Sygn. akt KIO 1142/22

WYROK

z dnia 25 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2022 r. przez wykonawcę KWK Construction Deweloper spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy w postępowaniu prowadzonym przez Teatr Polski im. Hieronima Konieczki w Bydgoszczy z siedzibą w Bydgoszczy przy udziale wykonawcy Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w części, uznając za uzasadnione zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 1) lit. b) oraz art. 239 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, i nakazuje Teatr Polski im. Hieronima Konieczki w Bydgoszczy z siedzibą w Bydgoszczy unieważnienie czynności odrzucenia oferty KWK Construction Deweloper spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty KWK Construction Deweloper spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę KWK Construction Deweloper spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy w 1/3 oraz zamawiającego Teatr Polski im. Hieronima Konieczki w Bydgoszczy z siedzibą w Bydgoszczy w 2/3 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę KWK Construction Deweloper spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Teatr Polski im. Hieronima Konieczki w Bydgoszczy z siedzibą w Bydgoszczy na rzecz KWK Construction Deweloper spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy kwotę 13 334 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy trzysta trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu,

3.3 zasądza od Teatr Polski im. Hieronima Konieczki w Bydgoszczy z siedzibą w Bydgoszczy na rzecz KWK Construction Deweloper spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy kwotę 2400 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące czterysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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 1142/22

UZASADNIENIE

W dniu 4 maja 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy - KWK Construction Deweloper spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Bydgoszczy (dalej jako „Odwołujący") - na czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie oraz odrzucenia oferty Odwołującego, dokonane przez zamawiającego - Teatr Polski im. Hieronima Konieczki w Bydgoszczy z siedzibą w Bydgoszczy (dalej jako „Zamawiający") - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie, nadbudowie, rozbudowie Teatru Polskiego im. Hieronima Konieczki w Bydgoszczy Numer referencyjny: WZP.271.10.2021.E" (dalej jako „Postępowanie"), a także na zaniechanie dokonania w Postępowaniu „dalszego wezwania Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 4, PZP, bądź ostatecznie art. 128 ust. 1 PZP, do wyjaśnienia względnie uzupełnienia przedłożonej dokumentacji na okoliczność potwierdzenia spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej i spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej do wykonania zamówienia określonego w Rozdziale VIII pkt 3 ppkt 1 SWZ".

Odwołujący zarzucił naruszenie „art. 226 ust. 1 pkt 1) lit. b PZP w zw. z art. 128 ust. 1 PZP, w zw. z art. 16 ust. 1-3 PZP, w zw. z 17 ust. 1 pkt 2) oraz ust. 2 PZP, w zw. z 57 pkt 2) PZP, w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 PZP, w zw. z § 9 ust 1 pkt 1) 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) - dalej: Rozporządzenie - poprzez niezasadne przyjęcie, że Odwołujący nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji błędne odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1) lit. b PZP oferty Odwołującego, pomimo że w toku postępowania wykazane zostało spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, a co poskutkowało sprzecznym z prawem pozbawieniem Odwołującego prawa do uczestnictwa w postępowaniu oraz nieudzieleniem Odwołującemu przedmiotowego w tej sprawie zamówienia publicznego, pomimo tego, że jego oferta okazywać się powinna najkorzystniejsza".

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu „unieważnienie czynności wyboru oferty Budimex oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego".

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący"). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia

11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp") w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 4 sierpnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 149-395541.

W rozdziale VIII pkt 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ") Zamawiający określił, że „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie: 1) sytuacji ekonomicznej lub finansowej, 2) zdolności technicznej lub zawodowej", zaś w rozdziale VIII pkt 3 ppkt 1), iż „Wykonawca, składający ofertę musi wykazać, że posiada doświadczenie w postaci wykonania: co najmniej 2 zamówień polegających na budowie lub przebudowie lub remoncie: budynku użyteczności publicznej lub budynku mieszkalnego wielorodzinnego lub budynku zamieszkania zbiorowego, których łączna powierzchnia użytkowa (tych zamówień) jest nie mniejszej niż 4 000 m2. Przedmiotowe zamówienia winny zostać ukończone w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert".

W rozdziale X pkt 5 ppkt 2) lit. a) SWZ określono, że „Podmiotowe środki dowodowe żądane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (składane na wezwanie zamawiającego): W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający żąda złożenia wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty. Wzór wykazu zostanie przesłany wraz z wezwaniem do jego złożenia".

W rozdziale XVII pkt 1 SWZ Zamawiający określił, iż „ustala następujące kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej: 1) Kryterium „cena" - C: znaczenie - 50%. 2) Kryterium „termin realizacji" - T: znaczenie - 30 %. 3) Kryterium „okres odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady" - R: znaczenie - 20 %.".

W Postępowaniu oferty złożyli między innymi Odwołujący i Przystępujący. Cena oferty Odwołującego wynosiła 39.870.000 złotych, zaś cena oferty Przystępującego 42.594.806,52 złotych. W zakresie kryteriów oceny ofert „termin realizacji" oraz „okres odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady" pomiędzy ofertami Odwołującego i Przystępującego nie było różnic.

Pismem datowanym na 10 stycznia 2022 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia aktualnego na dzień złożenia „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, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty".

