

Sygn. akt: KIO 1657/23

WYROK
z dnia 26 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 23 czerwca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 czerwca 2023 r. przez **wykonawcę BUD-AN sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Rejonowy Zarząd Infrastruktury Bydgoszcz z siedzibą w Bydgoszczy** przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Electricron sp. z o.o. oraz API Smart sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę BUD-AN sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BUD-AN sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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 1657/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Rejonowy Zarząd Infrastruktury Bydgoszcz z siedzibą w Bydgoszczy - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2022 r., poz. 1710 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. *„Budowa strażnicy wojskowej straży pożarnej dla potrzeb WSP — JW 4392 Nowy Glinnik”- zadanie 11663, nr sprawy WIB/PN/3/R/1*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 stycznia 2023 r., za numerem 2023/S 020-057383.

W dniu 9 czerwca 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca BUD-AN sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Electricron sp. z o.o. oraz API Smart sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – dalej Przystępujący oraz zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c w zw. z 112 ust. 1 w zw. z art. 118 ust. 2, 3 i 4 w zw. z 128 ust. 1 ustawy pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo iż oferta została złożona przez podmiot niespełniający warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych, z których wynika potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz który nie wykazał realności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia;

2. art. 239 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo że złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert ustanowionych w postępowaniu.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Przystępującego.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że w ramach wyjaśnień SWZ z dnia 20 lutego 2023 r. Zamawiający ustanowił następującą treść warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia określonych w części IV ust. 2 pkt 2.3 ppkt 3 lit. a SWZ, gdzie konieczne było wykazanie się m.in. określoną powierzchnią użytkową, kubaturą oraz wartością robót:

1) w części IV SWZ ust. 2 pkt 2.3 ppkt 3 lit a) otrzymuje brzmienie:

a) w zakresie wiedzy i doświadczenia: wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie: - co najmniej 2 zadań w okresie ostatnich 5 lat w

zakresie budowy obiektów kubaturowych o powierzchni użytkowej min. 2000 m², kubaturze min. 15000 m³ oraz wartości robót budowlanych instalacyjnych min. 20 000 000 zł brutto każda,

- co najmniej 1 zadania w okresie ostatnich 5 lat w zakresie wykonania robót związanych z budową instalacji sygnalizacji pożaru w budynku użyteczności publicznej

wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie.

Konsorcjum Electricron wraz z ofertą złożyło zobowiązanie podmiotu trzeciego MTM Budownictwo sp. z o.o. Z treści zobowiązania wynika, iż podmiot trzeci MTM Budownictwo sp. z o.o. udostępnia Konsorcjum Electricron wiedzę oraz doświadczenie wynikające z należytego wykonania w okresie ostatnich pięciu lat - robót budowlanych odpowiadających przedmiotowi niniejszego zamówienia: następujące zasoby na okres realizacji zamówienia:

- wiedza oraz doświadczenie MTM BUDOWNICTWO sp. z o.o. wynikające z należytego wykonania przez MTM Budownictwo sp. z o.o. w okresie ostatnich pięciu lat - robót budowlanych odpowiadających przedmiotowi niniejszego zamówienia.

Jednocześnie z treści zobowiązania podmiotu trzeciego MTM Budownictwo sp. z o.o. nie wynika jaki konkretny zakres czynności zostanie powierzony temu podmiotowi przez Konsorcjum Electricron do wykonania. W treści zobowiązania zawarto bardzo ogólne zwroty, tj. „udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy” oraz „będzie pełnił rolę podwykonawcy:

- zakres dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby:

Etap I - przygotowanie Oferty — udostępnienie referencji celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w cz. IV pkt. 2.3 ppkt. 3 a) SWZ. Etap II — udział w realizacji zamówienia w charakterze Podwykonawcy - cywilnoprawny stosunek łączący mnie z Wykonawcą - Konsorcjum Firm: Electricon Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz API Smart Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum).

- sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia:

MTM BUDOWNICTWO sp. z o.o. będzie pełnił rolę podwykonawcy w wyniku zawarcia umowy o podwykonawstwo.

Okres naszego udziału w wykonywaniu zamówienia: do zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia.

Dalej Odwołujący wskazał, że w ramach formularza ofertowego Konsorcjum Electricron zawarto bardzo ogólne oświadczenie o zakresie zamówienia jaki zostanie powierzony podmiotowi trzeciemu MTM Budownictwo sp. z o.o. w ramach podwykonawstwa. Wskazano tam na „część robót budowlanych”.

W ramach pierwotnie złożonego wykazu zrealizowanych zamówień z dnia 9 maja 2023 r. Konsorcjum Electricron - w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału dotyczącego doświadczenia w zrealizowaniu co najmniej 2 zadań w okresie ostatnich 5 lat w zakresie budowy obiektów kubaturowych o powierzchni użytkowej min. 2 000 m², kubaturze min. 15 000 m³ oraz wartości robót budowlanych — instalacyjnych min. 20 000 000 zł brutto każda — powołało się m.in. na następujące zadanie:

- pozycja nr 2 wykazu - roboty budowlane wykonane na rzecz Solne Miasto Sp. z o.o. w ramach zadania Budowa Szkoły Mistrzostwa Sportowego — Budowa hali sportowo — dydaktycznej przy ulicy Boguckiej w Wieliczce w systemie zaprojektuj i wybuduj.

Zamawiający pismem z dnia 16 maja 2023 r. wezwał Konsorcjum Electricron w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do złożenia brakujących dokumentów i wyjaśnień m.in. w zakresie dokumentów podmiotowych dotyczących warunków udziału w zakresie doświadczenia. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że w przypadku pozycji nr 2 wykazu zadania realizowane było jako „zaprojektuj i wybuduj”. W ramach uzupełnionego wykazu zrealizowanych zamówień z dnia 26 maja 2023 r. Konsorcjum Electricron - w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału dotyczącego doświadczenia w zrealizowaniu co najmniej 2 zadań w okresie ostatnich 5 lat w zakresie budowy obiektów kubaturowych o powierzchni użytkowej min. 2 000 m², kubaturze min. 15 000 m³ oraz wartości robót budowlanych — instalacyjnych min. 20 000 000 zł brutto każda - zastąpiło zadanie ujęte w pozycji nr 2 pierwotnie złożonego wykazu 2 nowymi zadaniami:

- pozycja nr 2 uzupełnionego wykazu — roboty budowlane wykonane na rzecz Dzielnicy Praga - Południe Miasta Stołecznego Warszawy w ramach zadania Budowa Centrum Kulturalno — Edukacyjne przy ul. Jana Nowa — Jeziorańskiego 24 w Warszawie:

