Sygn. akt: KIO 325/22

WYROK

z dnia 23 lutego 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 21 lutego 2022 roku, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lutego 2022 roku przez wykonawcę Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka

komandytowa w Michałowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Narodowy Instytut Kardiologii Stefana Kardynała Wyszyńskiego - Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie

przy udziale wykonawcy EBS BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 r., poz. 1129 ze zm.) poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę EBS BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż została wybrana przez zamawiającego pomimo, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie złożył w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych, z których wynikałoby, że spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie zdolności ekonomicznej i

finansowej oraz zdolności technicznej i zawodowej w zakresie, w jakim wskazane w wykazie wykonanych robót przez wykonawcę EBS BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (wcześniej: Erekta Budownictwo Specjalistyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie) roboty budowlane były realizowane w konsorcjum z firmą Erekta Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, i nakazuje zamawiającemu - Narodowemu Instytutowi Kardiologii Stefana Kardynała Wyszyńskiego - Państwowemu Instytutowi Badawczemu w Warszawie - unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy EBS BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdz. 7 pkt 7.2. ppkt 1.1 oraz ppkt 2 lit. a specyfikacji warunków zamówienia, i dokonanie ponownej oceny ofert;

2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala;

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Narodowy Instytut Kardiologii Stefana Kardynała Wyszyńskiego - Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie oraz wykonawcę Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Michałowicach i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Michałowicach tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego - Narodowego Instytutu Kardiologii Stefana Kardynała Wyszyńskiego - Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie na rzecz wykonawcy Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Michałowicach kwotę 18 133 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sto trzydzieści trzy złote zero groszy), stanowiącą 2/3 kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzeń pełnomocników.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 325/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Narodowy Instytut Kardiologii Stefana Kardynała Wyszyńskiego - Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa parkingu wielopoziomowego na terenie Narodowego Instytutu Kardiologii w Warszawie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 7 lutego 2022 roku wykonawca Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Michałowicach (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności podjętych przez zamawiającego w ramach prowadzonego postępowania na budowę parkingu wielopoziomowego na terenie Narodowego Instytutu Kardiologii w Warszawie tj. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez EBS BUD Sp. z o.o., ul. Kostki Potockiego 2B/39, 02-958 Warszawa pomimo, że ww. wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie:

- zdolności ekonomicznej i finansowej;

- zdolności technicznej i zawodowej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy P.z.p. poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę EBS BUD Sp. z o.o., która nie jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż została wybrana przez zamawiającego, pomimo że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie złożył w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych, z których wynikałoby, że spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia - a co za tym idzie oferta tego wykonawcy podlega

odrzuceniu, ewentualnie wobec zaniechania wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Alternatywnie:

Gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała pierwszy z zarzutów za przedwczesny, odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. przez zaniechanie wezwania wykonawcy EBS BUD Spółka z o.o. do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący wniósł o:
1. uwzględnienie odwołania w całości;

2. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę EBS BUD Sp. z o.o.; nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy EBS BUD Spółka z o.o., ewentualnie w ramach zarzutu alternatywnego do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych;

3. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego proporcjonalnie do podniesionych zarzutów i idących za nimi żądań.

Odwołujący wskazał, że doszło do spełnienia przesłanek ujętych w treści art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p., tj. odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta jest ważna i skuteczna, nie podlega odrzuceniu. Na skutek niezgodnych z prawem czynności dokonanych przez zamawiającego odwołujący, który złożył prawidłową ofertę, został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, a następnie po dokonaniu przez zamawiającego żądanych czynności, odwołujący będzie miał szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia o udzielenie zamówienia.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2022 roku wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca EBC BUD Sp. z o.o. w Warszawie (dalej także: przystępujący). Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w rozdz. 7 s.w.z. ustalił m.in. następujące warunki udziału w postępowaniu:

7.2.1.1 s.w.z. - Zdolność techniczna lub zawodowa:

1) Wykonawca miał wykazać, że zrealizował co najmniej jedną robotę budowlaną, polegającą na budowie parkingu wielopoziomowego lub innego obiektu budowlanego w technologii konstrukcji żelbetowej, o wartości robót brutto nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł (dziesięć milionów złotych) - wykonaną nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem rodzaju, wartości, daty, miejsca i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie.

7.2. lit. a - Sytuacja ekonomiczna lub finansowa:

Wykonawca wykaże się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę minimum 5 000 000 mln zł (słownie: pięć milionów złotych).