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący złożył wykaz wykonanych robót budowlanych o treści:



| L.p. | Rodzaj robót budowlanych, oraz miejsce wykonania tych robót | Wartość wykonanych robót budowlanych | Data wykonania robót budowlanych | Odbiorca robót budowlanych (Zamawiający) |
|---|---|---|---|---|
| 1 | 2 | 3 | 4 | 5 |
| 1 | Projekt i budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego. Powierzchnia użytkowa 14 004,89 m2 | 70 357 840,25 zł brutto | od 01.02.2016 do 2020 | KWK River Tower Sp. z o.o. |
| 2 | Budowa budynku usługowo-biurowego. Powierzchnia użytkowa 2 516 m2 | 8 027 800,00 zł brutto | Od 07.03.2018 Do 25.09.2019 | KWK Construction Deweloper Sp. z o.o. |

", do którego załączone było pismo zatytułowane „Referencje" (dalej jako „Referencje") o treści „KWK River Tower Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy poświadcza, iż firma KWK Construction Sp. z o.o. wykonała na nasze zlecenie wielobranżowy projekt i budowę budynku mieszkalnego wielorodzinnego z usługami w parterze z wbudowanym parkingiem wielostanowiskowym oraz garażami indywidualnymi w River Tower w Bydgoszczy przy ul. Toruńskiej 57B. W skład zadania wchodziły m.in. roboty ziemne, palowanie, roboty konstrukcyjne monolityczne z zastosowaniem prefabrykatów żelbetowych sprężonych, elewacyjne wraz z docieplenie oraz roboty obejmujące wykonanie: instalacji c.o. wraz ogrzewaniem podłogowym o powierzchni 6 128 $m^2$ , instalacji elektrycznej, wentylacji mechanicznej i klimatyzacji, instalacji wod.-kan. oraz prac ogólnobudowlanych, wykonane w obiekcie kubaturowym o kubaturze 42 777 $m^3$ i powierzchni użytkowej 14 004,89 $m^2$. Wartość robót wynosiła 70 357 840,25 zł brutto (słownie: siedemdziesiąt milionów trzysta pięćdziesiąt siedem tysięcy osiemset czterdzieści złotych 25/100) Budynek został zrealizowany w latach 2016 - 2020 Prace objęte umową wykonano w terminie, na wysokim poziomie technicznym, zgodnie ze sztuką budowlaną, harmonogramem prac z pełnym poszanowaniem norm i zasad wiedzy technicznej oraz z obowiązującymi warunkami umowy czyli należycie i terminowo. Firma KWK Construction Sp. z o.o. cechuje się dobrą organizacją robót i placu budowy. Dlatego możemy zarekomendować firmę jako terminowego i rzetelnego Wykonawcę".

Pismem datowanym na 10 marca 2022 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do

„wyjaśnienia treści podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia określonego w Rozdziale VIII pkt 3 ppkt 1 swz., tj. wykazu zrealizowanych zamówień oraz referencji w następującym zakresie:

- jaki był przedmiot umowy zawartej pomiędzy podmiotem wystawiającym referencje a podmiotem, na którego doświadczenie powołuje się wykonawca w celu wykazania

spełniania warunku udziału w postępowaniu,

- jaka jest faktyczna data wykonania robót, o których mowa w pozycji nr 1 „Wykazu wykonanych robót budowlanych" tj. „Projekt i budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego o powierzchni użytkowej 14 004,89 m2 o wartości 70 357 840,25 zł brutto, data wykonania robót budowlanych od 01.02.2016 do 2020" w rozumieniu art. 56 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo Budowlane (Dz.U. z 2021 r. poz. 2351 późn. zm.)

- czy zamówienie którego dotyczą wykaz i referencje zostało wykonane w całości, zgodnie z obowiązującymi normami, przepisami prawa i w terminie,

- jeżeli w realizacji zamówienia wskazanego w pozycji nr 1 wykazu doszło do przekroczenia pierwotnie ustalonego terminu realizacji, proszę wskazać przyczyny i ewentualne skutki

w postaci np. kar umownych".

W dniu 15 marca 2022 roku Odwołujący udzielił odpowiedzi na ww. wezwanie, wskazując, że „wyjaśnia treść podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego doświadczenia określonego w Rozdziale VIII pkt 3 ppkt 1 swz., tj. wykazu zrealizowanych zamówień oraz referencji, a w wykonaniu czego informuje i oświadcza, co następuje:

- przedmiotem umowy zawartej pomiędzy podmiotem wystawiającym referencję, a podmiotem, na którego doświadczenie powołuje się wykonawca w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, było: generalne wykonawstwo zadania inwestycyjnego polegającego na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego z usługami, parkingiem wbudowanym, infrastrukturą techniczną i elementami zagospodarowania na terenie działki 8/4, obręb 179 przy ulicy Toruńskiej 57B. PN. „River Tower", zgodnie z załączonym projektem i zasadami wiedzy technicznej. W zadaniach Wykonawcy nie było przy tym uzyskanie pozwolenia na użytkowanie obiektu, którego pozyskanie stanowiło obowiązek własny Inwestora.

- faktyczną datą wykonania robót, o których mowa w pozycji nr 1 „Wykazu wykonanych robót budowlanych" tj. „Projekt i budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego o powierzchni użytkowej 14 004,89 m2 o wartości 70 357 840,25 zł brutto, data wykonania robót budowlanych od 01.02.2016 do 2020" w rozumieniu art. 56 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo Budowlane (Dz.U. z 2021 r. poz. 2351 późn. zm.) jest dzień: 30.04.2020r.

- Zamówienie, którego dotyczy wykaz i referencje zostało wykonane w całości, zgodnie z obowiązującymi normami oraz przepisami prawa oraz w terminie umownym - zgodnie z zawartymi przez strony aneksami terminowymi.

- Inwestor nie był uprawniony do naliczenia Wykonawcy kar umownych oraz ich nie naliczył, albowiem wydłużenie terminu realizacji i zawarcie stosownych aneksów w tym zakresie wynikało z przyczyn lezących wyłączenie po jego stronie".