- pozycja nr 3 uzupełnionego wykazu - roboty budowlane wykonane na rzecz Dzielnicy Żoliborz Miasta Stołecznego Warszawy w ramach zadania Budowa Zespołu szkolno — przedszkolnego przy ul. Anny German w Warszawie — Etap I

i II:

W odniesieniu do pozycji nr 2 i 3 uzupełnionego wykazu Konsorcjum Electricron przedstawiło bardzo ogólne referencje wystawione odpowiednio przez Zastępcę Burmistrza Dzielnicy Praga Południe Miasta Stołecznego Warszawy oraz Burmistrza Dzielnicy Żoliborz Miasta Stołecznego Warszawy, w których wskazano, iż MTM Budownictwo sp. z o.o. realizowało przedmiotowe zadania w ramach konsorcjum z wykonawcą PBO Śląsk sp. z o.o. Jednocześnie w ramach referencji wskazano, iż zadania były realizowane wspólnie przez konsorcjantów. Dodatkowo Konsorcjum Electricron przedłożyło bardzo ogólne oświadczenie konsorcjanta PBO Śląsk sp. z o.o. z dnia 24 maja 2023 r., w którym podmiot ten oświadczył, że zadania z pozycji nr 2 i 3 uzupełnionego wykazu były realizowane wspólnie przez konsorcjantów.

Odwołujący podniósł, że z uzupełnionych przez Konsorcjum Electricron dokumentów nie wynika jaki dokładnie zakres zadań powołanych w pozycji nr 2 i 3 uzupełnionego wykazu został zrealizowany wyłącznie przez podmiot trzeci MTM Budownictwo sp. z o.o. Odnosząc się do treści warunku udziału w postępowaniu nie wiadomo jaka była wartość robót, powierzchnia użytkowa ani kubatura zrealizowana wyłącznie przez podmiot trzeci MTM Budownictwo sp. z o.o. w zakresie zadań objętych pozycjami nr 2 i 3 uzupełnionego wykazu. W konsekwencji z dokumentów tych nie wynika potwierdzenie, że doświadczenie tego podmiotu spełnia przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu. Jednak Zamawiający w toku postępowania nie wezwał Konsorcjum Electricron do złożenia wyjaśnień w przedmiocie uzupełnionych podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący wskazał, że Electricron sp. z o.o. oraz API Smart sp. z o.o., pomimo połączenia swoich potencjałów, nie spełniają określonych w niniejszym postępowaniu warunków udziału w zakresie doświadczenia. Jednocześnie wykonawcy nie wykazali, iż podmiot, któremu zamierzają powierzyć realizację zamówienia w roli podwykonawcy — podmiotu trzeciego, tj. MTM Budownictwo sp. z o.o. legitymuje się wymaganym doświadczeniem. Konsorcjum Electricron pierwotnie, w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp, złożyło wykaz zrealizowanych zamówień z dnia 9 maja 2023 r., z którego nie wynikało potwierdzenie, iż doświadczenie podmiotu trzeciego MTM Budownictwo sp. z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Konsorcjum Electricron do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w tym zakresie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp. Przy uzupełnianiu podmiotowych środków dowodowych Konsorcjum Electricron winno dołożyć należytej staranności oraz przedłożyć dokumenty lub oświadczenia, z których wynikałoby jednoznaczne potwierdzenie, że doświadczenie podmiotu trzeciego MTM Budownictwo sp. z o.o. odpowiada warunkom udziału w postępowaniu. Wskazał na wynikającą z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej zasadę 1-krotności wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do tych samych braków pierwotnie złożonych oświadczeń lub dokumentów (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1299/21, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 2100/21, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3511/21).

Dalej Odwołujący podniósł, że w przypadku powoływania się przez wykonawców, celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia na zdania realizowane w warunkach konsorcjum lub przy udziale podwykonawców — w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej uznano, iż zakres doświadczenia poszczególnych konsorcjantów lub podwykonawców może zostać wykazany poprzez posłużenie się dowodami z których wynika podział rzeczowy i finansowy zamówienia, takimi jak chociażby umowa konsorcjum, porozumienie wykonawcze, protokół odbioru końcowego, faktury, umowy podwykonawcze (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3038/20, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 listopada 2021, sygn. akt KIO 3219/21).

Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych skierowane w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp Konsorcjum Electricron złożyło, obok uzupełnionego wykazu zrealizowanych zamówień z dnia 26 maja 2023 r., dokumenty w postaci bardzo ogólnych referencji oraz oświadczenia konsorcjanta PBO Śląsk sp. z o.o. - z których nie wynika jaki dokładnie zakres zadań powołanych w pozycji nr 2 i 3 uzupełnionego wykazu został zrealizowany wyłącznie przez podmiot trzeci MTM Budownictwo sp. z o.o. Z treści przedłożonych przez Konsorcjum Electricron podmiotowych środków dowodowych nie wynika jaki był zakres obowiązków podmiotu trzeciego MTM Budownictwo, jaki był udział tego podmiotu w kosztach realizacji zamówienia oraz zysku — tymczasem to właśnie takie okoliczności pozwoliłyby na ustalenie czy doświadczenie powołane w pozycjach nr 2 i 3 uzupełnionego wykazu odpowiada warunkom udziału w postępowaniu z części IV ust. 2 pkt 2.3 ppkt 3 lit. a SWZ. Wskazał, że w szczególności nie wiadomo jaka była wartość robót, powierzchnia użytkowa ani kubatura zrealizowana wyłącznie przez podmiot trzeci MTM Budownictwo sp. z o.o. w zakresie zadań objętych pozycjami nr 2 i 3 uzupełnionego wykazu. Tymczasem powyższe elementy, tj. wartość robót, powierzchnia użytkowa oraz kubatura — stanowią elementy warunku udziału w zakresie doświadczenia, o którym mowa w części IV ust. 2 pkt 2.3 ppkt 3 lit. a SWZ. Powyższe, w