W rozdz. 9 zamawiający zawarł wykaz podmiotowych środków dowodowych:

9.1. Wykonawca wraz z ofertą jest obowiązany złożyć następujące dokumenty:

1) Formularz ofertowy - Załącznik nr 1 do s.w.z.,

3) Jednolity europejski dokument zamówienia - Załącznik Nr 2 do s.w.z. aktualne na dzień składania ofert oświadczenie wykonawcy (w formie Jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia) stanowiące wstępne potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku odstaw wykluczenia,

5) Zobowiązanie podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów - Załącznik Nr 3 do s.w.z. (jeżeli dotyczy). Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Zgodnie z pkt. 9.2 s.w.z., zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia, następujących PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH:

1) w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu:

1.1 Wykaz robót budowlanych - Załącznik Nr 5 do SWZ

Wykaz robót zgodny ze wzorem stanowiącym załącznik do SWZ, spełniających wymagania określone w SWZ rozdz. 7, wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie z podaniem rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów inne od odpowiednie dokumenty.

1.3 Informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej. Informacja z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy na kwotę określoną w SWZ rozdz. 7. Informacja wydana w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem.

W dniu 22 grudnia 2021 r. przystępujący złożył wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywania zamówienia tj. zobowiązanie Przedsiębiorstwa Budowlano-Handlowego „Izolbud" Sp. z o.o. w Warszawie do udostępnienia środków finansowych do wysokości 1.200.000,00 zł. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów zostało wystawione 16 grudnia 2021 r.

W dniu 23 grudnia 2021 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego m.in. informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy na kwotę określoną w s.w.z. rozdz. 7. Informacja miała być wydana w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem. W odpowiedzi na wezwanie przystępujący przedłożył w wyznaczonym terminie następujące dokumenty:

a) zaświadczenie Santander Bank Polska S.A. z dnia 21 grudnia 2021 r., że EBS BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością posiada rachunek bieżący dodatkowy o

numerze 43 1090 1043 0000 0001 4157 8949 z saldem na moment generowania

zaświadczenia w wysokości 801.038,00 zł;

b) zaświadczenie Santander Bank Polska S.A. z dnia 23 grudnia 2021 r., że EBS BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością posiada rachunek bieżący podstawowy o numerze 22 1090 2590 0000 0001 3381 8182. Ponadto zaświadczenie zawiera informację, że na dzień 18 października 2021 r. saldo rachunku wynosiło 4.204.921,46 zł.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów z dnia 23 grudnia 2021 r. przystępujący przedłożył wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym wskazał 2 roboty budowlane mające potwierdzić, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia tj.:

a) budowę Centrum Rehabilitacji w Radomskim Szpitalu Specjalistycznym w

technologii konstrukcji żelbetowej w Radomiu. Przedmiotowa robota budowlana została wykonana przez konsorcjum: Erekta Budownictwo Specjalistyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz przez Erekta Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

b) przebudowę, nadbudowę i rozbudowę zespołu dawnych warsztatów na potrzeby Centrum Komiksu i Narracji Interaktywnej przy ul. Targowej 1/3 w Łodzi, w technologii konstrukcji żelbetowej. Robota budowlana została wykonana przez konsorcjum: Erekta Budownictwo Specjalistyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz przez Erekta Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Budynek Centrum Rehabilitacji Radomskiego Szpitala Specjalistycznego został zaprojektowany jako budynek siedmiokondygnacyjny: kondygnacja piwniczna i sześć

kondygnacji nadziemnych. Stropy zaprojektowano jako żelbetowe typu filigran, wsparte na żelbetowych ramach oraz na ścianach żelbetowych i murowanych.

W budynku Centrum Komiksu i Narracji Interaktywnej w Łodzi nowe stropy, wieńce, belki, schody itp. zostały zaprojektowane jako żelbetowe. Również część nowych słupów stalowych zamienione na żelbetowe. Pozostawiono większość murowanych ścian i stalowych słupów.

Stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności: specyfikacji warunków zamówienia, zobowiązania podmiotu trzeciego Izolbud Sp. z o.o. w Warszawie do udostępnienia środków finansowych z dnia 22 grudnia 2021 roku, wezwania zamawiającego do przedłożenia dokumentów podmiotowych z dnia 23 grudnia 2021 roku, zaświadczeń Santander Bank Polska SA z dnia 21 i 23 grudnia 2021 roku, wykazu robót budowlanych z dnia 23 grudnia 2021 roku, fragmentów projektów budowlanych przebudowy, nadbudowy i rozbudowy zespołu dawnych warsztatów na potrzeby „Centrum komiksu i narracji interaktywnej" w Łodzi przy ul Targowej 1/3 oraz przebudowy, rozbudowy i nadbudowy budynku szpitala, budowy budynku socjalno-biurowego, przebudowy podziemnego tunelu komunikacyjnego, budowy dróg wewnętrznych, placów oraz miejsc postojowych na potrzeby Centrum Rehabilitacji Radomskiego Szpitala Specjalistycznego im. dr. Tytusa Chałubińskiego przy ul. Adolfa Tochtermana 1/ Gabriela Narutowicza 20 w Radomiu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy P.z.p. poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę EBS BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż została wybrana przez zamawiającego pomimo, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie złożył w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych, z których wynikałoby, że spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej oraz zdolności technicznej i zawodowej w zakresie, w jakim wskazane w wykazie wykonanych robót przez wykonawcę EBS BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (wcześniej: Erekta Budownictwo Specjalistyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie) roboty budowlane były realizowane w konsorcjum z firmą Erekta Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Odnosząc się do zarzutów uwzględnionych przez Izbę, należy wskazać, co następuje.

Zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy P.z.p., przez warunki udziału w postępowaniu należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia,

wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W myśl art. 112 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Stosownie do ust. 2, warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;

2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;

3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;

4) zdolności technicznej lub zawodowej.

Innymi słowy pod pojęciem warunków udziału w postępowaniu należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenie należy do tzw. „warunków pozytywnych" rozumianych jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy dająca gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego.

Rolę i znaczenie warunków udziału w postępowaniu potwierdza w swoim orzecznictwie wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza. W uzasadnieniu do wyroku z dnia 19 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 978/11), wydanemu jeszcze pod rządami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843), lecz zachowującemu swą aktualność również pod rządami ustawy P.z.p., Izba wskazała, że „(...) ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym opisu oceny sposobu spełniania tych warunków jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu jak i sami zamawiający dokonując oceny spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określanej jako zasada „spełnia - nie spełnia"). W oczywisty sposób warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiających i wymagane przez nich dokumenty, wpływają na krąg wykonawców, który może się ubiegać o zamówienie - zawężając go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych wymaganie przepisu art. 22 ust. 4 wskazującego na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków z przedmiotem zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia, by te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz dokumenty żądane w tym celu muszą zostać w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny opisany przez zamawiających w dokumentach postępowania udostępnionych potencjalnym wykonawcom, gdyż z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy ich interpretowaniu należy stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiejkolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny ich spełniania przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu

Zamawiający ustalił w przedmiotowym postępowaniu wskazane wyżej warunki, w szczególności w zakresie zdolności technicznej i zawodowej oraz finansowej. Zgodnie z pkt

7.2. lit. a s.w.z. - Sytuacja ekonomiczna lub finansowa, wykonawca wykaże się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę minimum 5 000 000 mln zł (słownie: pięć milionów złotych).

Zgodnie z § 8 pkt 1 ust. 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415), w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie

nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem.

Przystępujący, w celu wykazania spełniania wskazanego wyżej warunku złożył dwa oświadczenia Santander Bank Polska S.A., z których wynika, że wykonawca posiada w tym banku dwa rachunki. Na jednym z nich w dniu 21 grudnia 2021 roku znajdowała się kwota 801.038,00 zł (dowód: zaświadczenie Santander Bank Polska SA z 21 grudnia 2021 roku), natomiast na drugim w dniu 18 października 2021 roku znajdowała się kwota 4.204.921,46 zł (dowód: zaświadczenie Santander Bank Polska SA z 23 grudnia 2021 roku).

W tym miejscu Izba ponownie podkreśla znaczenie warunków udziału w postępowaniu. Ich spełnienie przez wykonawcę oznacza, że daje on gwarancję należytego wykonania robót. Tym samym wykazywanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może być pozorne, a jakiekolwiek wątpliwości w tym zakresie winne być przez zamawiającego wyjaśnione na etapie składania ofert.

Określenie wymogu posiadania środków finansowych w kwocie 5 mln zł oznacza konieczność wykazania, że wykonawca posiada w danym momencie wymaganą kwotę. Złożenie dwóch zaświadczeń, z których wynika, że wykonawca na dwóch kontach w dwóch dość odległych od siebie datach posiadał środki, które po zsumowaniu spełniają wymóg w zakresie wymaganej kwoty, nie dowodzi, że przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu. Przyjęcie odmiennej interpretacji mogłoby doprowadzić do niekorzystnej z punktu widzenia interesu publicznego sytuacji, w której wykonawcy, poprzez operacje na rachunkach finansowych, wykazywaliby spełnianie określonego warunku jedynie pozornie.