Wraz z ww. odpowiedzią Odwołujący złożył oświadczenie KWK River Tower sp. z o.o. z dnia 14 marca 2022 r. o treści „Odpowiadając na Państwa zapytanie, KWK River Tower sp. z o.o. w Bydgoszczy zaświadcza i potwierdza, co następuje:

- Umowa o generalne wykonawstwo budynku mieszkalnego wielorodzinnego z usługami, parkingiem wbudowanym, infrastrukturą techniczną i elementami zagospodarowania terenu zawarta pomiędzy KWK River Tower sp. z o.o. w Bydgoszczy (jako Inwestorem), a KWK Construction sp. z o.o. w Bydgoszczy (jako Wykonawcą) została wykonana w całości oraz należycie. KWK River Tower nie zgłasza w tym zakresie żadnych

zastrzeżeń, co do ich ilości, co jakości. Obecna eksploatacja zrealizowanego na tej podstawie obiektu nie daje podstaw do zgłaszania jakichkolwiek wad istotnych, czy też usterek uniemożliwiających, bądź nawet ograniczających możliwość korzystania z budynku zgodnie z jego gospodarczym przeznaczeniem.

- Zakresem obowiązków umownych Wykonawcy objęto zaprojektowanie budynku River Tower przy ul. Toruńskiej w Bydgoszczy, a następnie jego wybudowanie w formule generalnego, kompleksowego wykonawstwa siłami własnymi, bądź za pomocą podwykonawców. Tym samym cała wartość zadania stanowiła zakres robót do wykonania przez Wykonawcę.

- Umowa została faktycznie wykonana w dn. 30.04.2020 roku, kiedy to nastąpiło oddanie robót KWK River Tower sp. z o.o. oraz ich odbiór. Ujawnione w okresie następnym drobne usterki, zostały przez Wykonawcę sprawnie oraz terminowo usunięte.

- Czynności związane z uzyskaniem przez KWK River Tower sp. z o.o. pozwolenia na użytkowanie zostały skutecznie przeprowadzone, a powstałe w ich toku zagadnienia techniczne związane min. ze spełnieniem przez obiekt wymogów p. poż. wynikały z nieścisłych założeń projektowych, które jednak same w sobie zostały przez Wykonawcę wykonane należycie i jako takie nie obciążają go w jakimkolwiek stopniu.

- Umowa została przez Wykonawcę zrealizowana terminowo- w czasie zgodnym z przyjętymi przez strony aneksami terminowymi. Zawarcie tychże aneksów nie nastąpiło jednak z przyczyn zależnych, czy też jakkolwiek obciążających Wykonawcę, a wynikały z przyczyn zależnych od KWK River Tower sp. z o.o. polegających na wstrzymania płynnego finansowania realizacji inwestycji przez inwestora zastępczego (Bank finansujący).

- Wykonawca nie został przez Inwestora obciążony jakimikolwiek karami umownymi, albowiem nie zaszły w okolicznościach sprawy jakiekolwiek podstawy faktyczne oraz prawne mogące takie działanie uzasadniać".

W dniu 30 marca 2022 roku Zamawiający wezwał Odwołującego „do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej do wykonania zamówienia określonego w Rozdziale VIII pkt 3 ppkt 1 swz", wskazując, że „inwestycja przedmiotem, której było

wykonawstwo budynku mieszkalnego wielorodzinnego o nazwie River Tower z usługami, parkingiem wbudowanym, infrastrukturą techniczną i elementami zagospodarowania terenu w ocenie Zamawiającego nie może być uznana za zamówienie potwierdzające zdolność techniczną Wykonawcy do wykonania zamówienia. Z wykazu wykonanych robót budowlanych wynika, iż ww. inwestycja rozpoczęła się w dniu 1 lutego 2016 r., natomiast została ukończona w bliżej nieokreślonej dacie w 2020 r. W odpowiedzi na wezwanie

Zamawiającego, Wykonawca wyjaśnił, iż powyższa inwestycja została ukończona w dniu 30 kwietnia 2020 r. Wykonawca potwierdził także, iż przez ukończenie inwestycji ma na myśli zakończenie inwestycji w rozumieniu art. 56 ustawy Prawo budowlane, zatem zakończenie inwestycji skutkujące zamiarem przystąpienia do użytkowania oraz powodujące obowiązek zawiadomienia Państwowej Inspekcji Sanitarnej oraz Państwowej Straży Pożarnej o zakończeniu budowy. Z treści posiadanej przez Zamawiającego dokumentacji wynika natomiast, iż KWK River Tower Sp. z o.o. zawiadamiała Państwową Straż Pożarną o zakończeniu przedmiotowej inwestycji również po dacie 30 kwietnia 2020 r., bowiem zawiadomienia dokonano także w dniach 30 kwietnia 2021 r. oraz 7 sierpnia 2021 r. Tym samym stwierdzenie, iż przedmiotowa inwestycja, na którą powołuje się Wykonawca została ukończona w dniu 30 kwietnia 2020 r. nie znajduje odzwierciedlenia w posiadanym przez Zamawiającego materiale dowodowym. Należy podkreślić, iż aby inwestycja mogła stanowić podstawę do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu powinna zostać ukończona w całości. Niewystarczającym jest zatem częściowe ukończenie inwestycji, choćby powierzchnia tej części inwestycji przekraczała żądany przez Zamawiającego metraż określony w warunku SWZ. Jedynie inwestycja ukończona w całości może potwierdzać zdolność techniczną Wykonawcy. Mając powyższe na uwadze przedmiotowa inwestycja nie może zostać uznana za potwierdzającą spełnianie warunku udziału w postępowaniu i konieczne jest uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu".