ocenie Odwołującego, uzasadnia odrzucenie oferty Konsorcjum Electricron na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy pzp jako oferty złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz wykonawcę, który nie złożył w wymaganym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał dalej, że niezależnie od powyższego Konsorcjum Electricron nie wykazało realności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego MTM Budownictwo sp. z o.o. w zakresie wiedzy i doświadczenia. Z treści zobowiązania tego podmiotu do udostępnienia zasobów wynika, iż udostępnieniu podlegają wiedza oraz doświadczenie wynikające z należytego wykonania w okresie ostatnich pięciu lat - robót budowlanych odpowiadających przedmiotowi niniejszego zamówienia. Jednak z treści zobowiązania podmiotu trzeciego MTM Budownictwo sp. z o.o. nie wynika jaki konkretny zakres czynności zostanie powierzony temu podmiotowi przez Konsorcjum Electricron do wykonania. W treści zobowiązania zawarto bardzo ogólne zwroty, tj. „udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy” oraz „będzie pełnił rolę podwykonawcy”. Także w ramach Formularza ofertowego Konsorcjum Electricron zawarło bardzo ogólnie oświadczenie o zakresie zamówienia jaki zostanie powierzony podmiotowi trzeciemu MTM Budownictwo sp. z o.o. w ramach podwykonawstwa. Wskazano tam na „część robót budowlanych”. Zatem na podstawie dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum Electricron w toku postępowania nie jest możliwe ustalenie dokładnego zakresu zamówienia, który realizowany będzie przez podmiot trzeci MTM Budownictwo sp. z o.o. Zwrot „część robót budowlanych” może oznaczać, że podmiot trzeci MTM Budownictwo sp. z o.o. wykona tylko niewielką nieistotną część robót budowlanych. W takim przypadku nie dojdzie do realnego przekazania potencjału. Z uwagi na zakres doświadczenia udostępniony Konsorcjum Electricron przez podmiot trzeci MTM Budownictwo sp. z o.o. — zakres jego zaangażowania nie tylko winien być precyzyjnie określony, lecz powinien również polegać przykładowo na kierowaniu czy koordynacji całości robót budowlanych objętych zakresem zamówienia. W tym miejscu wskazał, że wedle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w zobowiązaniu podmiotu trzeciego należy precyzyjnie określić zakres zamówienia powierzony do realizacji temu podmiotowi (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2761/22, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 marca 2022 r., sygn. akt KIO 650/22).

Odwołujący wskazał, że z dokumentów złożonych przez Konsorcjum Electricron nie wynika jaki dokładnie zakres zamówienia realizowany będzie przez podmiot trzeci MTM Budownictwo sp. z o.o. Tymczasem podmiot ten udostępnił Konsorcjum Electricron doświadczenie w zakresie istotnego elementu zamówienia, tj. robót budowlanych. Powyższe uzasadnia odrzucenie oferty Konsorcjum Electricron na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b w zw. z art. 118 ust. 2, 3 i 4 ustawy pzp jako oferty złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu z uwagi na nie wykazanie realności dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie doświadczenia.

Odwołujący podniósł również, że pomimo, że z podmiotowych środków dowodowych uzupełnionych przez Konsorcjum Electricron nie wynika jednoznaczne potwierdzenie, że doświadczenie podmiotu trzeciego MTM Budownictwo sp. z o.o. odpowiada warunkom udziału w postępowaniu, Zamawiający nie przeprowadził w tym zakresie postępowania wyjaśniającego. W szczególności z dokumentów tych nie wynika jaka była wartość robót, powierzchnia użytkowa ani kubatura zrealizowana wyłącznie przez podmiot trzeci MTM Budownictwo sp. z o.o. w zakresie zadań objętych pozycjami nr 2 i 3 uzupełnionego wykazu — podczas gdy elementy te objęte są treścią warunku udziału w zakresie doświadczenia, o którym mowa w części IV ust. 2 pkt 2.3 ppkt 3 lit. a SWZ. Tymczasem w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej nie jest dopuszczalny automatyzm w ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w przypadku, gdy wykonawca powołuje się na doświadczenie uzyskane przy realizacji zamówienia w konsorcjum. Wskazuje się, iż w takiej sytuacji konieczne jest przeprowadzenie przez zamawiającego weryfikacji faktycznego zakresu realizacji zamówienia, którego dotyczy takie doświadczenie (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2019 r., sygn. akt KIO/KD 33/19, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 marca 2018 r., sygn. akt KIO 326/18, KIO 327/18, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2017 r., sygn. akt KIO 1987/17). W sytuacji gdy z podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Konsorcjum Electricron nie wynikało w jakim dokładnie zakresie podmiot trzeci MTM Budownictwo uczestniczył w realizacji zamówień objętych pozycjami nr 2 i 3 uzupełnionego wykazu — Zamawiający powinien był przeprowadzić postępowanie wyjaśniające w trybie art. 128 ust. 4 ustawy pzp. Zamawiający powinien był wezwać Konsorcjum Electricron do złożenia wyjaśnień, z których wynikałoby w szczególności jaka była wartość robót, powierzchnia użytkowa oraz kubatura zrealizowana wyłącznie przez podmiot trzeci MTM Budownictwo sp. z o.o. w zakresie zadań objętych pozycjami nr 2 i 3 uzupełnionego wykazu. Zamawiający zaniechał również oceny realności dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp. Zamawiający winien był wezwać Konsorcjum Electricron do uzupełnienia lub złożenia wyjaśnień w tej materii. Tymczasem Zamawiający nie dokonał w tym zakresie jakiegokolwiek weryfikacji. Bezskrytyczne przyjęcie przez niego podmiotowych środków dowodowych w tym zakresie - powoduje, że zamówienie może uzyskać wykonawca, który sam nie legitymuje się stosownym doświadczeniem, jak również który zamierza powierzyć realizację podwykonawcy —

podmiotowi trzeciemu, który również nie ma adekwatnego doświadczenia.

Wskazał, że zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy pzp ma charakter wynikowy w stosunku do pozostałych zarzutów odwołania. Gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia, a w szczególności odrzuciłby ofertę Konsorcjum Electricron z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, zamówienie uzyskałby Odwołujący. Jego oferta nie podlega odrzuceniu i powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, jako że zaoferował on najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia.

W dniu 20 czerwca 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości.

W dniu 23 czerwca 2023 r. Odwołujący i Przystępujący złożyli pisma procesowe ze stanowiskiem w sprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz zostało uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosili skuteczne przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Electricron sp. z o.o. oraz API Smart sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Odwołującego (w tym dowody: przykładowe potwierdzenie odbioru robót), pismo procesowe Przystępującego (w tym dowody: przedwstępna umowa podwykonawstwa z dnia 13 kwietnia 2023 r. wraz z ofertą z dnia 5 kwietnia 2023 r., umowa konsorcjum z dnia 22 listopada 2018 r., z dnia 12 stycznia 2020 r. oraz z dnia 10 października 2018 r., protokół odbioru końcowego z dnia 30 listopada 2021 r., zestawienia faktur wystawionych przez MTM Budownictwo).