Izba podziela stanowisko przystępującego wyrażone na rozprawie w dniu 21 lutego 2022 roku, iż przepisy dotyczące wykazywania warunków udziału w postępowaniu, w tym w szczególności przepisy rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych... nie zabraniają wykazywania posiadania środków finansowych za pomocą dwóch zaświadczeń oraz że zaświadczenia te nie muszą być wydane w tym samym dniu. Niemniej jednak, dokonując interpretacji wszystkich przepisów dotyczących warunków udziału w postępowaniu i dowodów na ich potwierdzenie, należy mieć na względzie cel, jaki przyświecał ustawodawcy uchwalającemu wskazane normy. Celem tym, jak już wyżej podkreślono, jest wybór wykonawcy, który spełnia wymogi w zakresie warunków udziału w postępowaniu i - tym samym - daje gwarancję należytego wykonania roboty. Osiągnięcia tego celu nie gwarantuje wykonawca, który wykazuje, że w różnych terminach posiadał środki łącznie wynoszące 5 mln zł. Sumowanie środków z różnych dat dla wykazania spełniania warunku w zakresie zdolności finansowej jest sprzeczne zarówno z wykładnią celowościową wskazanych wyżej przepisów, jak i z zasadami logiki życiowej i doświadczenia życiowego.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie zachodzą przesłanki, o których mowa w art.

128 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Wskazując na powyższe, Izba nakazała zamawiającemu wezwanie przystępującego do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia środków dowodowych, na podstawie których zamawiający będzie mógł ustalić, czy przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 7.2. lit. a.

Odnosząc się do zarzutu braku wykazania przez przystępującego spełniania warunku udziału w postępowaniu w przedmiocie zdolności technicznej i zawodowej w zakresie, w jakim wskazane w wykazie wykonanych robót przez wykonawcę EBS BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (wcześniej: Erekta Budownictwo Specjalistyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie) roboty budowlane były realizowane w konsorcjum z firmą Erekta Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Izba, na podstawie dokonanych ustaleń stwierdziła, że wykazane przez przystępującego roboty budowlane zostały przez niego wykonane w ramach konsorcjum z Erekta Budownictwo Sp. z o.o. w Warszawie (dowód: wykaz robót budowlanych z 23 grudnia 2021 roku).

Oceniając doświadczenie wykonawcy nabyte podczas realizacji zamówień w ramach

konsorcjum z innym podmiotem lub podmiotami, należy odwołać się do treści wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 maja 2017 roku w sprawie C-387/14 (Esaprojekt). Zgodnie z treścią motywów 60-64 wskazanego wyroku: W myśl orzecznictwa przytoczonego w pkt 47 niniejszego wyroku art. 48 ust. 3 omawianej dyrektywy przyznaje wykonawcom prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innego podmiotu, takiego jak grupa wykonawców, której był on członkiem, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że wykonawca ten będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tego podmiotu, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia. W tym kontekście zdobyte przez wykonawcę doświadczenie stanowi szczególnie istotne kryterium kwalifikacji podmiotowej tego wykonawcy, gdyż umożliwia instytucji zamawiającej sprawdzenie, zgodnie z art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18, predyspozycji kandydatów lub oferentów do realizacji danego zamówienia. Tym samym, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Jak bowiem słusznie podniósł rząd polski w uwagach na piśmie, wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału.

Z powyższego wynika, iż w sytuacji, w której wykonawca wykazuje doświadczenie nabyte podczas realizacji danego zamówienia w ramach konsorcjum, zamawiający jest obowiązany zbadać, czy wykonawca w ramach wykazanego zadania, wykonał taki jego zakres, który odpowiada warunkowi w zakresie posiadanego doświadczenia w postępowaniu bieżącym. Zamawiający w rozpoznawanej sprawie zaniechał takiego badania, w związku z czym Izba nakazała mu wezwanie przystępującego do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów w takim zakresie, by ustalenie rzeczywistego doświadczenia przystępującego nie budziło wątpliwości w świetle postawionego warunku.

Przystępujący na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 21 lutego 2022 roku złożył dwie umowy konsorcjum z dnia 20 czerwca 2017 roku oraz 6 września 2018 roku, zawarte pomiędzy przystępującym a podmiotem Erekta Budownictwo Sp. z o.o. w Warszawie, dotyczące ustaleń w zakresie realizacji wykazanych robót budowlanych. Izba jednakże odmówiła przeprowadzenia dowodu z przedłożonych umów. Podkreślenia wymaga, że to obowiązkiem zamawiającego było ustalenie doświadczenia przystępującego nabytego w ramach realizacji wykazanych robót, natomiast zadaniem Izby jest ocena, czy zamawiający dokonał tego w sposób prawidłowy. W związku z tym, iż zamawiający zaniechał oceny oferty przystępującego pod tym kątem, Izba stwierdza, że nie może w tym zakresie wyręczać zamawiającego.