W dniu 14 kwietnia 2022 roku Odwołujący przekazał Zamawiającemu pismo o treści „W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dn. 30.03.2022r., KWK Construction Deweloper sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, niniejszym: • Po raz kolejny wyjaśnia treść podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego doświadczenia określonego w Rozdziale VIII pkt 3 ppkt 1 swz., tj. wykazu zrealizowanych zamówień oraz referencji, a w wykonaniu czego raz jeszcze informuje, podkreśla i oświadcza, że przedmiotem umowy zawartej pomiędzy podmiotem wystawiającym referencję (KWK River Tower sp. z o. o. w Bydgoszczy), a podmiotem, na którego doświadczenie powołuje się wykonawca w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu (KWK Construction sp. z o.o. w Bydgoszczy), było zaprojektowanie oraz budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego z usługami, parkingiem wbudowanym, infrastrukturą techniczną i elementami zagospodarowania na terenie działki 8/4, obręb 179 przy ulicy Toruńskiej 57B. PN. „River Tower", zgodnie z załączonym projektem i zasadami wiedzy technicznej. KWK Construction sp. z o.o. w Bydgoszczy nie była w ramach ww. zadania odpowiedzialna za przeprowadzenie procedury związanej z uzyskiwaniem pozwolenia na użytkowanie obiektu River Tower, a jedynie zakresem jej obowiązków objęte zostały roboty budowlane polegające na jego wybudowaniu zgodnie z projektem. Powyższe świadczenie zostało przez KWK Construction sp. z o.o. w Bydgoszczy zrealizowane w całości, terminowo oraz należycie, co potwierdza przedłożona do tej sprawy referencja oraz późniejsze oświadczenie Inwestora - KWK River Tower sp. z o.o. w Bydgoszczy. Odbiór ww. robót budowlanych nastąpił 30.04.2020, kończąc umowne zaangażowanie tego Wykonawcy na budowie (nie licząc obowiązków wynikających rękojmi oraz udzielonej gwarancji). Tym samym bez znaczenia jest w kontekście przedłożonych przez Wykonawcę referencji okoliczność, ze poszczególne, dalsze czynności związane z zawiadomieniem właściwych organów o zakończeniu budowy, a następnie uzyskiwanie od nich stanowiska w sprawie zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym (do czego Inwestor był już zobowiązany we własnym zakresie) zostało wszczęte oraz przeprowadzone w tym, czy innym czasie (późniejszym). Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za ewentualne opóźnienia Inwestora w zakresie podejmowania określonych, wymaganych prawem czynności formalnych związanych z uzyskiwaniem pozwolenia na użytkowanie. Tym samym niezrozumiałe jest stanowisko Zamawiającego, który kwestionuje fakt posiadania przez KWK Construction sp. z o.o. w Bydgoszczy doświadczenia, o którym mowa w pkt. VIII.3.1) SWZ".

Zamawiający w dniu 15 kwietnia 2022 r. opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, w której wskazano, że „ jako najkorzystniejszą wybrano ofertę nr 1 złożoną przez: BUDIMEX S.A. ul. Siedmiogrodzka 9,01-204 Warszawa" oraz że odrzucono „Ofertę nr 3 - KWK CONSTRUCTION DEWELOPER Sp. z o.o., ul. Fordońska 40, 85-719 Bydgoszcz - na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. b uPzp., tj. Wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający, działając zgodnie z dyspozycją art. 128 ust. 4 uPzp - pismem z dnia 10.03.2022 r. wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia

podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia określonego w Rozdziale VIII pkt 3 ppkt 1 swz, tj. wykazu zrealizowanych zamówień oraz referencji w zakresie inwestycji przedmiotem której, było wykonanie budynku mieszkalnego wielorodzinnego o nazwie River Tower z usługami, parkingiem wbudowanym, infrastrukturą techniczną i elementami zagospodarowania terenu. Wykonawca w odpowiedzi wyjaśnił, iż przez ukończenie inwestycji, które nastąpiło w dniu 30 kwietnia 2020r. ma na myśli zakończenie inwestycji w rozumieniu art. 56 ustawy Prawo budowlane, a zatem zakończenie inwestycji skutkujące zamiarem przystąpienia do użytkowania oraz powodujące obowiązek zawiadomienia Państwowej Inspekcji Sanitarnej oraz Państwowej Straży Pożarnej o zakończeniu budowy. Z treści posiadanej przez Zamawiającego dokumentacji wynika natomiast, iż KWK River Tower Sp. z o.o. zawiadamiała Państwową Straż Pożarną o zakończeniu przedmiotowej inwestycji również po dacie 30 kwietnia 2020 r., tym samym stwierdzenie, iż przedmiotowa inwestycja, na którą powołuje się Wykonawca została prawidłowo ukończona w dniu 30 kwietnia 2020r. nie znajduje odzwierciedlenia. Ażeby inwestycja mogła stanowić podstawę do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu powinna zostać ukończona w całości, bowiem jedynie kompleksowe ukończenie może potwierdzać zdolność techniczną Wykonawcy. Mając powyższe na uwadze, przedmiotowa inwestycja nie została uznana za wystarczającą dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji Zamawiający, działając zgodnie z dyspozycją art. 128 ust. 1 uPzp - pismem z dnia 30.03.2022r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca w odpowiedzi z dnia 04.04.2022r. odniósł się do wcześniej udzielonych wyjaśnień i potwierdził tam opisany stan faktyczny - nie dokonując jednocześnie uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych do których został wezwany, tym samym Wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu".

Pismem datowanym na 21 kwietnia 2020 roku zatytułowanym „Stanowisko w zakresie ochrony przeciwpożarowej w sprawie zgodności wykonania obiektu z projektem budowlanym" Komendant Miejski Państwowej Straży Pożarnej w Bydgoszczy wniósł uwagi w sprawie uzyskania pozwolenia na użytkowanie budynku mieszkalnego wielorodzinnego z usługami i wbudowanym parkingiem wraz z instalacjami wewnętrznymi i zewnętrznymi oraz zagospodarowaniem terenu na działkach nr 1/1, 2/3, 2/4, 8/2, 8/4, 8/5, 8/6, 8/7, 8/8, obr. 174 przy ul. Toruńskiej 57B w Bydgoszczy. W piśmie tym wskazano, że uwagi wniesione zostały „w związku z art. 56 ust. 1 pkt. 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane" oraz że zawiadomienie o zakończeniu budowy ww. budynku i zamiarze przystąpienia do jego użytkowania dokonane zostało 7 kwietnia 2020 roku, a czynności kontrolno - rozpoznawcze, w wyniku których wniesione przedmiotowe uwagi, przeprowadzono w dniu 16 kwietnia 2020 r.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania oraz złożonym na rozprawie piśmie Komendanta Miejskiego Państwowej Straży Pożarnej w Bydgoszczy datowanym na 21 kwietnia 2020 roku zatytułowanym „Stanowisko w zakresie ochrony przeciwpożarowej w sprawie zgodności wykonania obiektu z projektem budowlanym".

Izba pominęła pozostałe dokumenty złożone w postępowaniu odwoławczym, gdyż nie miały one znaczenia dla ustalenia faktów mających znaczenie dla rozstrzygnięcia

sprawy.

Załączone do odwołania dokumenty zatytułowane „Protokół końcowy odbioru obiektu" oraz „Protokół odbioru usterek do protokołu końcowego z dnia 16.04.2020r." nie były zawarte w dokumentacji Postępowania, a tym samym jako dokumenty nieznane

Zamawiającemu na etapie oceny oferty Odwołującego oraz dokonywania czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej w ocenie Izby nie mogły być brane pod uwagę przy ocenie prawidłowości uznania przez Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji czynności i zaniechania, na które wniesione zostało odwołanie.

Z kolei pisma Komendanta Miejskiego Państwowej Straży Pożarnej w Bydgoszczy datowane na 21 sierpnia 2020 roku, 16 kwietnia 2021 roku, 14 maja 2021 roku i 26 lutego 2021 roku oraz Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla Miasta Bydgoszczy datowane na 19 maja 2020 roku, 27 sierpnia 2020 roku, 1 czerwca 2021 roku, 23 listopada

2021 roku i 20 maja 2022 roku mogły służyć ustaleniu okoliczności dotyczących należytego wykonania robót budowlanych wymienionych w złożonym przez Odwołującego

w Postępowaniu wykazie wykonanych robót budowlanych w wierszu oznaczonym l.p. 1 - budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego położonego przy ul. Toruńskiej 57B w Bydgoszczy (dalej jako „Zamówienie"), których Izba nie brała pod uwagę, co w konsekwencji czyniło bezprzedmiotowym czynienie ustaleń i rozważań w tym zakresie; na ich podstawie możliwe było również ustalenie, że po 30 kwietnia 2020 roku były składane zawiadomienia o zakończeniu budowy ww. budynku i zamiarze przystąpienia do jego użytkowania - co było okolicznością bezsporną.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej w świetle art. 505 ust. 1 Pzp oraz że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 528 Pzp, w szczególności że odwołanie nie zostało wniesione po upływie terminu określonego w Pzp. Zostało ono wniesione na czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej, informację o których Zamawiający przekazał 15 kwietnia 2022 roku. Termin na wniesienie odwołania na te czynności zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) Pzp upływał 25 kwietnia

2022 roku, w którym to dniu odwołanie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie zostało wniesione również na zaniechanie dokonania czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnienia albo uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. W ocenie Izby Odwołujący mógł powziąć wiadomość, że nie zostanie wezwany do wyjaśnienia albo uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej także z dniem przekazania informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej, co nastąpiło 15 kwietnia 2022 roku, a zatem termin na wniesienie odwołania na przedmiotowe zaniechanie zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1) Pzp także upływał 25 kwietnia 2022 roku.

Mając na uwadze treść odwołania wniesionego w niniejszym postępowaniu odwoławczym, w szczególności wskazane czynności i zaniechanie Zamawiającego, którym Odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami Pzp, określenie przepisów, których naruszenie zostało zarzucone, a także wskazane okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania, które stanowią zarzut w rozumieniu art. 555 Pzp, Izba przyjęła, że w odwołaniu przedstawiono trzy zarzuty:

a) naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty

Odwołującego,

b) naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w odniesieniu do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

c) naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 Pzp w odniesieniu do zaniechania dokonania czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnienia albo uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 Pzp konieczne jest przy tym wskazanie, że w odwołaniu zarzucono naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 1) lit. b) Pzp, zaś w Pzp takiego przepisu nie ma. Zważywszy jednak na wskazane przez Odwołującego okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania w odniesieniu do czynności odrzucenia jego oferty jako złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, jak również, iż Izba nie jest związana wskazaniem przepisu, którego naruszenie jest zarzucane, należało przyjąć, że powołanie art. 226 ust. 1 pkt 1) lit. b) Pzp stanowiło powielenie błędu Zamawiającego, który w opublikowanej w dniu 15 kwietnia 2022 r. informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej jako podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego wskazał taki przepis - zaś w rzeczywistości zarzut dotyczył naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp.

Jednocześnie, w ocenie Izby, pomimo powołania w ww. odwołaniu art. 128 ust. 1 Pzp, art. 16 ust. 1-3 Pzp, art. 17 ust. 1 pkt 2) oraz ust. 2 Pzp, art. 57 pkt 2) Pzp, oraz § 9 ust 1 pkt 1) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r., nie sposób było przyjąć, że w ww. odwołaniu zostały przedstawione zarzuty naruszenia tych przepisów, gdyż jego treść nie pozwala na określenie, na czym miałoby polegać ich naruszenie; przepisy te nie stanowiły

przy tym podstawy prawnej czynności Zamawiającego, na które wniesiono rzeczone odwołanie.

Po zapoznaniu się z argumentacją Stron i Przystępującego, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawionymi w trakcie rozprawy w dniu 23 maja 2022 r. Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp, zgodnie z którym „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu".

Wskazać należy, że zasadność czynności odrzucenia oferty podlega ocenie Izby w postępowaniu odwoławczym wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadnienie prawne i faktyczne odrzucenia oferty (por. np. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 16 listopada 2018 r., wydany w postępowaniu o sygn. akt KIO 2224/18, czy z dnia 16 grudnia 2021 r., wydany w postępowaniu o sygn. akt KIO 3508/21). W konsekwencji nie mogą być brane pod uwagę okoliczności, które nie zostały przedstawione w opublikowanej w dniu 15 kwietnia 2022 r. informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a zostały powołane dopiero w postępowaniu odwoławczym. W szczególności dotyczy to kwestii dotyczących należytego wykonania Zamówienia oraz dotyczących tego, iż Referencje zostały podpisane przez osobę będącą prezesem zarządu Odwołującego - tym samym nie były one rozważane przez Izbę.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego w Postępowaniu na skutek przyjęcia, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale VIII pkt 3 ppkt 1) SWZ. Mając na uwadze treść ww. informacji Izba uznała przy tym, że podstawą (uzasadnieniem faktycznym) przyjęcia, że Odwołujący nie wykazał spełnienia ww. warunku, były dwie okoliczności:

1) że „KWK River Tower Sp. z o.o. zawiadamiała Państwową Straż Pożarną o zakończeniu" inwestycji „przedmiotem której, było wykonanie budynku mieszkalnego wielorodzinnego o nazwie River Tower z usługami, parkingiem wbudowanym, infrastrukturą techniczną i elementami zagospodarowania terenu" „również po dacie 30 kwietnia 2020 r., a tym samym inwestycja ta nie zostało prawidłowo ukończona w dniu 30 kwietnia 2020 r.,

2) że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie z 30 marca 2022 roku „odniósł się do wcześniej udzielonych wyjaśnień i potwierdził tam opisany stan faktyczny", a nie dokonał uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Oceniając prawidłowość czynności odrzucenia oferty Odwołującego w świetle treści SWZ oraz podanego w ww. informacji uzasadnienia prawnego i faktycznego Izba uznała stanowisko Zamawiającego za nieprawidłowe.

Okoliczność, że w odpowiedzi na wezwanie „do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej do wykonania zamówienia określonego w Rozdziale VIII pkt 3 ppkt 1 swz" z 30 marca 2022 roku Odwołujący „odniósł się do wcześniej udzielonych wyjaśnień i potwierdził tam opisany stan faktyczny", a nie dokonał uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych nie uzasadniała przyjęcia, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII pkt 3 ppkt 1) SWZ.

W ocenie Izby wymaga wskazania, że w Pzp odrębnie uregulowano obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli została ona złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu - w art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp, a odrębnie, jeżeli została ona złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu - w art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) Pzp. Ten ostatni przepis nie stanowił podstawy prawnej czynności odrzucenia oferty Odwołującego w Postępowaniu, wobec czego należało uznać, że Zamawiający nie kwestionował, że Odwołujący złożył podmiotowe środki dowodowe, które zobowiązany był złożyć, oraz że odrzucenie oferty Odwołującego było skutkiem oceny tych środków.

Nie ulega wątpliwości, że podmiotowymi środkami dowodowymi, które miały być

złożone w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII pkt 3 ppkt 1) SWZ, były środki określone w rozdziale X pkt 5 ppkt 2) lit. a) SWZ - wykaz robót budowlanych oraz dowody określające czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie (czyli referencje bądź inne dokumenty). W sytuacji, gdy - co bezsporne- Odwołujący złożył (przed otrzymaniem ww. wezwania) zarówno wykaz wykonanych robót budowlanych, jak i dowody określające czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie (w tym Referencje), nie dokonanie uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na ww. wezwanie nie stało na przeszkodzie dokonaniu oceny, czy Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII pkt 3 ppkt 1) SWZ, a tym samym odrzucenie oferty Odwołującego z tego powodu należy uznać za nieprawidłowe.

Izba nie podzieliła przy tym stanowiska, że w sytuacji, w której w ww. wezwaniu Zamawiający wskazał, iż „inwestycja przedmiotem, której było wykonawstwo budynku mieszkalnego wielorodzinnego o nazwie River Tower z usługami, parkingiem wbudowanym, infrastrukturą techniczną i elementami zagospodarowania terenu w ocenie Zamawiającego nie może być uznana za zamówienie potwierdzające zdolność techniczną Wykonawcy do wykonania zamówienia. (...) Należy podkreślić, iż aby inwestycja mogła stanowić podstawę do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu powinna zostać ukończona w całości. Niewystarczającym jest zatem częściowe ukończenie inwestycji, choćby powierzchnia tej części inwestycji przekraczała żądany przez Zamawiającego metraż określony w warunku SWZ. Jedynie inwestycja ukończona w całości może potwierdzać zdolność techniczną Wykonawcy. Mając powyższe na uwadze przedmiotowa inwestycja nie może zostać uznana za potwierdzającą spełnianie warunku udziału w postępowaniu i konieczne jest uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu”, a Odwołujący nie wniósł odwołania na czynność wezwanie go do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, wyrażona w tym wezwaniu ocena co do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII pkt 3 ppkt 1) SWZ jest „wiążąca” dla Odwołującego ani że Odwołujący powinien podnieść zarzuty dotyczące wyniku tej oceny w terminie 10 dni od dnia otrzymania tego wezwania, wobec czego ich przedstawienie w odwołaniu jest spóźnione, a jeżeli tego nie uczynił - zobowiązany był uzupełnić podmiotowe środki dowodowe. O ile oczywiście w przypadku gdyby odwołanie wniesione w dniu 4 maja 2022 r. było wniesione także na czynność wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z dnia 30 marca 2022 roku, zarzuty dotyczące tej czynności musiałyby być uznane za spóźnione, to zdaniem Izby nie ma podstaw do przyjęcia, że w sytuacji, gdy Odwołujący wniósł odwołanie na inną czynność - odrzucenia jego oferty - przepisy Pzp nie pozwalają na kwestionowanie okoliczności stanowiących uzasadnienie tej czynności, nawet jeżeli stanowiły one uzasadnienie wcześniejszej czynności Zamawiającego. Z przepisów Pzp nie wynika także, że czynność wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (którą Zamawiający może z własnej inicjatywy unieważnić), a tym bardziej jej uzasadnienie, są „wiążące” dla wykonawcy (czy dla zamawiającego) w takim sensie, że niewniesienie odwołania na tą czynność powoduje, że podmiotowe środki dowodowe złożone przed jej dokonaniem przestają mieć znaczenie, a ich złożenie staje się „niebyłe”, a zatem że Zamawiający nie dokonuje badania i oceny tychże środków.

Warunkiem udziału w Postępowaniu określonym w rozdziale VIII pkt 3 ppkt 1) SWZ było wykonanie co najmniej 2 zamówień polegających na budowie lub przebudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej lub budynku mieszkalnego wielorodzinnego lub budynku zamieszkania zbiorowego, których „łączna powierzchnia użytkowa (tych zamówień)” jest nie mniejsza niż 4 000 $m^2$ i które zostały ukończone w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert. Wydaje się nie ulegać wątpliwości, że użyte w tym postanowieniu sformułowanie „zamówienie” należy rozumieć jako „roboty budowlane”, zwłaszcza że w celu wykazania spełnienia określonego w nim warunku wykonawca miał złożyć wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym poszczególnych kolumnach było użyte sformułowanie „roboty budowlane”, a nie „zamówienie”.

Podzielając stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 września 2021 r., wydanym w postępowaniu o sygn. KIO 2264/21, iż „obowiązkiem zamawiającego jest ocena spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu ściśle według tego jaki warunek został ustanowiony. Tak zamawiający, jak i wykonawcy są związani ustanowionymi przez zamawiającego postanowieniami SWZ warunkami i wymogami”, Izba wskazuje, że w przypadku, gdy warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej jest wykonanie określonych robót budowlanych, a w celu wykazania spełniania tego warunku wykonawca zobowiązany jest złożyć wykaz tych robót, dla oceny, czy wykonawca wykazał spełnianie tego warunku istotne jest to, czy roboty budowlane wskazane w tym wykazie zostały faktycznie wykonane (oczywiście, jeżeli zamawiający żąda przedstawienia dowodów potwierdzających należyte wykonanie tych robót, wykonawca zobowiązany jest także złożyć zamawiającemu dowody na to).

Bezspornym jest, że na żądanie Zamawiającego Odwołujący złożył w Postępowaniu wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym wymienione zostały dwie roboty budowlane (dwa zamówienia) oraz że dokonując czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający nie kwestionował wykonania robót budowlanych wymienionych w tym wykazie w wierszu oznaczonym l.p. 2 (ani ich należytego wykonania) ani że łączna powierzchnia użytkowa wymienionych w tym wykazie robót budowlanych (zamówień)" jest nie mniejsza niż 4.000 $m^2$ ani należytego wykonania Zamówienia. W takiej sytuacji dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy w zakresie prawidłowości czynności odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na niewykazanie spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale VIII pkt 3 ppkt 1) SWZ miało więc znaczenie wyłącznie to, czy Zamówienie zostało wykonane i czy zostało ono ukończone w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Mając na uwadze treść powołanego w odwołaniu art. 647 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, zgodnie z którym „przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, podzielić należało stanowisko Odwołującego, że zgodnie z umową zawartą z podmiotem, na rzecz którego było wykonywane Zamówienie (KWK River Tower spółka z o.o.), w zakresie wykonywania Zamówienia świadczeniem wykonawcy miało być oddanie temu podmiotowi ww. budynku, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Okoliczności te nie były kwestionowane przez Zamawiającego ani Przystępującego. Rzecz jasna, świadczenie wykonawcy Zamówienia nie polegało wyłącznie na wykonaniu tej czynności, ale przede wszystkim wykonaniu budowy tego budynku. Określić więc należało, czy wykonawca Zamówienia wykonał budowę tego budynku i czy budowa ta została ukończona w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Bez znaczenia zaś w ocenie Izby dla oceny spełniania przez Odwołującego warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale VIII pkt 3 ppkt 1) SWZ było to, kiedy zostały dokonane czy ukończone czynności związane z wykonaniem budowy ww. budynku, które nie są dokonywane w wykonaniu świadczenia polegającego na budowie tego budynku, w szczególności okoliczność, kiedy Państwowa Straż Pożarna była zawiadamiana o zakończeniu „inwestycji przedmiotem której, było wykonanie budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego" położonego przy ul. Toruńskiej 57B w Bydgoszczy.

Art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, powołany w opublikowanej w dniu 15 kwietnia 2022 r. informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, stanowi, że „inwestor, w stosunku do którego nałożono obowiązek uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego, jest obowiązany zawiadomić, zgodnie z właściwością wynikającą z przepisów szczególnych, organy: (...) 2) Państwowej Inspekcji Sanitarnej (...) 4) Państwowej Straży Pożarnej - o zakończeniu budowy obiektu budowlanego i zamiarze przystąpienia do jego użytkowania. Organy zajmują stanowisko w sprawie zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym". Z użycia w tym przepisie sformułowania „inwestor jest obowiązany zawiadomić" wynika, że obowiązek zawiadomienia o zakończeniu budowy obiektu budowlanego i zamiarze przystąpienia do jego użytkowania powstaje, a więc i może być spełniony, z chwilą zakończenia tej budowy, a w konsekwencji, że czynność zawiadomienia o zakończeniu budowy obiektu budowlanego i zamiarze przystąpienia do jego użytkowania, jako czynność dokonywana po zakończeniu budowy, nie może być uznana za czynność dokonywaną w ramach jej wykonywania.

Ponadto należy zauważyć, że jak wynika ze złożonego w postępowaniu odwoławczym pisma Komendanta Miejskiego Państwowej Straży Pożarnej w Bydgoszczy datowanego na 21 kwietnia 2020 roku zatytułowanego „Stanowisko w zakresie ochrony przeciwpożarowej w sprawie zgodności wykonania obiektu z projektem budowlanym" zawiadomienie o zakończeniu budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego położonego przy ul. Toruńskiej 57B w Bydgoszczy i zamiarze przystąpienia do jego użytkowania dokonane zostało 7 kwietnia 2020 roku, a 21 kwietnia 2020 roku organ Państwowej Straży Pożarnej zajął stanowisko w sprawie zgodności wykonania ww. budynku z projektem budowlanym. Biorąc pod uwagę, iż niespornym było, że zawiadomienie o zakończeniu budowy ww. budynku było dokonywane po 30 kwietnia 2020 roku, stwierdzić należy, że czynność zawiadomienia o zakończeniu budowy ww. budynku była dokonywana wielokrotnie - zarówno przed, jak i po 30 kwietnia 2020 roku. W ocenie Izby czyni to niemożliwym dokonywanie nie budzących wątpliwości ustaleń co do terminu zakończenia ww. budowy.

Wobec powyższego ani ze względu na treść przepisu prawa, ani ze względu na okoliczności faktyczne sprawy, nie znajduje uzasadnienia wyciąganie wniosku co do terminu zakończenia budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego położonego przy ul. Toruńskiej 57B w Bydgoszczy z okoliczności, że zawiadomienie o zakończeniu ww. budowy było

dokonywane po 30 kwietnia 2020 roku. Nie powinna więc stanowić podstawy do przyjęcia, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale VIII pkt 3 ppkt 1) SWZ okoliczność, kiedy było dokonywane zawiadomienie o zakończeniu budowy ww. budynku i zamiarze przystąpienia do jego użytkowania, a tym bardziej okoliczność, kiedy było dokonywane zawiadomienie o zakończeniu „inwestycji przedmiotem której, było wykonanie budynku mieszkalnego wielorodzinnego o nazwie River Tower z usługami, parkingiem wbudowanym, infrastrukturą techniczną i elementami zagospodarowania terenu." Wobec treści ww. postanowienia SWZ relewantnymi okolicznościami są wyłącznie wykonanie i termin ukończenia robót budowlanych określonych w warunku udziału w Postępowaniu, a nie zakończenie „inwestycji", w ramach której roboty te były wykonywane.

W tym stanie rzeczy dokonaną przez Zamawiającego ocenę spełniania przez Odwołującego warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale VIII pkt 3 ppkt 1) SWZ należy uznać za nieprawidłową, a brak było podstaw do stwierdzenia ponad wszelką wątpliwość, że Zamówienie nie zostało wykonane ani że nie zostało ono ukończone w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a więc iż Odwołujący nie spełnia tego warunku udziału w Postępowaniu. Oferta Odwołującego powinna zatem podlegać badaniu i ocenie, przy czym przy czynnościach tych powinny być wzięte pod uwagę złożone przez Odwołującego w trakcie Postępowania wyjaśnienia i dowody potwierdzające wykonanie Zamówienia.

Odrzucenie oferty Odwołującego dokonane więc zostało z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp.

Konsekwencją uznania za zasadny zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp było również uznanie za zasadny zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 Pzp. W sytuacji, gdy Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego, a oferta Odwołującego powinna podlegać badaniu i ocenie, czynność wyboru oferty Przystępującego, jako dokonana przez prawidłowym zbadaniem i ocenieniem wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu, musi być uznana za dokonaną z naruszeniem ww. przepisów Pzp..

Zważywszy, że cena oferty Odwołującego jest niższa niż cena oferty Przystępującego, a w zakresie kryteriów oceny ofert „termin realizacji" oraz „okres odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady" oferty Odwołującego i Przystępującego nie różnią się, naruszenie przez Zamawiającego ww. przepisów Pzp mogło mieć istotny wpływ na wynik Postępowania, gdyż oferta Odwołującego może zostać uznana za najkorzystniejszą.

Powyższe uzasadniało uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Niezasadny natomiast był w ocenie Izby zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 Pzp. Podzielając stanowisko, że wezwanie do uzupełnienia czy wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych powinno być precyzyjne i kompletne, stwierdzić należy, że treść pisma z dnia 30 marca 2022 roku stanowiącego wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych spełniała te wymagania - jednoznacznie wskazano w nim, że Odwołujący ma uzupełnić podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej do wykonania zamówienia określonego w Rozdziale VIII pkt 3 ppkt 1 SWZ. Stanowisko to uzasadnia także treść pisma Odwołującego z dnia 14 kwietnia 2022 roku, stanowiącego odpowiedź na przedmiotowe wezwanie Zamawiającego. Wynika z niego, iż Odwołujący nie tylko wiedział, uzupełnienia jakich dokumentów oczekuje od niego Zamawiający, ale wręcz był w stanie przedstawić własne stanowisko co do konieczności (zasadności) ich złożenia.

W tym stanie rzeczy nie sposób uznać, że ww. wezwanie było ogólnikowe czy niezrozumiałe, a w konsekwencji - iż nie mogło ono „uzasadniać następczego odrzucenia oferty Odwołującego" oraz że Zamawiający zobowiązany był ponownie wezwać Odwołującego do uzupełnienia czy wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 2 pkt 2), § 5 pkt 1) i 2) lit b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1), ust. 3 i ust. 6

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego", stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 2 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 20.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) lit. b) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych". § 7 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części", zaś § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia, iż „w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i2, Izba rozdziela: 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw". Zgodnie z § 7 ust. 6 ww. rozporządzenia, „koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągla się w górę do pełnych złotych".

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczonej przez Odwołującego, tj. 20.000 złotych, zaś mając na uwadze treść § 5 pkt 2) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów Odwołującego mogły być zaliczone wyłącznie wynagrodzenie pełnomocnika do kwoty 3.600 złotych. Wobec powyższego do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono kwotę 3.600 złotych obejmującą wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego.

Zważywszy że Izba uwzględniła dwa zarzuty przedstawione w odwołaniu, a jeden oddaliła, koszty postępowania odwoławczego w zakresie wpisu rozdzielono stosunkowo - w proporcjach 2/3 Zamawiający i 1/3 Odwołujący, zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 2/3 kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania zaokrąglonej w górę do pełnych złotych; analogicznie rozdzielono koszty postępowania odwoławczego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika, zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 2/3 kwoty zaliczonej do kosztów postępowania z tego tytułu.

Przewodniczący:.....