Izba pominęła stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie oraz na posiedzeniu i rozprawie w dniu 23 czerwca 2023 r. Pełnomocnik Zamawiającego nie wykazał swojego umocowania do działania w sprawie. Izba na posiedzeniu zobowiązała Zamawiającego do uzupełnienia umocowania Pełnomocnika na podstawie art. 511 ust. 3 ustawy pzp do dnia 26 czerwca 2023 r. do godz. 12.00, ponieważ w złożonym na posiedzeniu ciągu pełnomocnictw brak było wskazania osoby, której pełnomocnictwa się udziela. Do wyznaczonego terminu Pełnomocnik Zamawiającego nie uzupełnił ww. braku.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- część IV ust. 2 pkt 2.3 ppkt 3 lit. a SWZ (po modyfikacji z dnia 20 lutego 2023 r.):

„3) Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykaże, że:

a) w zakresie wiedzy i doświadczenia: wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie: - co najmniej 2 zadań w okresie ostatnich 5 lat w zakresie budowy obiektów kubaturowych o powierzchni użytkowej min. 2000 m², kubaturze min. 15000 m³ oraz wartości robót budowlano instalacyjnych min. 20 000 000 zł brutto każda,

- co najmniej 1 zadania w okresie ostatnich 5 lat w zakresie wykonania robót związanych z budową instalacji sygnalizacji pożaru w budynku użyteczności publicznej

wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie.”

- część IV ust. 2 pkt 2.5 SWZ:

„2.5. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z Wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W tym przypadku, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni Wykonawcy.”

- część IV ust. 2 pkt 2.6. SWZ:

„2.6 Poleganie na zasobach innych podmiotów

1) Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych

2) W odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują świadczenie do realizacji którego te zdolności są wymagane.

3) Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

4) Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

5) Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą, wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby Wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

UWAGA: Wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.”

Zgodnie z par. 6 ust. 25 projektu umowy: „Wykonawca oświadcza, że podmiot trzeci, na zasoby którego powoływał się składając ofertę celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego będzie realizował przedmiot umowy w zakresie, zgodnie z formularzem oferty. Stwierdzenie przez Zamawiającego braku realizacji przedmiotu umowy przez podmiot trzeci podczas realizacji umowy może skutkować odstąpieniem od umowy z winy Wykonawcy.”

Izba ustaliła, że Przystępujący złożył wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu: MTM BUDOWNICTWO sp z o.o. z siedzib w Tarnowie: „zobowiązujemy się do oddania do dyspozycji Wykonawcy (...) niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia na Wykonanie robót budowlanych dla zadania pn.: „Budowa strażnicy wojskowej straży pożarnej dla potrzeb WSP – JW 4392 Nowy Glinnik – K-6091” – zadanie 11663. (Spr. nr WIB/PN/3/R/1) następujące zasoby, na okres realizacji zamówienia:

wiedza oraz doświadczenie MTM BUDOWNICTWO Sp. z o.o. wynikające z należytego wykonania przez MTI Budownictwo Sp. z o.o. w okresie ostatnich pięciu lat - robót budowlanych odpowiadających przedmiotowi niniejszego zamówienia.

określając jednocześnie:

- zakres dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby:

Etap I - przygotowanie Oferty – udostępnienie referencji celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o których mowa w cz. IV pkt. 2.3 ppkt. 3 a) SWZ.

Etap II – udział w realizacji zamówienia w charakterze Podwykonawcy – cywilnoprawny stosunek łączący mnie z Wykonawcą - Konsorcjum Firm: ElectriCon Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz API Smart Sp. z o.o. (Partne Konsorcjum).

- sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia:

MTM BUDOWNICTWO Sp. z o.o. będzie pełnił rolę podwykonawcy w wyniku zawarcia umowy o podwykonawstwo.

Okres naszego udziału w wykonywaniu zamówienia: do zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia.”

W formularzu ofertowym Przystępujący oświadczył: „4. Wykazujemy, że niniejsze zamówienie zrealizujemy ~~sami~~/przy udziale podwykonawców, którym zamierzamy powierzyć następujące części zamówienia*: MTM BUDOWNICTWO SP. Z O.O. ul. Koszycka 21, 33-100 Tarnów Część zamówienia jaką Wykonawca zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcy: Część robót budowlanych.”

Do oferty Przystępujący załączył oświadczenie Członków Konsorcjum o podziale prac: „Lider Konsorcjum: Nazwa Wykonawcy: ElectriCon Sp. z o.o. Adres: ul. Na Załączu 3, 31 - 587 Kraków Wykona roboty budowlane, drogowe, sanitarne i elektryczne, z wyłączeniem zakresu prac, których wykonanie zostało powierzone Partnerowi Konsorcjum. Partner Konsorcjum: Nazwa Wykonawcy: API SMART Sp. z o.o. Adres: ul. Zawila 65L, 30-390 Kraków Wykona roboty teletechniczne, a także będzie odpowiedzialny za obsługę dokumentów i dokumentacji niejawnej (ochrona informacji niejawnych).”

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Przystępujący złożył m.in. wykaz robót, w którym na potwierdzenie warunku, o którym mowa w części IV ust. 2 pkt 2.3 ppkt 3 lit. a tiret pierwszy SWZ wskazał:

„1. MTM BUDOWNICTWO Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, ul. Koszycka 21, Urząd Miasta Tarnowa, ul. Mickiewicza : 33-100 Tarnów, Rozbudowa Zespołu Szkół Muzycznych w Tarnowie o salę koncertową Wartość zadania inwestycyjnego: 22 136 290,88 PLN brutto Powierzchnia użytkowa obiektu rozbudowanego: 2 491,62 m² Kubatura obiektu: 21 625 m³, 18.06.2018 – 05.03.2020 r.

2. MTM BUDOWNICTWO Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, ul. Koszycka 21, Solne Miasto Sp. z o.o. ul. Tadeusz Kościuszki 15, 32-020 Wieliczka, Budowa Szkoły Mistrzostwa Sportowego – Budowa hali sportowo – dydaktycznej przy ulicy Boguckiej w Wieliczce w systemie zaprojektuj i wybuduj” Wartość zadania inwestycyjnego: 20 651 516,63 PLN brutto Powierzchnia użytkowa obiektu: 3 736,73 m² Kubatura obiektu: 24 813,05 m³, 11.12.2018 - 05.10.2020 r.”

Pismem z dnia 16 maja 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do uszczegółowienia wartości prac budowlanych z poz. 2 wykazu robót, ponieważ zadanie było realizowane jako „projektuj i wybuduj”.

W odpowiedzi Przystępujący zaktualizował wykaz robót, przy czym poz. 1 pozostała bez zmian, a dodano poz. 2 i 3:

„2. MTM BUDOWNICTWO Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Tarnowie, ul. Koszycka 21, Zastępc Burmistrza Dzielnicy Praga – Południe Miasta Stołecznego Warszawy, ul. Grochowska 274, 03-841 Warszawa, Budowa Centrum Kulturalno – Edukacyjne przy ul. Jana Nowaka – Jeziorańskiego 24 w Warszawie Wartość zadania inwestycyjnego: 40 003 076,27 PLN brutto Powierzchnia użytkowa obiektu: 5 262,92 m² Kubatura obiektu: 34 663 m³, 28.02.2019 - 30.11.2021 r.”