Izba oddaliła zarzut odnoszący się do braku spełniania przez przystępującego warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej polegającej na zrealizowaniu co najmniej jednej roboty budowlanej, polegającej na budowie parkingu wielopoziomowego lub innego obiektu budowlanego w technologii konstrukcji żelbetowej, o wartości robót brutto nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł (dziesięć milionów złotych) - wykonanej nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.

Zarzut odwołania opierał się na stwierdzeniu, że obie roboty budowalne wykazane przez przystępującego w wykazie robót budowlanych nie zostały wykonane w konstrukcji żelbetowej.

Okolicznością ustaloną przez Izbę i w zasadzie bezsporną pomiędzy stronami i przystępującym był fakt, że konstrukcja budynków, których realizację wykazał przystępujący, zawierała elementy żelbetowe oraz murowane. Istota sporu dotyczyła zatem faktu, czy taka konstrukcja odpowiada wymogowi „konstrukcji żelbetowej".

Z ustaleń dokonanych przez Izbę wynika, że żaden z obowiązujących w Polsce przepisów prawnych nie zawiera definicji „konstrukcji żelbetowej". Definicji takiej dla potrzeb przedmiotowego postępowania nie sformułował również zamawiający w s.w.z. Żadna ze stron ani przystępujący nie wykazali, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy składali pytania co do tego, jak należy rozumieć zawarty w warunku udziału w postępowaniu wymóg wykonania obiektu budowlanego w technologii konstrukcji żelbetowej.

Tym samym brak jest podstaw do tego, by przyznać słuszność argumentacji odwołującego, który podnosił, że wymóg ten spełnia wyłącznie budynek, którego konstrukcja w całości wykonana jest w takiej technologii i nie zawiera żadnych elementów wykonanych w

innej technologii niż żelbetowa. Przystępujący złożył jako dowody w sprawie opinie ekspertów: K. W. z dnia 17 lutego 2022 roku oraz M. C. z dnia 17 lutego 2022 roku na okoliczność wykazania, że wykazane obiekty zostały wykonane w technologii konstrukcji żelbetowej (dowody: ekspertyzy K. W. z dnia 17 lutego 2022 roku, ekspertyza M. C. z dnia 17 lutego 2022 roku). Izba dopuściła te dokumenty jako dowody w sprawie. Izba wskazuje, że tego rodzaju opinie prywatne, złożona w postępowaniu odwoławczym, nie są opiniami biegłego. Jak wskazał Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 29 września 1956 r.: „Nie może być traktowana jako dowód w procesie opinia biegłego, choćby nim był stały biegły sądowy, sporządzona na piśmie na polecenie strony i złożona do akt sądowych" (sygn. akt: III CR 121/56). Niemniej jednak opinie te nie są w ogóle pozbawione znaczenia w postępowaniu odwoławczym. Stanowią one dowód z dokumentu prywatnego i podlegają ocenie stosownie do reguł oceny dowodów w postępowaniu przed Izbą.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 lutego 2011 r. stwierdził, że: „przedstawianie przez strony prywatnych opinii, do których stosuje się art. 253 k.p.c. jest zjawiskiem procesowym coraz częstszym. Niewątpliwie nie będąc dowodem z opinii biegłego (.) stanowią one, jak trafnie podniesiono w literaturze, element materiału procesowego i powinny być udostępnione stronie przeciwnej. Prywatne ekspertyzy opracowane na zlecenie stron przed wszczęciem procesu, czy w jego toku, są wyjaśnieniem, z uwzględnieniem wiadomości specjalnych, ich stanowiska (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 czerwca 1974 r. II CR 260/74 LexPolonica nr 322007).

Z przedłożonych ekspertyz wynika, że wskazane inwestycje przewidywały realizację wszystkich kluczowych elementów konstrukcyjnych z żelbetu i jako takie spełniają oczekiwania dotyczące wykonania obiektu budowlanego w technologii konstrukcji żelbetowej.

Wskazując na powyższe Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do uznania, że inwestycje wykazane przez przystępującego nie spełniły wymogu co do ich wykonania w technologii konstrukcji żelbetowej i oddaliła podniesiony w tym zakresie zarzut.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).