawiającego harmonogramów rzeczowo - finansowych do umowy z dnia 15 grudnia 2014 r. oraz 26 listopada 2015 r. wskazujących na zakres robót jak i ich wartość (4 092 679,46 zł).

Izba nie podzieliła natomiast stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego oraz Przystępującego, jakoby zarzut Odwołującego w odniesieniu do poz. 1 wykazu robót budowlanych był spóźniony. Zamawiający oraz Przystępujący pominęli bowiem okoliczność, iż substratem zaskarżenia w sprawie o sygn. akt: KIO 358/20 była czynność Zamawiającego polegająca na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego z dnia 11 lutego 2020 r. Z kolei skutkiem dokonanego przez Zamawiającego w dniu 2 marca 2020 r. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty było to, że uchylona została (przestała istnieć) czynność stanowiąca zasadniczą podstawę wniesionego przez Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD" S.A. w dniu 21 lutego 2020 r. środka ochrony prawnej. Z uwagi na powyższe nie można stwierdzić, że Odwołującemu nie przysługiwało prawo zaskarżenia ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej przez Zamawiającego w dniu 18 marca 2020 r.

Przechodząc do poz. 2 wykazu robót budowlanych („Budowa basenu przy Zespole Szkół Ogólnokształcących Sportowych nr 1, os. Handlowe 4 w Krakowie") zauważyć należy, iż Odwołujący podniósł jedynie na marginesie, że doświadczenie wybranego wykonawcy przy realizacji ww. inwestycji, mimo że ponownie zostało wpisane do uzupełnionego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykazu robót budowlanych nie może być brane pod uwagę z uwagi na to, że Zamawiający w piśmie z dnia 5 marca 2020 r. uznał je za niepotwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IX pkt 3.3.1 SIWZ. Z powyższego wynika, iż Odwołujący nie postawił w odniesieniu do ww. pozycji wykazu robót budowlanych żadnego zarzutu.

W tym miejscu wskazać należy, że stosownie do treści art. 180 ust. 3 ustawy Pzp oraz analogicznie § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisach wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. 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). Podsumowując powyższe Izba stwierdza, że 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 (arg. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Izba wskazuje, iż nie można odmówić Zamawiającemu prawa do samokontroli czynności podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym nawet jeśli Zamawiający w okolicznościach tejże sprawy w piśmie z dnia 5 marca 2020 r. uznał, że robota budowlana wskazana przez Przystępującego w pozycji 2 - ej załącznika nr 4 do SIWZ nie potwierdza spełniania omawianego warunku udziału w postępowaniu, to nie oznacza to, że nie mógł on dokonać autokorekty poprzedniej czynności. Podkreślić należy, iż

to rolą Odwołującego, który jest profesjonalnym wykonawcą jest zakwestionowanie tych pozycji z wykazu robót budowlanych konkurencyjnego wykonawcy, aby zaspokoić własny interes.

Co więcej, zauważyć należy, iż Odwołujący na moment wniesienia odwołania dysponował wyjaśnieniami Przystępującego z dnia 10 marca 2020 r. złożonymi przez wykonawcę z własnej inicjatywy (czego przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie zakazują), w których Z. M. kwestionował stanowisko Zamawiającego jakoby ww. robota budowlana nie odpowiadała warunkowi udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz przedstawił argumenty na jego poparcie. Odwołujący dysponował nadto przekazaną przez Zamawiającego w dniu 23 marca 2020 r. tabelą sporządzoną przez komisję przetargową, na podstawie której dokonano ponownego badania spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie ww. pozycji załącznika nr 4 do SIWZ.

Powyższe okoliczności zdaniem składu orzekającego potwierdzają, że Odwołujący dysponował niezbędnymi informacji wskazującymi, iż Zamawiający wskutek złożonych przez Przystępującego wyjaśnień, w tym z dnia 10 marca 2020 r. zweryfikował poprzednie stanowisko i w wyniku powtórnej analizy dokumentacji postępowania uznał, że robota budowlana zawarta w poz. 2 załącznika nr 4 do SIWZ złożonego przez Z. M. potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX pkt 3.3.1 SIWZ.

Następnie w przedmiocie poz. 3 wykazu robót budowlanych dotyczącej zadania pn. „Budowa prototypowego budynku biurowo - produkcyjnego o powierzchni użytkowej ok. 1000 m^2, zlokalizowanego w Kokotowie, gmina Wieliczka, na działce 487/17" Izba wskazuje, że z uwagi na okoliczności, iż dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX pkt 3.3.1 SIWZ wystarczającym było wykazanie się przez wykonawcę dwoma robotami budowlanymi, a te które zostały podane przez Przystępującego w załączniku nr 4 do SIWZ pod pozycją 1 i 2 potwierdzały spełnianie warunku, odstąpiła od nakazania Zamawiającemu wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia kwestii charakteru budynku, tj. czy ww. budynek jest budynkiem przemysłowym o funkcji produkcyjnej - jak twierdził Odwołujący, czy też budynkiem 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. z 2019 r. poz. 1065) - jak wyjaśniał Przystępujący. Na potrzebę złożenia wyjaśnień przez Przystępującego w rzeczonym zakresie wskazywał sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 czerwca 2020 r., który odstąpił jednak od ww. czynności z uwagi na okoliczność, że jego zdaniem roboty budowlane wskazane w poz. 1, 2 oraz 4 załącznika nr 4 do SIWZ potwierdzały spełnianie spornego warunku. Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie stoi na stanowisku, że rolą Izby nie jest zastępowanie zamawiającego w czynności podejmowanych w toku postępowania, zatem ewentualna ocena wyjaśnień w ww. zakresie winna nastąpić w pierwszej kolejności przez Zamawiającego. Jednakże jak już wskazano powyżej zważywszy na okoliczność, iż roboty budowlane, o których mowa w poz. 1 i 2 załącznika nr 4 Izba uznała za potwierdzające spełnienie warunku, odstąpiono od nakazania Zamawiającemu wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień.

Odnosząc się z kolei do zarzucanej przez Odwołującego kwestii braku wykazania przez Przystępującego w zakresie ww. roboty budowlanej wartości zrealizowanych prac oraz braku przedłożenia jakichkolwiek dowodów potwierdzających wartość robót wskazaną przez Z. M. w treści załącznika nr 4 do SIWZ Izba zauważa, że wykonawca w treści wykazu robót budowlanych podał wartość globalną całego zadania, tj. 6 332 251,89 zł wskazując jednocześnie, że był odpowiedzialny za wykonanie robót w części stanowiącej wartość 4 150 595,67 zł. Z powyższego wynika zatem, że wartość prac faktycznie wykonanych przez

Z. M. w ramach przedmiotowego zadania przekraczała określone przez Zamawiającego w SIWZ minimum. Podkreślić należy, iż Odwołujący wbrew art. 190 ust. 1 ustawy Pzp nie przedłożył żadnych dowodów podważających złożone przez Z. M. oświadczenie w zakresie wartości wykonanych prac. Tym samym Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił, że w okolicznościach niniejszej sprawy, po stronie Zamawiającego powinien zaktualizować się obowiązek wezwania Przystępującego do wyjaśnienia wartości robót budowalnych wykonanych w ramach zadania wskazanego w poz. 3 załącznika nr 4 do SIWZ.

W końcu odnosząc się do roboty budowlanej podanej przez Z. M. w poz. 4 załącznika nr 4 do SIWZ („Budowa siedziby Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Kielcach - etap I") Izba uznała, że w świetle złożonych dowodów Odwołujący wykazał, iż Przystępujący nie wykonywał robót budowlanych w zakresie ww. inwestycji. Tym samym nie można stwierdzić, że Przystępujący nabył doświadczenie przy realizacji ww. robót budowlanych w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

Ze złożonych przez Odwołującego umów, tj. umowy konsorcjum z dnia 8 kwietnia 2013 r. oraz umowy realizacyjnej z dnia 17 maja 2013 r. zawartych między Przystępującym a MURKRAK Sp. z o.o. sp. k. w celu realizacji ww. zadania inwestycyjnego jednoznacznie wynika, że to lider konsorcjum (MURKRAK Sp. z o.o. sp. k.) wykonywał prace budowlane, sprawował nadzór na budowie i zapewniał wykonanie przedmiotu umowy od strony technicznej. Z kolei Przystępujący zapewniał gwarancję wadialną, gwarancję należytego wykonania umowy oraz gwarancję usunięcia wad i usterek.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż podnoszona przez Odwołującego kwestia terminu zakończenia ww. robót budowlanych (wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert) miała znaczenie wtórne wobec braku nabycia przez Przystępującego doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych w ramach zadania dotyczącego budowy siedziby Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Kielcach - etap I.

Podsumowując powyższe Izba stwierdziła, iż w okolicznościach rozpoznanej sprawy brak było podstaw do wykluczenia wykonawcy Z. M. z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Wykonawca Z. M. powołując się na doświadczenie zdobyte przy realizacji inwestycji wskazanych w wykazie robót budowlanych pod pozycją nr 1 i 2 wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX pkt 3.3.1 SIWZ.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru oferty wykonawcy Z. M. w zakresie spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale IX pkt 3.3.1 SIWZ, mimo że wybór najkorzystniejszej oferty może dotyczyć tylko wykonawcy spełniającego warunki udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Wskazać należy, iż ww. przepis, wbrew stanowisku Odwołującego, nie nakłada na zamawiającego obowiązku przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru oferty danego wykonawcy w kontekście spełniania warunków udziału w postępowaniu. Innymi słowy ww. przepis nie implikuje po stronie zamawiającego obowiązku wyjaśnienia dlaczego uznał on, że dany wykonawca wykazał się spełnieniem poszczególnych warunków udziału w postępowaniu, zatem pozytywnie został oceniony przez zamawiającego pod względem podmiotowym. Z treści ww. przepisu wynika, iż zamawiający obowiązany jest podać w treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty elementy w nim wskazane oraz uzasadnić czynność oceny ofert i przyznanych im punktów, nie zaś uzasadniać proces badania sytuacji podmiotowej wykonawcy, którego ofertę wybrano.

Analiza zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 18 marca 2020 r. potwierdza, że Zamawiający podał wszystkie elementy wskazane w art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz uzasadnił swój wybór w świetle przewidzianych w SIWZ kryteriów oceny ofert, tym samym stanowisko Odwołującego należało uznać za niezasadne.

Za uzasadniony Izba uznała natomiast zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieudostępnienie Odwołującemu dokumentów, na podstawie których Zamawiający uznał spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wybranego wykonawcę, w szczególności dokumentów wykazujących, że wybrany wykonawca posiada wymagane w SIWZ zdolności techniczne lub zawodowe - w kontekście faktu, że deklarowane doświadczenie we wszystkich wskazanych inwestycjach zdobył nie samodzielnie a w konsorcjum z innym podmiotem, który nie uczestniczy w niniejszym postępowaniu.

Naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia jest zasada jawności (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). Przedmiotowa zasada doznaje uszczegółowienia w dalszych przepisach ustawy Pzp, w tym realizowana jest poprzez nałożenie na zamawiającego obowiązku sporządzenia protokołu postępowania w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zawierającego co najmniej zakres danych określonych w art. 96 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie natomiast z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, protokół wraz z załącznikami jest jawny.

Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty

wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wskazać także należy, iż obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób przejrzysty, jasny i czytelny dla wykonawców. Powyższe oznacza, że czynności zamawiającego dokonywane w toku postępowania o udzielenie zamówienia winny znaleźć odzwierciedlenie w aktualizowanym na bieżąco protokole postępowania. Tylko bowiem w takiej sytuacji wykonawcy zapewniona zostaje możliwość zweryfikowania prawidłowości dokonanych przez zamawiającego czynności, a w przypadku uznania ich za naruszające przepisy ustawy Pzp, poddania działań (zaniechań) zamawiającego pod kontrolę Krajowej Izby Odwoławczej.

Za nieprawidłowe w okolicznościach rozpoznawanej sprawy Izba uznała stanowisko Zamawiającego polegające na zaniechaniu ustanowienia jako załącznik do protokołu postępowania, a w konsekwencji zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu dokumentów, na podstawie których Zamawiający uznał, że robota budowlana wskazana przez Przystępującego w poz. 1 wykazu robót budowlanych, realizowana w tzw. konsorcjum na rzecz tego samego Zamawiającego (PKP S.A. z siedzibą w Warszawie) potwierdzała spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX pkt 3.3.1 SIWZ, a które to dokumenty Zamawiający złożył dopiero w toku rozprawy. Izba wskazuje, iż zarówno protokół ze spotkania komisji przetargowej z dnia 22 stycznia 2020 r., umowa wykonawcza z dnia 15 grudnia 2014 r. zawarta pomiędzy Przystępującym a MURKRAK Sp. z o.o. sp. k. dotycząca realizacji zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa dworca kolejowego Wieliczka, harmonogram rzeczowo - finansowy do umowy z dnia 15 grudnia 2014 r. oraz do umowy z dnia 26 listopada 2015 r., jak również analiza własna Zamawiającego ww. dokumentów nie stanowiły załączników do protokołu postępowania. Zaniechanie Zamawiającego w ww. zakresie utrudniło Odwołującemu prześledzenie procesu decyzyjnego Zamawiającego w zakresie pozytywnej oceny zdolności podmiotowej Przystępującego. Powyższe uchybienie Zamawiającego pozostaje jednak w okolicznościach niniejszej sprawy bez wpływu na prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego, nie mając tym samym wpływu na wynik postępowania.

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie naruszył art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp wybierając ofertę wykonawcy Z. M. jako najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

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 3600 zł stanowiącej wynagrodzenie pełnomocnika na podstawie złożonej do akt faktury.

Przewodniczący: .....