„3. MTM BUDOWNICTWO Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Tarnowie, ul. Koszycka 21, Burmistrz Dzielnicy Żoliborz Miasta Stołecznego Warszawy, ul. J. Słowackiego 6/8, 01-627 Warszawa, Budowa Zespołu szkolno – przedszkolnego przy ul. Anny German w Warszawie – ETAP I i II Wartość zadania inwestycyjnego: 57 766 648,14 PLN brutto Powierzchnia użytkowa obiektu: 10 084,39 m² Kubatura obiektu: 60 683,50 m³, 11.03.2019 r. - 30.11.2021 r.”

Przystępujący dołączył również referencje:

- dla poz. 2: „Niniejszym potwierdzam, że konsorcjum firm: MTM Budownictwo Sp. z o. o. z siedzibą w Tarnowie i PBO Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu jako Generalny Wykonawca zrealizowało zadanie inwestycyjne pn.: „Budowa Centrum Kulturalno-Edukacyjne” przy Jana Nowaka Jeziorańskiego 24 w Warszawie. Inwestycja polegała na kompleksowej realizacji od podstaw budynku (wraz ze stałym wyposażeniem) wraz z niezbędną infrastrukturą, zagospodarowaniem terenu i zjazdami. W ramach przedmiotowej inwestycji wykonane zostały m. in. następujące prace, czynności i zakresy: 1. Wykonanie robót budowlano-montażowych w branży budowlanej: * roboty ziemne, * roboty konstrukcyjne, * roboty wykończeniowe, * dostawa i montaż wyposażenia stałego. 2. Wykonanie robót budowlano-montażowych w branżach: * instalacji sanitarnych - wodociągowych (p.poz, woda zimna, ciepła i recyrkulacyjna), kanalizacji sanitarnej i deszczowej, CO, wentylacji i klimatyzacji); instalacji elektrycznych i teletechnicznych - zasilających, oświetlenia (podstawowego, administracyjnego, awaryjnego i ewakuacyjnego), gniazd zasilających, sieć dedykowana wraz z okablowaniem strukturalnym, instalacja odgromowa i przepięciowa. 3. Wykonanie robót budowlano-montażowych zagospodarowania terenu: * dojścia, ciągi komunikacyjne (chodniki), zieleń niska i elementy małej architektury, * drogi wewnętrzne, parking i zjazdy z dróg publicznych. W trakcie realizacji inwestycji pracownicy MTM Budownictwo Sp. z o.o. i PBO Śląsk Sp. z o.o. wspólnie wykonywali roboty budowlane dotyczące zadania, a przedstawiciele obu Wykonawców kierowali, koordynowali i organizowali realizację procesu inwestycyjnego, w tym uczestniczyli w radach budowy, odbiorach robót i zarządzaniu realizacją prac i podejmowaniu kluczowych decyzji

związanych z realizacją zadania. Roboty budowlane zostały wykonane przez wykwalifikowaną kadrę kierowniczą i pracowników Wykonawców. Współpraca z kierownikiem budowy oraz z przedstawicielami Generalnego wykonawcy przebiegała dobrze. Roboty budowlane zostały wykonane z należytą starannością, zgodnie z umową oraz zasadami wiedzy technicznej. Główne parametry zrealizowanych obiektów i inwestycji: (...)"

- dla poz. 3 „W imieniu Miasta Stołecznego Warszawy, Dzielnicy Żoliborz, 01-627 Warszawa, ul. Słowackiego 6/8 potwierdzam realizację Inwestycji pn. „Budowa zespołu szkolno-przedszkolnego przy ul. Anny German w Warszawie — ETAP I i II” przez Konsorcjum firm - M TM Budownictwo Sp. z o.o., ul. Koszycka 21, 33-100 Tarnów i PBO ŚLĄSK Sp. o.o., ul. Wojska Polskiego 136A, 41-208 Sosnowiec. Dane charakterystyczne obiektu: (...) Przedmiot zamówienia obejmował budowę zespołu szkolno — przedszkolnego wraz z biblioteką, salą sportową o powierzchni 644,47m² z trybunami na 126 osób, aulą o powierzchni 227,03m² i garażem podziemnym. Wykonano technologię kuchni, zamontowano dwie windy osobowe oraz jedną gastronomiczną, instalacje wewnętrzne (wod.-kan., wody pożarowej, kanalizacji deszczowej, gazu, co, ct, wentylacji, klimatyzacji, elektroenergetyczne, niskoprądowe, telekomunikacyjne i oświetlenie terenu). Zadanie obejmowało również roboty związane z zagospodarowaniem terenu (budowę drogi, miejsc postojowych, placu zabaw, siłowni plenerowej, małej architektury, ogrodzenia oraz nasadzeń). Ponadto Wykonawca dokonał remediacji gruntu (500m³). Całkowita wartość zrealizowanych robót wyniosła — 57 766 648,14 zł brutto. Przedmiot umowy został wykonany terminowo zgodnie z zawartą umową, tj. od 11.03.2019 r. do 30.11.2021 r. Wykonawca w sposób należyty wykonał przedmiot umowy i zgodnie z posiadaną wiedzą pracownicy Konsorcjum firm tj. MTM Budownictwo Sp. z o.o. i PBO Śląsk Sp. z o.o. wspólnie wykonywali roboty ogólnobudowlane dotyczące zadania, a przedstawiciele obu Wykonawców wspólnie kierowali, koordynowali i organizowali realizację procesu inwestycyjnego, w tym wspólnie uczestniczyli w naradach budowy, odbiorach robót i zarządzaniu realizacją prac i podejmowaniu kluczowych decyzji związanych z realizacją zadania. Roboty ogólnobudowlane zostały wykonane należyście, zgodnie ze sztuką budowlaną oraz zasadami wiedzy technicznej oraz zawartymi w umowie wymaganiami, przez wykwalifikowaną kadrę kierowniczą i pracowników konsorcjum obu firm. Wysoko oceniam profesjonalizm obu firm tj. MTM Budownictwo Sp. z o.o. i PBO Śląsk Sp. z o.o. oraz mogę polecić je jako wiarygodnych i godnych zaufania partnerów procesu inwestycyjnego.”

