Sygn. akt: KIO 782/22

WYROK

z dnia 7 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: AGROBEX Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, AGROBEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WEGNER

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, DB Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka jawna w Poznaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2b w zw. z art. 118 ust. 2, 3 i 4 oraz art. 112 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.) poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WEGNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, DB Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka jawna w

Poznaniu, pomimo że wykonawcy ci nie potwierdzili spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, gdyż nie wykazali realności dysponowania zasobami podmiotów trzecich udostępniających zasoby w zakresie wiedzy i

doświadczenia, i nakazuje zamawiającemu - Poznańskiemu Towarzystwu Budownictwa Społecznego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu - unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WEGNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, DB Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka jawna w Poznaniu i dokonanie ponownej oceny ofert,

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala,

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Poznańskie Towarzystwo

Budownictwa Społecznego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: AGROBEX Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, AGROBEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: AGROBEX Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, AGROBEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od zamawiającego - Poznańskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu - na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: AGROBEX

Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, AGROBEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu kwotę 4 533 zł 33 gr (słownie: cztery tysiące pięćset trzydzieści trzy złote trzydzieści trzy grosze), stanowiącą stosunkową część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Sygn. akt: KIO 782/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Poznaniu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych z garażem podziemnym w

Poznaniu na polu inwestycyjnym 6MW, wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji pozwolenia

na użytkowanie.

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

W dniu 21 marca 2022 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: AGROBEX Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w

Poznaniu, AGROBEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego zarzucając

naruszenie:

1. art. 226 ust 1 pkt 2b w związku z art. 118 ust. 2, 3 i 4 oraz art. 112 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. WEGNER spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Poznaniu, oraz DB Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Jawna z siedzibą w Poznaniu, zw. dalej „Konsorcjum WEGNER" lub „przystępujący", pomimo iż wykonawca ten nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, gdyż:

a. nie wykazał realności dysponowania zasobami podmiotów trzecich udostępniających zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, a także osoby kierownika budowy,

b. podmiot udostępniający zasoby (Re-Bau) nie posiada doświadczenia wymaganego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postepowaniu,

c. osoba wskazana na stanowisko kierownika budowy - nie posiada 8 lat doświadczenia zawodowego, które było wymagane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu;

2. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucania oferty Konsorcjum WEGNER, mimo iż zawiera ona błąd w obliczeniu ceny - błędne zastosowanie 8% stawki podatku VAT w odniesieniu do robót przygotowawczych placu budowy oraz robót uzbrojenia i urządzenia terenu;

3. art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. PTB NICKEL sp. z o.o. z siedzibą w Jelonku (k. Poznania), oraz PTB NICKEL Technologia sp. z o.o. z siedzibą w Jelonku (k. Poznania), zw. dalej „Konsorcjum NICKEL", mimo iż jej treść jest ona niezgoda z warunkami zamówienia w zakresie w jakim oferta Konsorcjum NICKEL nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia. Konsorcjum NICKEL nie wyceniło i nie ujęło w ofercie kosztów wykonania instalacji uzbrojenia terenu w zakresie: 5. UZBROJENIE I URZĄDZENIE TERENU: 5.1 . 3. centralnego ogrzewania 5.1.4. wodociągowe;

4. art. 226 ust 1 pkt 10 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucania oferty Konsorcjum NICKEL, mimo iż zawiera ona błąd w obliczeniu ceny - błędne zastosowanie 8% stawki podatku VAT w odniesieniu do robót przygotowawczych placu budowy oraz robót uzbrojenia i urządzenia terenu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;

3. odrzucenia oferty Konsorcjum WEGNER;

4. odrzucenia oferty Konsorcjum NICKEL,

5. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego, oferta odwołującego powinna być, zgodnie z ustalonymi kryteriami oceny ofert, uznana za ofertę najkorzystniejszą. Interes we wniesieniu odwołania polega zatem na tym, iż jego uwzględnienie będzie skutkowało odrzuceniem oferty wykonawcy, która została uznana za najkorzystniejszą, a także odrzuceniem oferty sklasyfikowanej na drugiej pozycji. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego i odrzucenia ww. ofert, oferta odwołującego zostałaby sklasyfikowana na miejscu pierwszym. Nie może zatem budzić wątpliwości, że objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu odwołującemu uzyskania zamówienia. Tym samym nie można odmówić odwołującemu interesu we wniesieniu odwołania.

Zamawiający na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2022 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło Konsorcjum WEGNER. Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w zakresie wymaganego od wykonawców doświadczenia, postawił

warunek udziału w postępowaniu w brzmieniu nadanym odpowiedzią na pytanie nr 5 z dnia 9.12.2022 r., zgodnie z którą wskazał, iż „uwzględniając konieczność określenia warunków udziału w postępowaniu, w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, przy zastosowaniu art. 118 PZP, wprowadza do rozdziału VI pkt 1 ppkt 3) SWZ, zapis dotyczący doświadczenia w zakresie wykonania instalacji oddymiania i wentylacji garażu podziemnego" i ukształtował treść warunku w następujący sposób:

„Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że posiada zdolność techniczną polegającą na wykonaniu w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, prawidłowo, terminowo i zgodnie

z zasadami wiedzy technicznej co najmniej jednej roboty budowlanej o wartości co najmniej 35 mln zł (słownie: trzydzieści pięć milionów złotych) obejmującej wykonanie minimum jednego budynku mieszkalnego wielorodzinnego tub zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi (elektrycznymi, teletechnicznymi i sanitarnymi, z kompleksową infrastrukturą zewnętrzną i urządzeniem terenu, o powierzchni użytkowej budynku/ów min. 10.000,00 m^2 (dziesięć tysięcy metrów kwadratowych) tub ze 100 lokalami mieszkalnymi, wraz z garażem podziemnym wielostanowiskowym powierzchni użytkowej min. 1.501 m^2 (tysiąc pięćset jeden metrów kwadratowych), które są zakończone, odebrane i na które została wydana ostateczna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie. Zamawiający dopuszcza również spełnienie warunku poprzez wykazanie realizacji budynku lub zespołu budynków usługowych lub biurowych (lub o funkcji mieszanej) z garażem podziemnym, zgodnych z wyżej opisanymi parametrami technicznymi i finansowymi.

W przypadku podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie, co najmniej jeden

musi spełniać powyższy warunek. Oznacza to, że Zamawiający nie uzna sumowania doświadczenia podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie.

W przypadku udostępnienia Wykonawcy przez podmiot trzeci swojej zdolności technicznej Wykonawca zapewni, iż ww. podmiot trzeci zobowiąże się do osobistego wykonania odpowiedniej części Zamówienia.

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie dokonana zostanie na podstawie odpowiedniego oświadczenia złożonego przez Wykonawcę w powyższym zakresie w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (JEDZ) stanowiącym Załącznik Nr 3 do SWZ. "

Konsorcjum WEGNER posłużyło się zasobami udostępnionymi przez podmiot trzeci, tj. Re-Bau sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej „Re-Bau"), dołączając do oferty zobowiązanie tego podmiotu.

Do oferty zostało załączone zobowiązanie do udostępniania zasobów z dnia 14

grudnia 2022 roku udzielone przez Re-Bau sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, a także JEDZ tego podmiotu.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów podmiotowych w trybie art. 107 ust. 2 ustawy P.z.p. został złożony wykaz robót, w którym, oprócz roboty wykonanej przez Re-Bau, została wskazana również robota wykonana przez inny podmiot, tj. Firmę Budowlaną A. M. sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu. Jednocześnie oprócz wykazu Konsorcjum WEGNER załączyło również zobowiązanie do udostępnienia zasobów z dnia 16 grudnia 2022 roku udzielone przez Firmę Budowlaną A. M. sp. z o.o., a także JEDZ tego podmiotu;

Zobowiązanie i JEDZ Firmy Budowlanej A. M. sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu zostały złożone bez wezwania. Zamawiający wezwał Konsorcjum WEGNER do ponownego złożenia tych dokumentów. W odpowiedzi, Konsorcjum WEGNER przekazało ponownie dokumenty dotyczące Firmy Budowlanej A. M. sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu, z tym, że poprzednia referencja została uzupełniona o kolejną, wystawioną dnia 3.02.2022 r.

W zobowiązaniach obu podmiotów trzecich znajduje się następująca informacja dotycząca zakresu i okresu udziału przy wykonywaniu zamówienia:

„udział w realizacji robót budowalnych, przez cały okres wykonywania przedmiotu zamówienia w zakresie niezbędnym do prawidłowego wykonania zamówienia".

f. W ofercie Konsorcjum WEGNER brak jest jakichkolwiek informacji na temat powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy oraz zakresu planowanego powierzenia;

g. Informacja o powierzeniu wykonania części zamówienia podmiotowi, na którego zasoby powołuje się Konsorcjum WEGNER znajduje się w dokumentach JEDZ obu konsorcjantów, jednak i tutaj brakuje zarówno wskazania nazwy podmiotu, któremu powierzona zostanie realizacja części zamówienia, jak również powierzanego zakresu.

Zgodnie z pkt VI. 4 s.w.z., zamawiający postawił następujący warunek w zakresie posiadania zdolności zawodowej:

„Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że dysponuje osobą zdolną do pełnienia funkcji kierownika budowy. Wykonawca wykaże, że osoba która będzie pełnia funkcję kierownika budowy, posiada:

- uprawnienia do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, jest wpisany na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego zgodnie z Ustawą z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa,

- staż pracy: minimum 8 lat, w tym minimum 2 lata na stanowisku kierownika budowy przy realizacji minimum jednej inwestycji opisanej powyżej w ust. 3) niniejszego rozdziału. ”

Konsorcjum WEGNER, na stanowisko kierownika budowy przedstawiło Pana Ł. S. . Pan Ł. S. uprawnienia budowlane uzyskał w roku 2013 roku, natomiast wpis na listę inżynierów budownictwa uzyskał w roku 2015.

Konsorcjum WEGNER oraz konsorcjum NICKEL zastosowały 8% stawki podatku VAT w odniesieniu do robót przygotowawczych placu budowy oraz robót uzbrojenia i urządzenia terenu. Dla pozostałych robót wykonawcy ci zastosowali stawkę 23%.

W ofercie Konsorcjum NICKEL wykonawca ten wycenił na kwotę 0 zł następujące roboty:

5. UZBROJENIE I URZĄDZENIE TERENU:

5.1 . 3. centralnego ogrzewania
5.1.4. wodociągowe.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2b w zw. z art. 118 ust. 2, 3 i 4 oraz art. 112 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WEGNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, DB Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka jawna w Poznaniu, pomimo że wykonawcy ci nie potwierdzili spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, gdyż nie wykazali realności dysponowania zasobami podmiotów trzecich udostępniających zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne i podlega oddaleniu.

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

W zakresie zarzutu uwzględnionego przez Izbę, Izba wskazuje, co następuje:

Zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy P.z.p., 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.

W myśl ust. 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.

Zgodnie z ust. 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.

Stosownie do ust. 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.

Izba podziela stanowisko odwołującego, iż w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, udostępnienie tych zasobów musi mieć charakter realny, a podmiot trzeci musi brać rzeczywisty udział w wykonaniu przedmiotu zamówienia.

W tym przedmiocie wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 7 kwietnia 2016 roku w sprawie E-324/14 Partner A. D. . Trybunał stwierdził, iż o ile oferent ma swobodę wyboru w zakresie ustanowienia i charakteru prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z podmiotami, na których zdolnościach polega, to jest on jednak zobowiązany przedstawić dowód, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów, które to zasoby nie stanowią jego własności, a są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 2 grudnia 1999 r. Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo).

Zgodnie zatem z art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 oferent nie może polegać na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia wymaganych przez instytucję zamawiającą warunków w czysto formalny sposób.

TS stwierdził, że art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 w związku z jej art. 44 ust. 2 należy interpretować w ten sposób, że:

- przyznają one każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z tymi podmiotami powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania tego zamówienia oraz

- nie można wykluczyć, że korzystanie z tego prawa może być ograniczone w szczególnych okolicznościach z uwagi na przedmiot danego zamówienia, a także jego cele. Jest tak w szczególności w przypadku, gdy kandydat lub oferent nie może polegać na

zdolnościach podmiotu trzeciego niezbędnych do wykonania tego zamówienia, co oznacza, że może on powołać się na wskazane zdolności wyłącznie wtedy, gdy podmiot trzeci osobiście i bezpośrednio uczestniczy w wykonaniu odnośnego zamówienia.

Wskazując na powyższe Izba stwierdziła, iż dla oceny, czy udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego ma charakter realny i czy wykonawca daje gwarancję należytego wykonania robót polegając na zasobach podmiotu trzeciego nie wystarczy, by podmiot trzeci w złożonym zobowiązaniu wskazał jedynie, że jego udział w realizacji robót budowlanych będzie miał zakres niezbędny do prawidłowego wykonania zamówienia. Sformułowanie „zakres niezbędny do prawidłowego wykonania zamówienia" jest sformułowaniem zbyt ogólnym i nieprecyzyjnym, by zamawiający mógł ocenić, czy wykonawca wykona zadanie w sposób należyty. Podkreślić należy, że zamawiający ustanowił jeden warunek w zakresie zdolności technicznej i przystępujący w zakresie tego warunku w całości polega na doświadczeniu podmiotu trzeciego. Podmiot udostępniający zdolności, zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy P.z.p., musi wykonać te roboty, do realizacji których te zdolności są wymagane, co w rozpoznawanym przypadku dotyczy wykonania zdecydowanej większości zamówienia przez ten podmiot. Wykonawca ma zatem obowiązek wskazać precyzyjnie, jakie roboty wykona podmiot, tak by zamawiający miał pewność, że przedmiot zamówienia zostanie wykonany przez podmiot doświadczony i dający gwarancję należytego ich wykonania. Określenie „w zakresie niezbędnym" nie stanowi dla zamawiającego żadnej wskazówki co do rzeczywistego zakresu, jaki podmiot udostępniający zdolności będzie wykonywał.

Izba uznała za nieuzasadniony wskazany wyżej zarzut podniesiony wobec faktu udostępnienia przez podmiot Re-Bau osoby kierownika budowy. Wydaje się, że udostępnienie osoby kierownika budowy oraz fakt, że na stanowisko to został wyznaczony Pan Ł. S., nie budzi wątpliwości zarówno co do osoby kierownika budowy, jak i wykonywanych przez niego czynności.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2b w zw. z art. 118 ust. 2, 3 i 4 oraz art. 112 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WEGNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, DB Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka jawna w Poznaniu, pomimo że wykonawcy ci nie potwierdzili spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, gdyż podmiot udostępniający zasoby (Re-Bau) nie posiada doświadczenia wymaganego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postepowaniu.

Odwołujący uzasadniając powyższy zarzut wskazał szereg dowodów na okoliczność wykazania, że budynek ASTRIS, wykonany przez firmę Re-Bau, na którego zasoby powołał się przystępujący, nie posiada instalacji oddymiania, a także powierzchnia użytkowa garażu jest mniejsza od wymaganej przez zamawiającego.

Izba oddaliła wnioski dowodowe odwołującego podniesione na okoliczność wykazania, że budynek wykonany przez Re-Bau nie posiada instalacji oddymiania (referencje z dnia 2.02.2022 r., strona internetowa najemcy z rzutami kondygnacji ,https://www.youtube.com/watch?v=gSmW4WuGUcA, zdjęcia kondygnacji -2 budynku ASTRIS). Izba wskazuje, że wymóg, by wykonany budynek posiadał taką instalację, nie został wyszczególniony w treści warunku wskazanego w rozdziale VI pkt 1 ppkt 3 s.w.z.

Izba przeprowadziła dowody przedstawione przez odwołującego na okoliczność wykazania, że powierzchnia użytkowa garażu w budynku ASTRIS jest mniejsza niż wymagana przez zamawiającego i wynosi 1315 m^2 (rzuty kondygnacji budynku ASTRIS, projekt architektoniczno-budowlany rzut poziom -2, tabela/legenda wykazu pomieszczeń rzut poziom -2, analiza wymagań i stopnia skomplikowania technicznego dla garaży o powierzchni całkowitej do 1500 m^2 i powyżej 1500 m^2) i stwierdziła, że powierzchnia użytkowa w tym garażu jest mniejsza niż 1501 m^2. Niezależnie od tych ustaleń Izba wskazuje, że zarówno zamawiający, jak i przystępujący, nie podjęli polemiki z argumentacją

odwołującego w tym zakresie. Izba uznała zatem stanowisko odwołującego za właściwe.

Niemniej jednak Izba wskazuje, że przystępujący w przedmiotowym postępowaniu w wyniku wezwania przez zamawiającego złożył zobowiązanie Firmy Budowlanej A. M. sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu. Odwołujący nie zakwestionował doświadczenia tego podmiotu, zatem Izba uznała, że udostępniający zdolności posiada wymagane w przedmiotowym postępowaniu doświadczenie.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust 1 pkt 2b w związku z art. 118 ust. 2, 3 i 4 oraz art. 112 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. WEGNER spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Poznaniu, oraz DB Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Jawna z siedzibą w Poznaniu, zw. dalej „Konsorcjum WEGNER" lub „przystępujący", pomimo iż wykonawca ten nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, gdyż osoba wskazana na stanowisko kierownika budowy nie posiada 8 lat doświadczenia zawodowego, które było wymagane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z pkt VI. 4 s.w.z., zamawiający postawił warunek dotyczący kierownika budowy: staż pracy: „minimum 8 lat, w tym minimum 2 lata na stanowisku kierownika budowy przy realizacji minimum jednej inwestycji opisanej powyżej w ust. 3 niniejszego rozdziału".

Odwołujący podniósł, iż przedstawiony przez przystępującego na stanowisko kierownika budowy Pan Ł. S. nie posiada 8-letniego doświadczenia na stanowisku kierownika budowy, ponieważ - mimo że uprawnienia budowlane uzyskał w roku 2013 - to jednak wpis na listę inżynierów budownictwa uzyskał dopiero w roku 2015.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego. Analiza treści przytoczonego wyżej warunku wskazuje, że zamawiający wobec kierownika budowy wymagał minimum 8-letniego stażu pracy, bez doprecyzowania konkretnego stanowiska czy funkcji. Warunek dotyczący stażu pracy na stanowisku kierownika budowy wskazywał na minimum 2 lata. Odwołujący nie wykazał, by Pan Ł. . nie posiadał minimum 8-letniego stażu pracy, w tym minimum 2 lat na stanowisku kierownika budowy. Izba oddaliła wniosek dowodowy odwołującego w tym zakresie (wykaz miesięczny przynależności Pana Ł. S. do Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa), jako że postawiony był na wykazanie okoliczności, która nie wynikała z treści warunku określonego w pkt. VI.4 s.w.z.

Izba uznała za nieuzasadnione zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum WEGNER i Konsorcjum NICKEL, mimo iż zawierają one błędy w obliczeniu ceny - błędne zastosowanie 8% stawki podatku VAT w odniesieniu do robót przygotowawczych placu budowy oraz robót uzbrojenia i urządzenia terenu.

W treści odwołania odwołujący uzasadnił podniesione w tym zakresie zarzuty w sposób niezwykle lakoniczny, wskazując jedynie, że zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. z 2021 roku, poz. 685 ze zm.), grupa robót (roboty przygotowawcze placu budowy oraz roboty, uzbrojenie i urządzenie terenu) w całości powinny być objęte stawką 23% stawką VAT. Tymczasem Konsorcjum WEGNER i Konsorcjum NICKEL zastosowało mieszaną 8+23% stawkę VAT.

Na rozprawie przez Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 4 kwietnia 2022 roku odwołujący przedstawił jako dowody: porównanie ofert na podstawie harmonogramu rzeczowo-finansowego, uchwałę NSA z dnia 3 czerwca 2013 roku sygn. akt I FPS 7/12, pismo Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej 0111-KDIB3-1-4012-237-2018-1-WN, pismo Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej 0112-KDIL1-2-4012-173-2018-1-TK.

Izba oddaliła wnioski dowodowe podniesione przez odwołującego w tym zakresie. Izba wskazuje, że pisma Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej, stanowiące interpretacje indywidualne, zostały wydane w innych stanach faktycznych i nie mogą mieć zastosowania ani stanowić dowodu w przedmiotowej sprawie. Wskazać należy na wyjątkowo obszerne stany faktyczne w tych sprawach, których nie można w sposób bezpośredni przełożyć na niniejsze postępowanie. Odwołujący nie przedstawił natomiast interpretacji indywidualnej

wydanej w tej konkretnej sprawie do tego postępowania. Również zamawiający nie podał w dokumentacji postępowania stawki VAT obowiązującej dla poszczególnych robót, jakie realizowane będą w ramach przedmiotowego zadania.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust 1

pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty

Konsorcjum NICKEL, mimo iż jej treść jest ona niezgoda z warunkami zamówienia, w zakresie, w jakim oferta Konsorcjum NICKEL nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia. Konsorcjum NICKEL nie wyceniło i nie ujęło w ofercie kosztów wykonania instalacji uzbrojenia terenu w zakresie: 5. UZBROJENIE I URZĄDZENIE TERENU: 5.1 . 3. centralnego ogrzewania 5.1.4. wodociągowe.

W ocenie Izby nie można się zgodzić, że wykonawca Konsorcjum NICKEL nie wycenił wskazanych wyżej robót. Wykonawca wycenił te roboty na 0 zł.

Izba wskazuje, że żaden przepis prawa nie zabrania stosowania ceny 0 zł za poszczególne roboty wchodzące w skład zamówienia podstawowego. Takiego wymogu nie ustanowił również zamawiający w treści s.w.z. Należy podkreślić, że zaoferowanie ceny 0 złotych w ofercie Konsorcjum NICKEL nie dotyczyło całości oferty, ale niektórych robót.

Izba wskazuje na definicję zamówień, zawartą w art. 7 pkt 32 ustawy P.z.p. zgodnie z którą przez „zamówienie" należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Izba wskazuje, że wymóg odpłatności dotyczy ogólnie rozumianego przedmiotu zamówienia, a taki w przedmiotowym postępowaniu został zachowany. Konsorcjum NICKEL wyceniło całość zamówienia i cenę tę wskazało w ofercie. Wycena niektórych robót na 0 zł być może uzasadniałaby zarzut złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co uzasadniałoby jej odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., ale taki zarzut nie został w odwołaniu postawiony.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

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