Dodatkowo Przystępujący dołączył oświadczenie Partnera Konsorcjum: PBO Śląsk sp. z o.o.; „Działając w imieniu spółki PBO ŚLĄSK sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (poprzednio: Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu), oświadczam, że w ramach realizacji inwestycji:

a) Budowa zespołu szkolno-przedszkolnego przy ul. Anny German w Warszawie (ETAP I) (ETAP II)

b) Budowa Centrum Kulturalno-Edukacyjnego przy Jana Nowaka-Jeziorańskiego 24 w Warszawie

realizowaliśmy wszystkie prace i roboty wraz z konsorcjantem – spółką MTM Budownictwo sp. z o.o., co oznacza, że wspólnie wykonywaliśmy wszystkie roboty budowlane, wspólnie kierowaliśmy, koordynowaliśmy i organizowaliśmy realizację całego procesu inwestycyjnego, wspólnie uczestniczyliśmy w radach budowy, odbiorach, zarządzeniu i podejmowaniu kluczowych decyzji związanych z realizacją robót. Zarówno spółka PBO ŚLĄSK sp. z o.o. jak również spółka MTM Budownictwo sp. z o.o. (każda z osobną) bezpośrednio uczestniczyły w realizacji całości robót i prac w zakresie wyżej wskazanych inwestycji.”

Dowody Przystępujący:

Przedwstępna umowa podwykonawcza wraz z ofertą podwykonawczą; z oferty wynika wycena przez MTM Budownictwo następującego zakresu robót: przygotowanie terenu; Budynek strażnicy: roboty ziemne, konstrukcja, stolarka, dach, elewacja, prace wewnątrz pomieszczeń; zagospodarowanie terenu; roboty drogowe; roboty sanitarne.

Umowy Konsorcjum: w par. 2 ust. 1 zdanie 1 umów wskazano, że: „Przedmiot Kontraktu Strony wykonają wspólnie i w równych częściach.”, a w umowie z dnia 12 stycznia 2020 r., że udział to po 50%. Zgodnie z par. 8 umów organy zarządzające składają się z Przedstawicieli obu Stron umowy.

Protokół odbioru końcowego dla realizacji z poz. 2 wykazu robót podpisany przez Przedstawicieli MTM Budownictwo m.in. Wiceprezesa MTM – generalnego Wykonawcę.

Zestawienie wystawionych faktur przez MTM Budownictwo dla poz. 3 wykazu robót: 29 faktur łącznie na kwotę 48 615 391,27 zł.

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez

wykonawcę: b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.”

Zgodnie z art. 118 ustawy pzp: „1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. 2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. 3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. 4. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;

2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;

3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.”

W myśl art. 239 ust. 1 ustawy pzp: „Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.”

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do ustalenia czy Zamawiający słusznie uznał, iż Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu określony w części IV SWZ ust. 2 pkt 2.3 ppkt 3 lit a) tiret pierwszy i czy Przystępujący wykazał realność dysponowania zasobami podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia. Odwołujący podnosił, że zasoby podmiotu trzeciego nie zostały udostępnione w realny sposób, gdyż z treści zobowiązania podmiotu trzeciego MTM Budownictwo sp. z o.o. nie wynika jaki konkretny zakres czynności zostanie powierzony temu podmiotowi. Ponadto, Odwołujący argumentował, że z uzupełnionych przez Przystępującego podmiotowych środków dowodowych nie wynika jaki dokładnie zakres zadań (w tym jaka była wartość robót, powierzchnia użytkowa ani kubatura) powołanych w pozycji nr 2 i 3 uzupełnionego wykazu robót został zrealizowany wyłącznie przez podmiot trzeci MTM Budownictwo sp. z o.o. Odwołujący podnosił, że w sytuacji gdy wykonawca powołuje się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum to powinien wykazać (dowodami takimi jak chociażby umowa konsorcjum, porozumienie wykonawcze, protokół odbioru końcowego, faktury, umowy podwykonawcze), że zrealizował część zamówienia odpowiadającą postawionemu warunkowi udziału w postępowaniu. Analiza materiału dowodowego zgromadzonego w postępowaniu odwoławczym doprowadziła Izbę do przekonania, że zarzuty Odwołującego nie potwierdziły się, a Zamawiający właściwie uznał, że warunek dotyczący doświadczenia został przez Przystępującego spełniony.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu niewykazania przez Przystępującego realności udostępnionych zasobów podmiotu trzeciego wskazania wymaga, że treść art. 118 ust. 2 ustawy pzp umożliwia powoływanie się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego pod warunkiem, że „podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.” W tym celu wykonawca wraz z ofertą składa „zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.” (art. 118 ust. 3 ustawy pzp). Ponadto, ww. zobowiązanie powinno zawierać m.in. informacje: „3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.” (art. 118 ust. 4 pkt 3 ustawy pzp). Dla realności udostępnionych zasobów konieczne jest zatem wykazanie przez wykonawcę dysponowania w trakcie realizacji zamówienia tymi zasobami oraz wykonanie przez podmiot udostępniający świadczenia, które dotyczy

zdolności (postawionego warunku). Niewątpliwie, celem powyższego przepisu było zabezpieczenie interesów zamawiającego, aby zamówienie wykonywał podmiot z odpowiednim (odpowiadającym warunkowi) doświadczeniem. Przepis stanowi gwarancję dla zamawiającego, że udostępnienie zasobów nie jest pozorne i nie dotyczy wyłącznie użyczenia referencji na okres postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale przekłada się na czas realizacji zamówienia, przy tym nie wyłącznie w zakresie doradzania i konsultacji ale faktycznego zaangażowania podmiotu trzeciego w proces wykonywania świadczenia.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba zauważa, że Przystępujący złożył wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego, w którym MTM Budownictwo zobowiązało się do oddania do dyspozycji Przystępującego na okres realizacji zamówienia niezbędnych zasobów obejmujących wiedzę i doświadczenie wynikające z należytego wykonania robót budowlanych odpowiadających przedmiotowi niniejszego zamówienia. Odnośnie zakresu MTM Budownictwo wskazało, że będzie brało udział w realizacji zamówienia w charakterze Podwykonawcy na podstawie zawartej umowy („*cywilnoprawny stosunek łączący mnie z Wykonawcą - Konsorcjum Firm: ElectriCon Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz API Smart Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum)*”).¹⁾ będzie pełniło rolę podwykonawcy aż „do zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia.” Jednocześnie w ofercie Wykonawca wskazał, że ww. Podwykonawca wykona część robót budowlanych. Izba podziela stanowisko Przystępującego, że złożone wraz z ofertą oświadczenia należy odczytywać łącznie i potwierdzają one realność udostępnionych zasobów. Niewątpliwie, Wykonawca będzie dysponował zasobami odnoszącymi się do warunku przez cały okres realizacji zamówienia, gdyż MTM Budownictwo będzie podwykonawcą aż do zakończenia wykonywania przedmiotu umowy. W ocenie Izby, w świetle powyższego chybione są twierdzenia Odwołującego, że udostępnienie ma charakter pozorny, skoro podmiot trzeci będzie jako podwykonawca faktycznie realizował zamówienie wraz z wykonawcą. Co do zakresu tego udziału: „część robót budowlanych” to Odwołujący niezasadnie zdaniem Izby podważał nieprecyzyjność tego określenia. Izba zwraca uwagę, że warunek udziału w postępowaniu, dla spełnienia którego Przystępujący powołał się na zasoby innego podmiotu został sformułowany w sposób ogólny, kompleksowo odnosząc się do budowy obiektów o określonej kubaturze, powierzchni użytkowej i wartości robót. Warunek nie dotyczy zatem konkretnie wyspecyfikowanego rodzaju robót jak przykładowo robót sanitarnych, a ogólnie robót budowlanych. Skoro więc przepis wymaga realizacji robót, których zdolności (warunek) dotyczą to oświadczenie dotyczące zakresu przewidzianego do realizacji przez podwykonawcę (MTM Budownictwo) koresponduje z treścią warunku. Ponadto, jak wynika z zobowiązania: podwykonawstwo będzie obejmowało cały okres realizacji zamówienia, a więc nie można twierdzić, że zakres tego udziału będzie niewielki i dotyczyć małego wycinka prac, bowiem w takim wypadku obecność podwykonawcy przez cały czas wykonywania zamówienia byłaby nieuzasadniona. Izba zauważa przy tym, że zgodnie z art. 462 ust. 1 ustawy pzp: „*Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.*”, a contrario wykonawca nie może przekazać podwykonawcy realizacji całego zamówienia. Jeśliby zatem odczytywać przepis art. 118 ustawy pzp jak to czyni Odwołujący, to podwykonawca MTM Budownictwo przy ogólnym brzmieniu warunku obejmującym roboty budowlane powinien wykonać całość świadczenia, czego ustawa nie dopuszcza. Nie wyklucza również udziału MTM Budownictwo w realizacji części robót budowlanych podział zadań między Konsorcjantów Przystępującego wynikający z oświadczenia złożonego wraz z ofertą. MTM Budownictwo może bowiem wykonać część z tych robót. Nie zmienia także oceny Izby okoliczność, iż ze złożonych przez Przystępującego dowodów: przedwstępnej umowy podwykonawstwa z dnia 13 kwietnia 2023 r. wraz z ofertą z dnia 5 kwietnia 2023 r. wynika szczegółowy zakres robót, które zostaną powierzone MTM Budownictwo, co zdaniem Odwołującego powinno być zostać wskazane w zobowiązaniu. Treść dokumentów złożona wraz z ofertą była wystarczająca dla stwierdzenia realności zasobów i referowała do brzmienia warunku. Oczywistym jest, że na etapie wykonywania zamówienia Przystępujący będzie zobowiązany przedstawić umowę o podwykonawstwo Zamawiającemu do akceptacji, z której będzie wynikał konkretny zakres do wykonania ustalony przez Strony umowy na zasadzie swobody umów. Niemniej jednak warunek dotyczył ogólnie robót budowlanych i zakres udziału podmiotu trzeciego wynikający z oferty Wykonawcy odpowiada tym zdolnościom, co może zostać wskazane w par. 6 ust. 25 umowy, który przywołał Odwołujący. Jak wynika z tego postanowienia umowy zakres należy podać „*zgodnie z formularzem oferty*”. Istotne jest bowiem aby zgodnie z deklaracją MTM Budownictwo wykonało część robót budowlanych jako podwykonawca i faktycznie, realnie uczestniczyło w wykonywaniu zamówienia, o czym Zamawiający został zapewniony w ofercie, a zatem jego interesy są zabezpieczone. Zamawiający będzie uprawniony skorzystać z uprawnienia do odstąpienia od umowy, jeżeli stwierdzi brak „*realizacji przedmiotu umowy przez podmiot trzeci podczas realizacji umowy.*”

Konkludując, w ocenie Izby ze złożonych przez Przystępującego dokumentów na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego realność udostępnionych przez MTM Budownictwo zasobów nie budzi wątpliwości. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego w tym zakresie Izba uznała za niezasadny. Izba zauważa ponadto, że Przystępujący nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających realność udostępnianych zasobów, a

więc nawet jeśli zarzuty potwierdziłyby się (z czym Izba się nie zgadza) to odrzucenie oferty byłoby przedwczesne. Izba uznała złożone oświadczenia za wypełniające wymagania art. 118 ustawy pzp, dlatego też nie nakazała wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Izba uznała także za nieuzasadniony i nieudowodniony zarzut opierający się na twierdzeniu, że z podmiotowych środków dowodowych uzupełnionych przez Przystępującego nie wynika jednoznaczne potwierdzenie, że doświadczenie podmiotu trzeciego MTM Budownictwo sp. z o.o. odpowiada warunkom udziału w postępowaniu. Odwołujący podnosił, że Zamawiający powinien był przeprowadzić w tym zakresie postępowanie wyjaśniające, a Przystępujący wykazać stosownymi dowodami, że podmiot trzeci zrealizował w konsorcjum część zamówienia z pkt 2 i 3 wykazu robót odpowiadającą warunkowi udziału w postępowaniu z części IV SWZ ust. 2 pkt 2.3 ppkt 3 lit a) tiret pierwszy.

W ocenie Izby przedstawiona przez Odwołującego argumentacja jest chybiona.

Na wstępie wskazuje, że zgodnie z wyrokiem Trybunału z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt: *„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. W świetle powyższego odpowiedź na piąte pytanie powinna brzmieć tak, iż art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji. Artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.”* Wyrazem powyższego orzeczenia jest par. 9 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. 2020, poz. 2415 z późn. zm.), który stanowi: *„3. Jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz: 1) o którym mowa w ust. 1 pkt 1, dotyczy robót budowlanych, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.”* Wbrew twierdzeniom Odwołującego, ustawodawca nie nałożył na zamawiającego obowiązkowego obowiązku badania zakresu zamówienia realizowanego w ramach konsorcjum, w którym wykonawca powołujący się na to doświadczenie bezpośrednio uczestniczył, a tym bardziej aby ten wykonany zakres wypełniał idealnie warunki udziału w postępowaniu (w tym przypadku co do kubatury budynku, powierzchni użytkowej i wartości robót), na potrzeby spełnienia których wykonawca wykazuje doświadczenie zdobyte w konsorcjum. Ustawodawca nakazuje jedynie, aby taki wykonawca wskazał w wykazie robót te roboty, w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczył. Jak słusznie wskazano w wyroku KIO z dnia 30 marca 2021 r., sygn. akt: KIO 565/21, KIO 585/21: *„Zgodnie z treścią 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) prawodawca dał wyraz temu, jakie rozumienie wyroku ESAPROJEKT ma być obowiązujące, wynikiem czego w przepisie § 9 ust. 3 rozporządzenia wskazał, że wykonawca może powoływać się na doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum odnośnie takich robót budowlanych, usług czy dostaw „w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył”. Prawodawca wyjaśnił, że jego zamiarem jest, aby wykonawcy mogli powoływać się na doświadczenie nabyte w ramach dostaw, w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczyli.”* Obowiązek weryfikacji tego uczestnictwa poprzez wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień zmaterializuje się więc wyłącznie w sytuacji, w której zamawiający miałby uzasadnione wątpliwości co do bezpośredniego uczestnictwa wykonawcy w robotach wskazanych przez niego w wykazie robót, które wykonywał wspólnie z innym wykonawcą. Jakkolwiek zatem kwestia bezpośredniego, a nie wyłącznie formalnego nabycia doświadczenia przez wykonawcę, który realizował zamówienie w konsorcjum ma istotne znaczenie dla oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę występującego samodzielnie to jednak nieuprawnione są twierdzenia Odwołującego, iż sam fakt wskazania w wykazie robót doświadczenia nabytego w ramach konsorcjum powoduje konieczność każdorazowego wyjaśnienia udziału wykonawcy (w tym przypadku podmiotu trzeciego) w

realizacji takiego zamówienia, skoro ustawodawca nie kreuje takiego obowiązku. W konsekwencji, Zamawiający będzie zobowiązany skierować wezwanie do wyjaśnienia w trybie art. 128 ust. 4 ustawy pzp wyłącznie w sytuacji, gdy udział ten będzie budził jego wątpliwości. Wobec powyższego to Odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu w toku postępowania odwoławczego powinien udowodnić, że oświadczenie Przystępującego w wykazie robót nie znajduje odbicia w rzeczywistości i że podmiot MTM Budownictwo bezpośrednio nie uczestniczył w wykonaniu zamówienia z poz. 2 i 3 uzupełnionego wykazu robót, a któremu to obowiązkowi Odwołujący nie podolał. Okoliczność taka nie została nawet uprawdopodobniona. Izba zauważa, że Przystępujący w wykazie robót wskazał realizację, w której wykonaniu bezpośrednio uczestniczył podmiot MTM Budownictwo i zaznaczył, że realizacja z poz. 2 i 3 była wykonywana w ramach Konsorcjum. Ponadto, pomimo że z referencji składanych w toku postępowania ma wynikać przede wszystkim należyta realizacja zamówienia podanego w wykazie robót zgodnie z treścią par. 9 ust. 1 pkt 1 ww. Rozporządzenia to w przedłożonych referencjach wskazano dodatkowo na wspólną realizację całego zamówienia z poz. 2 i 3 wykazu przez członków Konsorcjum. Zarówno w referencjach dotyczących realizacji z pkt 2 jak i 3 wskazano bowiem, że pracownicy członków Konsorcjum wspólnie wykonywali roboty budowlane: *” a przedstawiciele obu Wykonawców kierowali, koordynowali i organizowali realizację procesu inwestycyjnego, w tym uczestniczyli w radach budowy, odbiorach robót i zarządzaniu realizacją prac i podejmowaniu kluczowych decyzji związanych z realizacją zadania. Roboty budowlane zostały wykonane przez wykwalifikowaną kadrę kierowniczą i pracowników Wykonawców.”* Co więcej, Przystępujący złożył z własnej inicjatywy poza wymaganym wykazem robót i referencjami oświadczenie Partnera Konsorcjum: PBO Śląsk sp. z o.o., że wspólnie z MTM Budownictwo wykonywali wszystkie roboty budowlane, wspólnie kierowali, koordynowali i organizowali realizację całego procesu inwestycyjnego, wspólnie uczestniczył w radach budowy, odbiorach, zarządzaniu i podejmowaniu kluczowych decyzji związanych z realizacją robót. Wskazał, że: *„Zarówno spółka PBO ŚLĄSK sp. z o.o. jak również spółka MTM Budownictwo sp. z o.o. (każda z osobna) bezpośrednio uczestniczyły w realizacji całości robót i prac w zakresie wyżej wskazanych inwestycji.”*

Złożone przez Przystępującego dowody: umowy konsorcjum, protokół odbioru końcowego, zestawienia wystawionych faktur dla realizacji z pkt 3 wykazu robót jedynie dodatkowo potwierdzają, że MTM Budownictwo bezpośrednio uczestniczyło w realizacji referencyjnych inwestycji, przy czym dowód: zestawienie faktur ukazuje, że udział ten był znaczący biorąc pod uwagę wartość wszystkich wystawionych faktur.

Konkludując, wystarczającym dla stwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu było wskazanie w wykazie robót na realizację, w których MTM Budownictwo bezpośrednio uczestniczyło. Odwołujący nie podważył skutecznie złożonego oświadczenia, poprzez wykazanie okoliczności przeciwnej. Wbrew jego twierdzeniom referencje nie miały ogólnego charakteru i ponad wymagania wynikające z ww. Rozporządzenia wskazywały na wspólną realizację obu inwestycji przez Członków Konsorcjum, co dodatkowo zostało potwierdzone oświadczeniem Partnera, a w postępowaniu odwoławczym wykazane stosownymi dowodami przez Przystępującego. Chybną okazała się argumentacja Odwołującego o obowiązkowi żądania w toku postępowania od Przystępującego dowodów takich jak: *„umowy konsorcjum, porozumienia wykonawczego, protokołów odbioru końcowego, faktur, umów podwykonawczych, że MTM Budownictwo zrealizowało część zamówienia odpowiadającą postawionemu warunkowi udziału w postępowaniu”* również w kontekście przywołanego już Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, z którego nie wynika uprawnienie zamawiającego do żądania tego typu dokumentów. W tym kontekście Izba uznała za nieprzydatny dla rozstrzygnięcia dowód złożony przez Odwołującego: przykładowe potwierdzenie odbioru robót.

Izba stwierdziła, że bezpośrednie uczestnictwo MTM Budownictwo w wykonywaniu realizacji wskazanych w wykazie robót nie budziło wątpliwości, dlatego też Zamawiający nie był zobowiązany kierować w tym zakresie wezwania do wyjaśnień, a tym bardziej nieuprawnionym byłoby odrzucenie oferty Przystępującego. Dlatego też Izba nie uwzględniła postawionego zarzutu.

W konsekwencji nie potwierdziły się zarzuty wynikowe odwołania dotyczące czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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 (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Z uwagi na pominięcie stanowiska Zamawiającego, którego Pełnomocnik nie był należycie umocowany, a dopuszczony tymczasowo do udziału w posiedzeniu i rozprawie nie uzupełnił braku pełnomocnictwa w wyznaczonym terminie, Izba nie zasądziła kosztów wynagrodzenia Pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez

Zamawiającego na rozprawie.

Przewodniczący: