Sygn. akt: KIO 205/23

WYROK

z dnia 7 lutego 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 3 lutego 2023 roku, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2023 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie,

w postępowaniu prowadzonym przez Polskie Wydawnictwo Muzyczne, Kraków,

przy udziale wykonawcy EBS BUD Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z 128 ust. 1 i ust. 5 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu Polskiemu Wydawnictwu Muzycznemu w Krakowie wezwać na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcę EBS BUD Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu z pkt 10.1 ppkt 4 lit. b) i) SWZ.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę STRABAG Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie (w części 2/3) oraz wykonawcę EBS BUD Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (w części 1/3) i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysiące dwieście złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz przystępującego;

3.2 zasądza od wykonawcy EBS BUD Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy STRABAG Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie kwotę 5 466 zł 66 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta sześćdziesiąt sześć złotych i sześćdziesiąt sześć groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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 2022 r. poz. 1710 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.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 205/23

UZASADNIENIE

W dniu 23 stycznia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Polskiemu Wydawnictwu Muzycznemu (dalej „Zamawiający") naruszenie:

1) art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 226 ust 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty EBS BUD w sytuacji, gdy Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w zakresie zdolności zawodowej co do dysponowania osobą skierowaną do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, z uwagi iż osoba wskazana na tą funkcję tj. Pan P. I., nie posiada doświadczenia wymaganego warunkiem udziału w postępowaniu, określonego w pkt 10.1 ppkt 4 lit b) i. SWZ, a Wykonawca ten w trakcie Postępowania dokonał już zmiany na stanowisku Kierownika budowy, co uniemożliwia kolejne wezwanie do uzupełniania lub wyjaśnienia oferty w tym zakresie;

2) art. 16 pkt 1 i 2 pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty EBS BUD, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą i podlega odrzuceniu, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości.

A w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1:

3) 112 ust. 2 pkt 3, art. 115 ust. 1 pkt 4, art. 118 ust. 1 3 i 4, art. 119 w zw. z art. 128 ust.

1 i ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia i uzupełnienia treści podmiotowych środków dowodowych, co do spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącej zdolności finansowej określonej w pkt. 10.1 ppkt 3 lit a) SWZ, poprzez zaniechanie zbadania realności udostępnionych zasobów przez podmiot trzeci: A. sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Braci Prankel Nr 1, 47-100 Strzelce Opolskie (dalej jako A.) podczas gdy do udostępnienia takich zasobów nie doszło zarówno w ujęciu formalnym - z uwagi na brak umocowania osoby składającej zobowiązanie do udostepnienia takich zasobów oraz w ujęciu materialnym - w zakresie w jakim ze złożonych dokumentów nie wynika realny sposób udostępnienia takich zasobów, ani realność dysponowania takim potencjałem przez Wykonawcę na etapie realizacji zamówienia.

4) art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust 1 w zw. z 128 ust. 1 i ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia i uzupełnienia treści podmiotowych środków dowodowych, co do spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu dotyczącej zdolności zawodowej tj. warunku wskazanego w pkt. 10.1 ppkt 4 lit a) SWZ co do wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej, w skład której wchodziło wykonanie rozbudowy/przebudowy/modernizacji budynku użyteczności publicznej, wpisanego do rejestru Konserwatora zabytków, podczas gdy inwestycja wskazana w wykazie robót złożonym przez EBS BUD nie spełnia tego warunku.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu i odrzucenie oferty EBS BUD, ewentualnie w przypadku nie uwzględnienia zarzutu nr 1, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu i wezwanie EBS BUD do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej określonej w pkt. 10.1 ppkt 3 lit a) SWZ oraz zdolności technicznej lub zawodowej określonej pkt. 10.1 ppkt 4 lit a) SWZ, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem czynności wskazanych w pkt 2 i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, niepodlegającej odrzuceniu.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów, Odwołujący wskazał, co następuje:

Ad. 1 brak spełniania warunku udziału w postępowaniu co dysponowania odpowiednią osobą na funkcje kierownika budowy

Odwołujący wskazał, że z przedłożonego przez EBS BUD wykazu osób wynika, że kierownik budowy nie spełnia warunków udziału w postępowaniu bowiem wykazywana w ramach doświadczenia robota budowlana nie dotyczyła przebudowy budynku użyteczności publicznej, a dotyczyła przebudowy budynku pofabrycznego, tj. budynku produkcyjnego. Odwołujący podkreślił, że wykonawca EBS BUD samoistnie dokonało już zmiany osoby na stanowisku kierownika budowy. W złożonej ofercie EBS BUD złożyło dokument JEDZ, w którym na stanowisko kierownika budowy wskazało pana Wojciecha Tuszyńskiego, podczas gdy w złożonych na wezwanie podmiotowych środkach dowodowych – w wykazie osób na miejsce kierownika budowy wskazano pana P. I., który pełnił funkcje kierownika budowy przy zamówieniu pn. Remont, przebudowa i adaptacja obiektu pofabrycznego przy ulicy Sienkiewicza 75/77 wraz z zagospodarowaniem terenu, na potrzeby Teatru Pinokio. Dowód:

1. dokument JEDZ złożony wraz z ofertą EBS BUD – w aktach sprawy; 2. Wykaz osób EBS BUD – w aktach sprawy.

Zdaniem Odwołującego, wskazana wyżej robota budowlana, przy której doświadczenie miał nabyć jako Kierownik budowy pan P. I., nie spełnia warunku wobec faktu, iż przebudowywany budynek nie był budynkiem użyteczności publicznej zgodnie z brzmieniem warunku tj. Pkt 10.1 pkt 4: b i). W ocenie Odwołującego, warunek w sposób jednoznaczny i precyzyjny określa, że robota miała dotyczyć przebudowy lub nadbudowy istniejącego już budynku użyteczności publicznej. Zgodnie z definicją § 3 pkt 6 rozporządzenia ws. warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U z 2019 r poz. 1065):

6) budynku użyteczności publicznej - należy przez to rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny;

W ocenie Odwołującego budynkiem użyteczności publicznej nie był wskazany w wykazie osób budynek pofabryczny przy ulicy Sienkiewicza 75/77. W samym rejestrze zabytków został sklasyfikowany jako obiekt architektury przemysłowej. W ogólnodostępnym rejestrze prowadzonym przez Narodowy Instytut Dziedzictwa nieruchomość przy ulicy Sienkiewicza 75/77 została oznaczona jako Budynek Tkalni Mechanicznej, Budynek tkalni mechanicznej z aneksem klatki schodowej oraz zespół budowlany dawnej fabryki wyrobów wełnianych rodziny S., wszystkie z kategorią budynków przemysłowych. Powyższe obiekty przed przebudową były zatem obiektami produkcyjnymi w myśl rozporządzenia ws. warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Dowód: informacje ze strony Narodowego Instytutu Dziedzictwa wskazujący na rodzaj architektury przemysłowej obiektu przy ul. Henryka Sienkiewicza 75/77 w Łodzi, decyzja w sprawie wpisania nieruchomości do rejestru zabytków nieruchomych z dnia 25 stycznia 2017 r.

Co istotne budynki pofabryczne jedynie przystosowano lub zaadaptowano na potrzeby Teatru Pinokio. Z dostępnej decyzji pozwolenia na budowę nr DPRG-UA-I.2763.2020 z dnia 13 października 2020 r. wynika, że udzielono pozwolenia na roboty budowlane obejmujących

remont, przebudowę i rozbudowę budynku dawnej tkalni (A), remont, przebudowę, rozbudowę i nadbudowę budynku

dawnej przędzalni mechanicznej (B, B1, B2), budowę łącznika (B3), nadbudowę dawnej wieży(B4), remont i przebudowę budynku dawnej kotłowni(C), rozbiórkę dobudówki i komina, budowę łącznika (D), rozbudowę o windę osobowo-towarową wraz z łącznikiem budynku dawnej tkalni (E) wraz z przebudową obiektów pofabrycznych na potrzeby Teatru Pinokio wraz z instalacjami wewnętrznymi oraz elementami zagospodarowania terenu i instalacjami zewnętrznymi na nieruchomości położonej w Łodzi przy ul. Sienkiewicza 75/77. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że pierwotną klasyfikacją jak i przeznaczeniem obiektu były obiekty przemysłowe, nieprzystosowane do zbiorowego korzystania przez ludzi a następcza adaptacja takich obiektów miała na celu zachowanie, jak w jak największym stopniu istniejącej struktury zabytkowej zabudowy. Dowód: Decyzja PNB z dnia 13.10.2020 r. nr DPRG-UA-I. 2763 .2020, Zaświadczenie Państwowego Inspektora Nadzoru Budowalnego w Łodzi o zakończeniu budowy z dnia 4.10.2020 r.

Odwołujący wskazał, że z fragmentu opisu technicznego Projektu Architektoniczno – Budowlanego dot. przedmiotowej inwestycji wynika, że ingerencja w budynki przemysłowe ma mieć charakter jak najmniej inwazyjny, a zachowawczy i dostosowawczy. Istotą remontu zgodnie, z wytycznymi konserwatora pozostawało zachowanie brył budynku jak i poszczególnych jego elementów w stanie pierwotnym, z ewentualnym odtworzeniem lub odrestaurowaniem tj.: podstawowym założeniem jest zachowanie w jak największym stopniu istniejącej struktury zabytkowej zabudowy. Istniejąca klatkę schodową w zachodniej części budynku tkalni zachowuje się. Będzie pełnić funkcję reprezentacyjną oraz ewakuacyjną po uzyskaniu stosownego odstępstwa od warunków ppoż. W dawnej, nieukończonej wieży pomiędzy budynkiem tkalni i hali szedowej zlokalizowano przeszkloną windę osobową. Nadbudowa wieży nie przekracza 6,0 m zgodnie z wytycznymi MPZP. Większość elementów budowlanych budynków zostanie zachowana i poddana zabiegom konserwatorskim i restauratorskim. Część budynku hali szedowej zostanie przekształcona poprzez wbudowanie sceny teatru oraz jej rozbudowę o część magazynową. Ponadto przewiduje się ingerencję w strukturę budynku tkalni poprzez wstawienie dwóch klatek schodowych i windy osobowo-towarowej zewnętrznej. Nie zmienia się formy dachu tkalni. Projektuje się okna połaciowe w celu zapewnienia minimalnej powierzchni szklenia w stosunku do powierzchni podłogi w pomieszczeniach na pobyt ludzi. Nie zmienia się formy dachu trzech przęseł hali szedowej od strony zachodniej. Konstrukcję kolejnych dwóch przęseł przeznacza się do demontażu i odtworzenia w innej formie. Wskazane do zachowania egzemplarze stolarki zostaną odrestaurowane lub odtworzone. Pozostałe prace przewiduje się wykonać zgodnie z wytycznymi konserwatorskimi oraz programem prac konserwatorskich. Elewacje istniejących

budynków zostaną poddane zabiegom konserwacji i restauracji. W poziomie parteru budynku tkalni, przędzalni i kotłowni zostanie przywrócony pierwotny wystrój architektoniczny. Elewacje projektowanej rozbudowy i nadbudowy hali szedowej wykonano z blachy cynkowo-tytanowej w kolorze grafitowym. Elewacje łącznika pomiędzy budynkami na poziomie +2,łącznika na poziomie 0, szybu windowego w dawnej wieży oraz szybu windowego przed elewacją południową wykonano ze szkła profilowego montowanego do podkonstrukcji stalowej. Dowód: Projekt Architektoniczno – Budowlany - część II.A.2 Forma architektoniczna II.A.2.1 Forma architektoniczna

W ocenie Odwołującego, powyższe nawet jeżeli w całościowym rezultacie doprowadziło do powstania obiektu użyteczności publicznej, to prace prowadzone na tym obiekcie nie mały charakteru i zakresu prac typowego, jak dla wymaganego warunkiem udziału w Postępowaniu przebudowy lub rozbudowy istniejącego już budynku użyteczności publicznej. Prace adaptacyjne i odtworzeniowe na budynku objętym nadzorem konserwatorskim z zachowaniem znaczącego charakteru i rozwiązań obiektów przemysłowych - pofabrycznych nie doprowadziły do nabycia doświadczenia wymaganego warunkiem udziału.

Zdaniem Odwołującego, kluczowe w tym momencie jest prawidłowe odczytanie treści warunku udziału w postępowaniu. Istotną kwestią w tym zakresie jest dokonanie oceny, z jakich przyczyn Zamawiający ograniczył możliwość wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu jedynie do przebudowy lub rozbudowy. W celu prawidłowego odczytania postawionego warunku odnieść należy się do pojęć zawartych w prawie budowlanym i zawartych w nim definicji w art. 3 pkt 6), 7), i 7a) Prawa budowlanego (Dz.U. z 2021 r. poz. 2351):

> 6) budowie - należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego;
>
> 7) robotach budowlanych - należy przez to rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego;

7a) przebudowie - należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego;

Z powyższych pojęć najszerszym pojęciem są roboty budowlane, które zawierają w sobie zarówno i przebudowę jak i rozbudowę z tym zastrzeżeniem, że:

- przebudowa jest osobnym rodzajem roboty budowlanej i nie jest elementem „budowy" jako takiej;
- rozbudowa – jest jednym z rodzajów „budowy"

Odwołujący podkreślił, że warunek udziału w Postepowaniu dotyczył wyłącznie „przebudowy" lub „rozbudowy" budynku użyteczności publicznej. W tym zakresie kluczowe jest, że obydwa te pojęcia odwołują się do prowadzenia robót budowlanych w istniejących obiektach budowlanych, które albo są rozbudowywane lub są przebudowywane. Świadczy to o tym, że Zamawiający celowo wyeliminował pojęcie „budowy" czyli roboty budowlanej o szerszym charakterze, w wyniku której powstaje nowy obiekt. Skutkiem tego jest, że wymagane doświadczenie w celu spełnienie warunków

udziału w postępowaniu nie może polegać na realizacji od „zera” budynku użyteczności publicznej, czyli wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu. W związku z tym przyjąć należy, że musiały istnieć dla Zamawiającego przyczyny, które spowodowały takie zawężenie wymaganego doświadczenia i uznanie, że tylko przebudowa i rozbudowa istniejącego budynku pozwalają zapewnienie właściwych zdolności technicznych dla realizacji przedmiotowego zamówienia, w rozumieniu art. 116 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w kontekście art. 116 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp warunki udzielenia zamówienia są formułowane w celu zapewnienia „realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości”. Zatem Zamawiający eliminując z doświadczenia „budowę” budynku użyteczności publicznej uznał, że „budowa” budynku od „zera” nie zapewnia wymaganego poziomu jakości a taki poziom jakości będzie zapewniony tylko poprzez doświadczenie w uprzedniej realizacji rozbudowy lub przebudowy istniejącego budynku użyteczności publicznej, który taki charakter musiał mieć w chwili rozpoczęcia robót (kontynuacja funkcji obiektu jako obiektu użyteczności publicznej).

W ocenie Odwołującego należy przyjąć, że rozbudowa i przebudowa są czymś węższym niż sama budowa, a jasne i celowo użyte sformułowania przebudowa lub rozbudowa dotyczy zatem obiektu już istniejącego, a więc takiego, którego funkcje budynku użyteczności publicznej istniały od samego początku. Z tych względów doświadczenie w przebudowie lub rozbudowie istniejącego budynku, który jednak przed rozpoczęciem robót budowlanych nie był budynkiem użyteczności publicznej, nie może być uznane za prawidłowe wypełnienie warunku udziału w postępowaniu. Wynika to z tego, że przebudowa lub rozbudowa budynku pofabrycznego (produkcyjnego) w swej istocie nie ma charakteru przebudowy lub rozbudowy budynku użyteczności publicznej. Sposób sformułowania warunku wskazuje, na konieczność zachowania ciągłości przeznaczenia budynku jako budynku użyteczności publicznej, który

musiał mieć taki charakter w chwili rozpoczęcia robót budowlanych w zakresie przebudowy lub rozbudowy. W konsekwencji Kierownik budowy musiał się wykazać doświadczeniem w przebudowie lub rozbudowie istniejącego już budynku użyteczności publicznej a nie nadać taki charakter budynkowi dopiero w wyniku jego adaptacji jako rezultatu prac. Warunek udziału w postępowaniu nie jest spełniony, jeżeli przebudowywany lub rozbudowywany obiekt nie miał charakteru obiektu użyteczności publicznej w chwili rozpoczęcia robót.

Odwołujący podkreślił, na wypadek ewentualnej argumentacji o sposobie interpretacji warunków udziału w Postępowaniu na korzyść wykonawcy, że taka zasada ma zastosowanie w przypadku niejasności wymagań czy brzmienia warunku udziału w Postępowaniu. Warunek określony w pkt 10.1 pkt 4 b) lit i SWZ jest warunkiem określonym w sposób jasny i precyzyjny, nie pozostawiający pola do nadinterpretacji. Świadczy o tym co najmniej fakt, że żaden z wykonawców nie zakwestionował wymaganych warunków ani nie zadał pytania co do sposobu ich rozumienia i interpretacji, w tym czy obiekt użyteczności publicznej musiał istnieć od samego początku. Określając zatem warunek udziału w Postępowaniu jako doświadczenie w przebudowie lub rozbudowie budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru zabytków (…) Zamawiający jasno wyartykułował że przebudowa lub rozbudowa ma dotyczyć „obiektu użyteczności publicznej” oraz „wpisu do rejestru zabytków”. Wykonanie prac na budynkach przemysłowych z zachowaniem parametrów i elementów dawnej fabryki nie spełnia wymogu i nie pozostawia pola do nadinterpretacji warunku na korzyść wykonawcy. Co więcej, taka nadinterpretacja lub inna niż literalna wykładania warunków SWZ naruszyłaby zasady równego traktowania wykonawców i oceny ofert z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 2008-10-07, sygn. XXIII GA 446/08 oraz wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2022 r sygn. KIO 1437/22.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, Wykonawca EBS samoistnie dokonał już zmiany na stanowisku kierownika budowy i tym samym wyczerpał procedurę możliwości zmiany wykazu osób, w trybie art. 128 ustawy Pzp. Brak spełniania warunku udziału przez kierownika budowy po stronie EBS powoduje że ofertę tego Wykonawcy należy odrzucić, bez możliwości żądania zastąpienia bądź kolejnej zmiany na stanowisku kierownika budowy. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 1316/17 oraz wyrok KIO 781/18.

Ad. 3 brak wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej-brak faktycznego i realnego udostępnienia zasobów przez A.

Odwołujący wskazał, że oferta EBS BUD wskazuje na posługiwanie się w celu spełnienia warunków udziału w Postępowaniu potencjałem podmiotu trzeciego: A. w zakresie zdolności finansowej posiadania odpowiedniej zdolności kredytowej lub środków finansowych na co najmniej 25 000 000 zł (dwadzieścia pięć milionów złotych).

W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, że zobowiązanie do udostępnienia potencjału przez A. oferentowi EBS BUD podpisał pan W. G. umocowany pełnomocnictwem z dnia 26.02.2021 roku podpisanym przez Prezesa Zarządu spółki Pana R.M. A.. Pełnomocnictwo upoważnia do reprezentacji spółki we wszystkich sprawach związanych z uczestniczeniem przez Spółkę w negocjacjach i przetargach, w tym w przetargach prowadzonych na podstawie ustawy prawo zamówień publicznych dotyczących wykonywania przez Spółkę prac projektowych oraz wykonywania robót budowlanych. Dalsza treść wymienia zakres związany z udziałem spółki A. w szeroko rozumianych przetargach, nie ogranicza pełnomocnika co do ilości co do składania ofert, ale wprowadza ograniczenia kwotowe do 100 000 000 zł. Dowód: Zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez A., Pełnomocnictwo dla W. G. – w aktach sprawy.

W ocenie Odwołującego, czynności udostępnienia potencjału finansowo-ekonomicznego podmiotu wykracza poza zakres udzielonego pełnomocnictwa. Spółka nie składa oferty w tym Postępowaniu, a zobowiązuje się udostępnić swoje środki finansowe. Zobowiązanie się solidarne spółki do odpowiedzialności finansowej w ramach niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez inną spółkę, ofertującą w Postępowaniu nie można uznać za udział w przetargu, gdyż spółka ta nie składa oferty, a całościowa treść pełnomocnictwa tego wymaga. Ponadto udział w zamówieniach prowadzonych na podstawie ustawy prawo zamówień publicznych dotyczy wykonywania przez Spółkę

prac projektowych oraz wykonywania robót budowlanych, a tego w badanym przypadku spółka nie udostępnia. Tym samym już z samego formalnego punktu widzenia do udostępnienia potencjału finansowo-ekonomicznego nie doszło, gdyż Pan W.G. nie miał umocowania do składania oświadczeń tego typu, w związku z czym EBS Bud nie wykazało spełnienia warunku określonego w pkt 10.1 pkt 3 ppkt a) SWZ.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, z treści przedłożonego zobowiązania do udostępnienia zasobu (w aktach sprawy) nie da się wywnioskować, w jaki sposób i czy na pewno nastąpi udostępnienie potencjału zdolności finansowej, wobec czego udostępnienie zdolności nie jest prawidłowe także w ujęciu materialnym. Zobowiązanie wskazuje, że udostępnienie zasobów przejawiać się będzie w udostępnieniu środków finansowych poprzez udzielanie w trakcie realizacji zamówienia Wykonawcy pożyczek, które uzna on za niezbędne i konieczne

w celu realizacji zamówienia. Jednocześnie, jako sposób udostępnienia podmiot trzeci wskazuje dwustronną umowę o współpracy, a także w przypadku gdy Wykonawca uzna za niezbędne i konieczne udzielenie pożyczki w trakcie realizacji zamówienia – o umowę pożyczki. Sposób jest zatem hipotetyczny i oderwany od zaistniałego stanu faktycznego. Nie dochodzi do realnego udostępniania zasobów i możliwości skorzystania z nich przez Wykonawcę a jedynie możliwość zwrócenia się o takie udostępnienie dopiero na etapie realizacji umowy. W dokumentach złożonych na wezwanie Oferent przedłożył informacje z banku o zdolności kredytowej spółki A., z której nadal nie wynika czy zdolność ta może być udostępniona innemu podmiotowi, czy kredyt musi być na konkretne przedsięwzięcie wykonawcy zgodnie z jego PKD itd.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo w zakresie realności dysponowania zasobami, na które się powołują (tak Krajowa Izba Odwoławcza: w wyroku z 21 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1007/13, KIO 1021/13, KIO 1050/13, KIO 1054/13; w wyroku z dnia 14 października 2014 r., sygn. akt KIO 1833/14; w wyroku z dnia 18 września 2014 r., sygn. akt: KIO 1840/14). W przedmiotowym postępowaniu trudno domyślać się na czym miałaby polegać rola podmiotu trzeciego w zakresie udostępnienia swojej linii kredytowej bez szczegółowego określenia zasad i wysokości tego udostępnienia.

Zgodnie z opinią UZP „Powoływanie się na zasoby ekonomiczne podmiotów trzecich oraz solidarna odpowiedzialność wykonawcy i podmiotu trzeciego użyczającego swój potencjał, za szkody zamawiającego powstałe na skutek nieudostępnienia zasobów" fakt braku możliwości oddzielenia zdolności ekonomicznej lub finansowej podmiotu trzeciego, w celu jej udostępnienia, od samego podmiotu trzeciego, w praktyce oznacza, że powoływanie się na takie zdolności przez wykonawcę będzie ograniczone do szczególnych przypadków, w których powiązania pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim będą tego rodzaju, że uzasadnią one możliwość realnego korzystania z tej zdolności przez wykonawcę w trakcie realizacji zamówienia.

Również zgodnie z orzecznictwem Izby zobowiązanie do udostępnienia zasobów finansowych musi być jasne i jednoznaczne, musi być zobowiązaniem, o którym mowa w kodeksie cywilnym, które można egzekwować musi określać warunki na jakich nastąpi udostępnienie zasobów finansowych oraz nie może wynikać z nieokreślonych umów przyszłych. Co więcej, z przedłożonego zobowiązania A. nie wynika konkretny sposób, w jaki potencjał zostanie udostępniony i na podstawie jakiego stosunku. W złożonym zobowiązaniu wskazano, że A. udostępni zdolność kredytową lub środki finansowe na wartość 25 000 000 zł. Ze złożonej opinii bankowej, która straciła ważność 3 dni po jej złożeniu (w dniu 18

listopada 2022 roku) wynika, że spółka miała jedynie zdolność kredytową na kwotę 120 000 000 zł i to na dzień 18 sierpnia 2022 r. Opinia nie wskazuje na wartość posiadanych środków więc do przekazania środków finansowych nie mogłoby dojść na podstawie przedłożonych dokumentów. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 591/14 oraz KIO 454/15.

W ocenie Odwołującego, niejednoznaczności i lakoniczności zobowiązania podmiotu trzeciego, braku istnienia na moment złożenia oferty stosunku zobowiązaniowego między wykonawcą EBS BUD, a A. sp. z o.o. (co potwierdza już treść samego zobowiązania) braku określenia sposobu (czy zdolność czy środki finansowe) wysokości i realności udostępnienia zdolności kredytowej, na moment złożenia oferty, do przekazania zdolności nie doszło, wobec czego EBS BUD w ujęciu materialnym nie spełnia warunku określonego w pkt 10.1 pkt 3 ppkt a) SWZ.

Wobec powyższego, w świetle niewykazania przez EBS BUD spełnienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający winien wezwać wykonawcę w trybie art. 128 ustawy Pzp do uzupełnienia i wyjaśnienia złożonych podmiotowych środków dowodowych. Czynność taka będzie jednak czynnością zbędną i bezprzedmiotową w przypadku uwzględnienia zarzutu nr 1, odnoszącego się do kierownika budowy.

Ad. 4 Zakres referencyjnej roboty budowlanej polegającej na budowie instalacji klimatyzacji i wentylacji mechanicznej wraz z modernizacją instalacji teletechnicznych i audiowizualnych oraz pozostałych instalacji budowlanych – budynek „G" Kancelarii Sejmu nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że warunek udziału w Postępowaniu określony w pkt 10.1 pkt 4 a) SWZ nakazywał wykazanie przez Wykonawcę, iż: „w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, [wykonał] co najmniej1 robotę budowlaną, której wartość wyniosła co najmniej 25 000 000,00 PLN (dwadzieścia pięć milionów) netto w skład której wchodziło wykonanie rozbudowy/przebudowy/modernizacji budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru Konserwatora zabytków".

Odwołujący wskazał, że wykonawca EBS BUD zarówno w JEDZ jak i w złożonym na wezwanie wykazie robót wskazał na wykonanie przez siebie inwestycji dla Kancelarii Sejmu pn. Budowa instalacji klimatyzacji i wentylacji mechanicznej wraz z modernizacją instalacji teletechnicznych i audiowizualnych oraz pozostałych instalacji budynkowych - budynek "G" Kancelarii Sejmu", ul. Wiejska 4/6/8/ Warszawa. W ocenie Odwołującego, już sama nazwa referencyjnej roboty budowlanej wskazuje na wykonanie określonych, nowych instalacji w

istniejącym budynku a nie wymaganej w ramach warunku rozbudowy/przebudowy lub modernizacji budynku. Sięgając po wydane dla tej inwestycji pozwolenie na budowę można ustalić, iż dotyczyła ona wykonania robót budowlanych związanych z realizacją instalacji wentylacji mechanicznej oraz instalacji klimatyzatorów dla pomieszczeń w budynku G położonym w zespole Parlamentu R.P. na terenie działki nr ew. 77 z obrębu 5-06-06 przy ul. Wiejskiej w Warszawie. Dowód: Ostateczna decyzja pozwolenia na budowę nr 170/ŚRD/2016 z dnia 27.06.2016 r.

Zdaniem Odwołującego, realizacja określonych instalacji w istniejącym obiekcie budowlanym nie spełnia warunku przebudowy bądź rozbudowy budynku. Jak bezpośrednio wynika z w/w decyzji pozwolenie na budowę wydano na wykonywanie robót budowlanych, a nie na przebudowę czy rozbudowę obiektu budowlanego. Nawet jeżeli wykonanie w/w instalacji obejmowało wykonanie odpowiednich robót konstrukcyjno -budowlanych (tak jak wskazuje złożona referencja z Kancelarii Sejmu), to roboty te miały charakter poboczny wiązany wyłącznie z tymi instalacjami. Roboty te nie mały charakteru rozbudowy czy przebudowy budynku użyteczności publicznej, a wykonania instalacji. Roboty polegające na całkowitej przebudowie istniejącego obiektu użyteczności publicznej są zakresem o wiele szerszym aniżeli wykonanie dwóch rodzajów instalacji. Dlatego też stawianie znaku równości między nimi jest nieprawidłowe zarówno na gruncie prawa zamówień publicznych i wykazywaniu warunków udziału w postępowaniu jak i w rozumieniu Prawa Budowlanego.

Odwołujący wskazał, że dla inwestycji dla Kancelarii Sejmu wydano decyzję o pozwoleniu na budowę na wykonanie izolacji przeciwwodnej ścian zewnętrznych poniżej terenu i fundamentów budynku „G" w zespole Parlamentu RP położonym na terenie działki nr ew. 77 z obrębu 5-06-05 przy ul. Wiejskiej w Warszawie. Dowód: Ostateczna decyzja pozwolenia na budowę z dnia 2.09.2019 r. Nr 236/ŚRD/2019, Decyzje zmieniające pozwolenie na budowę: decyzja nr 284/ŚRD/2019 z dnia 2019-1018, decyzja nr 212/ŚRD/2020 z dnia 202009-18.

Z w/w decyzji wynika, iż ich przedmiotem było wykonanie określonej roboty budowlanej polegającej na zrealizowaniu izolacji przeciwwodnej ścian zewnętrznych, poniżej poziomu terenu. W tym miejscu ponownie, jak w pkt 2 powyżej, odwołać należy się do definicji zawartych w prawie budowlanym. Jest to konieczne z tego względu, że decyzje o pozwoleniu na budowę są wydawane w oparciu o uregulowania Prawa budowlanego i posługują się pojęciami i definicjami tam zawartymi. Zgodnie z art. 3 pkt 1), 2) i 7a) Prawa budowlanego obiekt budowlany i budynek są definiowane następująco:

1) obiekcie budowlanym - należy przez to rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych;

2) budynku - należy przez to rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach;

7a) przebudowie - należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego;

Zgodnie z powyższym:

(i) Budynek jest rodzajem obiektu budowlanego

(ii) Instalacja jest elementem budynku, ale sama w sobie nie jest budynkiem – jest pojęciem węższym.

W ocenie Odwołującego, w sformułowanym warunku Zamawiający wskazał, że wymaga doświadczenia w przebudowie „budynku". Uwzględniając powyższe definicje uznać należy, że przedmiotem doświadczenia powinno być przebudowanie budynku, a nie przebudowanie czy wykonanie instalacji w istniejącym budynku, gdyż takie doświadczenie nie spełnia postawionego warunku z uwagi na to, że instalacja jest pojęciem węższym niż pojęcie budynku.

W ocenie Odwołującego, wymienione powyżej decyzje o pozwoleniu na budowę wskazują, że doszło do wykonania w istniejącym budynku instalacji. Z żadnej z powyższych decyzji nie wynika, że przedmiotem robót budowlanych było dokonanie „przebudowy" budynku Sejmu a jedynie, że w budynku tym doszło do wykonania instalacji. Z przedłożonych decyzji nie wynika, że poprzez realizację robót objętych decyzjami doszło do zmiany charakterystycznych parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, co jest warunkiem uznania danej roboty budowlanej za przebudowę w myśl art. 3 pkt 7a) Prawa budowlanego.

Odwołujący podkreślił, że gdyby przedmiotem w/w decyzji o pozwoleniu na budowę było dokonanie „przebudowy" lub „rozbudowy" budynku Sejmu, to powinno zostać to wprost wskazane w treści decyzji. Brak wskazania, że przedmiotem pozwolenia jest „przebudowa"

lub „rozbudowa" a ograniczenie przedmiotu decyzji do budowy instalacji nie pozwala na uznanie, że roboty wykonywane na podstawie takich decyzji miały charakter przebudowy bądź rozbudowy obiektu. Zakres tych decyzji jak i zakres zamówienia nawet o ile obejmował wykonania pewnych robót konstrukcyjno-budowlanych to roboty te miały charakter poboczny, związany z wykonaniem odpowiednich instalacji. Roboty te nie mają istotnego znaczenia a w szczególności nie prowadzą do zmiany charakterystycznych parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego budynku w rozumieniu art. 3 pkt 7a) Prawa budowlanego, a zatem nie spełniają definicji przebudowy.

Odwołujący wskazał, że przedmiot niniejszego Postępowania obejmuje „Nadbudowę, rozbudowę, przebudowę i zmianę sposobu użytkowania budynku na funkcję usługową w zakresie kultury przy ul. Fredry 8 w Warszawie." Przedmiot dotyczy z jednej strony istotnej zmiany, w postaci zwiększenia kubatury budynku a z drugiej strony wymaga zmiany sposobu użytkowania, co wymaga też wykonania odpowiednich adaptacji. Samo wykonanie instalacji na innym obiekcie, bądź drobnych prac remontowych w zakresie izolacji nie pozwoliło nabyć przez Wykonawcę odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, jaka jest wymagana do należytego wykonania niniejszego zamówienia.

W ocenie Odwołującego przedmiot obecnego Postępowania jest bowiem dużo bardziej obszerny, a nawet zgoła odmienny bowiem dotyczy robót na budynku (konstrukcji) budynku a nie wykonania czy wymiany samych instalacji, które mogą co najwyżej towarzyszyć wykonaniu przedmiotu głównemu. Wskazana w wykazie robót EBS BUD robota referencyjna jest niewystarczająca i nie pozwala na wykazanie nabycia doświadczenia nawet na minimalnym, lecz adekwatnym do przedmiotowego Postępowania poziomie.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, w odniesieniu do przedmiotowej roboty referencyjnej, Zamawiający powinien zażądać uzupełniania wykazu robót o robotę spełniającą warunek udziału w Postępowaniu, w trybie art. 128 ustawy Pzp lub zażądać wyjaśnień, lecz należy zaznaczyć, że w świetle przedstawionej argumentacji dla zarzutu nr 1, odnoszącej się do kierownika budowy, takie wezwanie w myśl art. 128 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp, należy potraktować jako zbędne i mające zastosowanie wyłącznie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1 odwołania.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Nadbudowa, rozbudowa, przebudowa i zmiana sposobu użytkowania budynku na funkcję usługową w zakresie kultury przy ul. Fredry 8 w Warszawie (dalej „Postępowanie").

W Dziale 10 SWZ, Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają określone warunki udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 112 ustawy Prawo zamówień publicznych:

1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym -Zamawiający nie precyzuje w tym zakresie żadnych wymagań, których spełnianie Wykonawca zobowiązany jest wykazać w sposób szczególny;

2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów - Zamawiający nie precyzuje w tym zakresie żadnych wymagań, których spełnianie Wykonawca zobowiązany jest wykazać w sposób szczególny;

3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej - Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawcy biorący udział w postępowaniu wykażą, że:

a) posiadają zdolność kredytową lub środki finansowe w wysokości co najmniej 25 000 000,00 PLN (dwadzieścia pięć milionów);

b) są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Minimalna wysokość sumy gwarancyjnej ubezpieczenia w okresie prowadzenia robót budowlanych (tj. od dnia wprowadzenia na budowę) wynosi 25 000 000,00 PLN (dwadzieścia pięć milionów);

4) zdolności technicznej lub zawodowej – Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawcy biorący udział w postępowaniu wykażą, że:

a) wykonali w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 robotę budowlaną, której wartość wyniosła co najmniej 25 000 000,00 PLN

(dwadzieścia pięć milionów) netto w skład której wchodziło wykonanie rozbudowy/przebudowy/modernizacji budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru Konserwatora zabytków;

b) dysponują osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia tj.:

i. minimum jedną osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika budowy przy realizacji niniejszego zamówienia, posiadającą uprawnienia budowlane do

kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, która posiada doświadczenie w kierowaniu robotą budowlaną tj. w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję kierownika budowy przez cały okres jej trwania przy jednej robocie budowlanej polegającej na przebudową lub rozbudowie budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru zabytków, a wartość robót budowlanych wynosiła co najmniej 25 000 000,00 PLN (netto);

ii. minimum jedną osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika robót z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń;

iii. minimum jedną osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika robót z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami w specjalności

instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń elektrycznych i

elektroenergetycznych bez ograniczeń;

iv. minimum jedną osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika robót z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń.

W zakresie wykazania spełnienia w/w warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający wskazał:

Wykaz oświadczeń składanych przez Wykonawcę wraz z ofertą w celu wstępnego potwierdzenia, że nie podlega on wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu:

1) Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ)

• JEDZ obejmuje formalne oświadczenie Wykonawcy stwierdzające, że odpowiednia podstawa wykluczenia nie ma zastosowania lub, że odpowiednie kryterium kwalifikacji jest spełnione, a także zawiera informacje wymagane przez Zamawiającego;

• Wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w zakresie koniecznym do wstępnego potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia oraz spełniania warunków udziału (z uwzględnieniem treści SWZ) – Części I, II, III, IV i VI formularza JEDZ;

• Formularz JEDZ należy wypełnić i podpisać za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

• W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców, odrębny formularz JEDZ wypełnia i podpisuje każdy z tych Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w zakresie, w którym wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia. W takim przypadku w formularzu JEDZ w zakresie Części II, sekcja A (informacje dot. Wykonawcy) należy wpisać własne dane identyfikacyjne. Jeżeli któryś z członków konsorcjum nie jest w stanie wykazać się spełnieniem warunków udziału określonych przez Zamawiającego w SWZ, ani nie polega na zasobach innego podmiotu nie wypełnia części IV.

• Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu, składa wypełniony i podpisany przez każdy z tych podmiotów odrębny formularz JEDZ. Podmiot, na którego zdolnościach polega Wykonawca wypełnia Część I i Część II sekcja A i B JEDZ, Część III (podstawy wykluczenia) oraz część IV, jeżeli Wykonawca będzie polegał na zasobach danego podmiotu trzeciego, a także Część VI.

• Zamawiający nie wymaga przedstawienia formularza JEDZ przez Podwykonawcę, na którego zasobach Wykonawca nie polega przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu

2) 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. Przedstawione zobowiązanie lub inne dokumenty muszą określać 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, których wskazane zdolności dotyczą.

3) Jeżeli Wykonawca nie złoży oświadczeń, o których mowa w pkt. 9.1. (oraz odpowiednio 9.2) SWZ, oświadczeń lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez Zamawiającego wątpliwości, Zamawiający wezwie do ich złożenia, uzupełnienia czy poprawienia, w terminie przez siebie wskazanym, chyba, że mimo ich złożenia oferta Wykonawcy podlegałaby odrzuceniu albo zachodziłyby przesłanki unieważnienia postępowania.

4) Zamawiający wskazał ponadto, że przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, tj.:

1) dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od

odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę co najmniej 25 000 000,00 PLN w okresie prowadzenia robót budowlanych (tj. od dnia wprowadzenia na budowę);

2) informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy w wysokości co najmniej 25 000 000,00 PLN

(dwadzieścia pięć milionów) wystawionej w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem;

3) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty(wzór Wykazu robót stanowi Załącznik nr 6 do SWZ);

4) wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez

nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (wzór Wykazu osób stanowi Załącznik nr 7 do SWZ).

Izba ustaliła, że w Postępowaniu złożone następujące oferty:

L.p.	Nazwa (firma) i adres Wykonawcy	Cena brutto	Gwarancja
1	Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. ul. Opacka 12 80-338 Gdańsk	98 689 121,35 zł	84 miesiące
2	STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10 05-800 Pruszków	97 908 000,00 zł	84 miesiące
3	EBS BUD Sp. z o.o. ul. St. Kostki Potockiego 2B/39 02-958 Warszawa	89 670 001,20 zł	84 miesiące

Izba ustaliła, że wykonawca EBS BUD sp. z o.o. (dalej „Przystępujący" lub „Wykonawca EDS") wraz z ofertą złożył formularz JEDZ. Wykonawca w JEDZ wskazał osobę p. Wojciecha Tuszyńskiego jako spełniającą warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 10.4 b) i.

Izba ustaliła, że wraz z ofertą Wykonawca EDS złożył Zobowiązanie do udostepnienia zasobów (dalej „Zobowiązanie"). Izba ustaliła, że w treści Zobowiązania zostało wskazane m.in., że spółka A. zobowiązuję się do oddania do dyspozycji wykonawcy EBS niezbędnych zasobów na czas korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia w wyniku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na skutek przeprowadzenia Postępowania.

a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu A.: sytuacja ekonomiczna lub finansowa;

• środki finansowe lub zdolność kredytowa w wysokości 25 000 000,00 zł. Dostęp Wykonawcy do udostępnionych zasobów w postaci w/w zasobów będzie mieć charakter rzeczywisty.

b) sposób wykorzystania zasobów A. przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia: W zakresie udostępnienia środków finansowych udostępnienie zasobów nastąpi poprzez przyjęcie przez A. solidarnej odpowiedzialności wraz z Wykonawcą za szkodę poniesioną przez Zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia wskazanych w pkt a) powyżej zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy. Udostępnione zasoby pozostają w dyspozycji Wykonawcy w celu realizacji zamówienia. Nadto, przejawiać się będzie w udostępnieniu środków finansowych poprzez udzielanie w trakcie realizacji zamówienia Wykonawcy pożyczek, które uzna on za niezbędne i konieczne w celu realizacji zamówienia. Udostępniane zasoby mogą zostać wykorzystane przez Wykonawcę w trakcie realizacji zamówienia w zależności od potrzeb Wykonawcy, w formie przez niego

wymaganej i koniecznej do należytego wykonania zamówienia poprzez pożyczkę,

którą Wykonawca uzna za niezbędną i konieczną w celu realizacji zamówienia.

Wskazane powyżej formy wykonania zobowiązania A. nie stanowią katalogu

zamkniętego form możliwości wykorzystania potencjału. Sposób wykorzystania zasobów uzależniony będzie od potrzeb Wykonawcy i Zamawiającego. A. zobowiązuje się do udostępnienia zasobów na każdą potrzebę zarówno Wykonawcy jak i Zamawiającego podczas realizacji zamówienia przez Wykonawcę;

c) charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z A. - łączący strony stosunek cywilnoprawny opiera się o dwustronną umowę o współpracy, a także w przypadku, gdy Wykonawca uzna za niezbędne i konieczne udzielenie pożyczki w trakcie realizacji zamówienia – o umowę pożyczki;

d) zakres i okres udziału podmiotu A. przy wykonywaniu zamówienia - A. zobowiązuje się do użyczenia zasobów na cały okres realizacji zamówienia, będącego przedmiotem postępowania . Zakres i okres użyczenia zasobu przez A. gwarantuje rzeczywisty dostęp do udostępnionych zasobów. Dodatkowo, w razie wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, A. zobowiązuje się do użyczania w/w zasobu przez cały okres wykonywania przedmiotu zamówienia, zgodnie z potrzebami Wykonawcy i Zamawiającego.

Dodatkowo, A. wskazuje, że odpowiada solidarnie z Wykonawcą za szkodę Zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia ww. zasobów, chyba że nie będzie ponosić winy za nieudostępnienie.

Izba ustaliła, że Zobowiązanie zostało podpisane przez pełnomocnika p. W. G.na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 lutego 2021 roku.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 2 listopada 2022 r. wezwał Wykonawcę EBS do złożenia dokumentów na podstawie art. 126 ust. 2 ustawy Pzp. Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca EBS złożył wykaz osób, wskazując na osobę p. P. I., jako posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjnobudowlanej bez ograniczeń nr 91/82/WML oraz doświadczenie: „W terminie od 04.06.2021 do 04.10.2022r. pełnił funkcję kierownika budowy przez cały okres jej trwania przy jednej robocie budowlanej polegającej na przebudowie budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru zabytków, pn. Remont, przebudowa i adaptacja obiektu pofabrycznego przy ulicy Sienkiewicza 75/77 wraz z zagospodarowaniem terenu.”

Izba ustaliła, że Wykonawca EBS złożył również wykaz usług, oświadczając co następuje: Wykaz w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 roboty budowlanej, której wartość wyniosła co najmniej 25 000 000,00 PLN (dwadzieścia pięć milionów) netto w skład której wchodziło wykonanie rozbudowy/przebudowy/modernizacji budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru Konserwatora zabytków.

L.p.	Nazwa podmiotu na którego zlecenie wykazane zamówienie było realizowane wraz z adresem jego siedziby.	Przedmiot zrealizowanego zamówienia (ze wskazaniem wymogów opisanych w warunku udziału w przetargu)	Data wykonania (podać miesiąc i rok)	Wartość zamówienia brutto
1	Kancelaria Sejmu, ul. Wiejska 4/6/8 Warszawa	Przebudowa i modernizacja budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru zabytków: Budowa instalacji klimatyzacji i wentylacji mechanicznej wraz z modernizacją instalacji teletechnicznych i audiowizualnych oraz pozostałych instalacji budynkowych - budynek "G" Kancelarii Sejmu", ul. Wiejska 4/6/8/ Warszawa	Październik 2019 r.- Czerwiec 2021r.	32 137 228,14 zł

Izba ustaliła, że Wykonawca ESB złożył referencję wystawioną przez Kancelarię Sejmu. Izba ustaliła, że w referencji zostało wskazane m.in., że przedmiot zamówienia obejmował wykonanie robót budowlano — instalacyjnych, w tym:

- roboty konstrukcyjno- budowlane;
- roboty rozbiórkowe, izolacyjne i wykończeniowe wewnętrzne i zewnętrzne;
- instalację wewnętrzną i zewnętrzną wod-kan. (kan. sanitarna oraz deszczowa);
- instalację wentylacji i klimatyzacji;
- instalację c.o. i c.t.;
- instalację elektryczną;
- instalację telekomunikacyjną w zakresie instalacji:
- zagospodarowanie terenu;
- uzyskanie pozwolenia na użytkowanie.

Budynek wpisany jest do rejestru zabytków Decyzją nr 454/06 z dnia 02 czerwca 2003r. wydaną przez Mazowieckiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 13 stycznia 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Wykonawcy ESB.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się częściowo zasadne, co skutkowało częściowym uwzględnieniem odwołania.

Zarzut naruszenia art. 112 ust 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust 1 w zw. z art. 226 ust 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp - brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu z pkt 10.1 ppkt 4 lit b) i SWZ

W ocenie Izby zarzut jest zasadny w zakresie, w jakim Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieprawidłową ocenę spełnienia przez Wykonawcę EBS warunku udziału w postępowaniu z pkt 10.1 ppkt 4 lit b) i SWZ. Zdaniem jednak Izby, to uchybienie Zamawiającemu skutkuje obowiązkiem unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwania Wykonawcy EBS w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do poprawienia/uzupełnienia wykazu osób w celu potwierdzenia spełnienia spornego warunku udziału w Postępowaniu.

Należy wskazać na wstępie, że zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Określenie przez zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu przetargowym ma na celu cenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tak aby zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku formułowania warunków w taki sposób, który odzwierciedla przedmiot zamówienia, lecz pozostawił zamawiającym swobodę w tym zakresie, stwierdzając jedynie, że warunki udziału w postępowaniu musza być określone przez zamawiającego w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Należy podkreślić, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni, która polega na ustalaniu znaczenia tekstu przez odwołanie się do kontekstu językowego terminów, zwrotów czy wyrażeń zawartych SWZ. Innymi słowy, ocena wymagań określonych przez Zamawiającego w SWZ dokonywana jest poprzez ustalenie językowego znaczenia, sensu postanowień opisujących warunki udziału w postępowaniu. Dla zrozumienia czego wymaga Zamawiający wystarczająca jest znajomość reguł sensu języka. Jeżeli na gruncie języka potocznego można przypisać wyrażeniom użytym w SWZ kilka znaczeń, to należy wybrać takie znaczenie, które jest najbardziej oczywiste. Zaznaczyć przy tym należy, że jeżeli określony termin należy do terminów specyficznych w określonej dziedzinie wiedzy lub praktyki społecznej, to należy przyjąć znaczenie, jakie termin ten ma w tej właśnie dziedzinie (tzw. domniemanie znaczenia specjalnego). W przypadku jednak, gdy wykładnia językowa nie daje podstaw do ustalenia jednoznacznego znaczenia postanowień SWZ, ustalenie znaczenia zakresu wymagań Zamawiającego odbywa się z uwzględnieniem kontekstu systemowego i funkcjonalnego, jako subsydiarnych narzędzi służących odkodowaniu treści zwartej w SWZ. Kontekst systemowy oznacza zakaz przypisywania postanowieniom SWZ znaczenia, które prowadziłoby do sprzeczności z zasadami systemu zamówień publicznych, określonymi m.in. w art. 16 ustawy Pzp. Kontekst zaś funkcjonalny oznacza ustalenie funkcji, jaką dane postanowienie ma pełnić w procesie udzielania zamówienia publicznego.

W analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że dysponuje minimum jedną osobą pełniącą funkcję kierownika budowy przy realizacji niniejszego zamówienia, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz posiadającą doświadczenie w kierowaniu robotą budowlaną tj. w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania

ofert pełniła funkcję kierownika budowy przez cały okres jej trwania przy jednej robocie budowlanej polegającej na przebudową lub rozbudowie budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru zabytków, a wartość robót budowlanych wynosiła co najmniej 25 000 000,00 PLN (netto). Zamawiający zatem posłużył się pojęciem budynku użyteczności publicznej wpisanym do rejestru zabytków i wymagał, aby doświadczenie kierownika budowy dotyczyły przebudowy lub rozbudowy budynku użyteczności publicznej. Zdaniem Izby, wymóg Zamawiającego został sformułowany w sposób jednoznaczny i precyzyjny. Jego literalna wykładania prowadzi do jednego wniosku tj. doświadczenie na jakie powołuje się kierownik budowy musiało dotyczyć przebudowy lub rozbudowy budynku użyteczności publicznej.

Dalej Izba wskazuje, że definicja budynku użyteczności publicznej została zawarta w §3 pkt 6 rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynku i ich usytuowania (Dz. z 2019 r. poz. 1065). Ustawodawca wskazał, że przez budynek użyteczności publicznej należy rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny.

Zdaniem Izby, za okoliczność bezsporną w analizowanej sprawie uznać należy to, że budynek wskazany w wykazie Wykonawcy EBS tj. budynek pofabryczny przy ulicy Sienkiewicza 75/77 nie był budyniem użyteczności publicznej w momencie rozpoczęcia jego przebudowy. Jak zasadnie wykazał Odwołujący, w rejestrze zabytków przedmiotowy budynek został sklasyfikowany jako obiekt architektury przemysłowej. W ogólnodostępnym rejestrze prowadzonym przez Narodowy Instytut Dziedzictwa nieruchomość przy ulicy Sienkiewicza 75/77 została oznaczona jako Budynek Tkalni Mechanicznej, Budynek tkalni mechanicznej z aneksem klatki schodowej oraz zespół budowlany dawnej fabryki wyrobów wełnianych rodziny S., wszystkie z kategorią budynków przemysłowych. Powyższe obiekty przed przebudową były zatem obiektami produkcyjnymi w myśl rozporządzenia ws. warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Okoliczności przeciwnych Przystępujący nie wykazał.

Tym samym należało rozstrzygnąć czy doświadczenie zdobyte przy rozbudowie/przebudowie obiektu produkcyjnego w

wyniku którego powstał obiekt

użyteczności publicznej jest doświadczeniem spełniającym wymagania określone przez Zamawiającego w SWZ. Zdaniem Izby Wykonawca EBS nie wykazał spełnienia spornego warunku udziału w Postępowaniu, bowiem doświadczenia p. M. I. nie jest doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego. Izba podkreśla, że narzędziem gwarantującym zachowanie zasady równego traktowania wykonawców w toku badania i oceny ofert jest zastosowanie co do zasady literalnej wykładani postanowień SWZ. W analizowanym stanie faktycznym, jak Izba wskazała powyżej, Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, że wykonawca ma obowiązek wykazać, że dysponuje minimum jedną osobą posiadającą doświadczenie przy przebudowie lub rozbudowie budynku użyteczności publicznej. Doświadczenie jakie posiada p. M. I. dotyczy przebudowy budynku przemysłowego. Irrelewantne dla oceny spełnienia warunku udziału w postepowaniu jest to, że w wyniku wykonanych prac powstał budynek użyteczności publicznej. Z postanowień SWZ nie wynika bowiem, że Zamawiający objął zakresem spornego warunku również rozbudowę lub przebudowę budynku przemysłowego. Przyjęcie stanowiska Przystępującego i prezentowanej przez niego wykładni postanowień SWZ jest, zdaniem Izby, niezasadne. Jest to wykładnia contra literalnemu brzmieniu warunku udziału w postępowaniu, rozszerzająca w istotny sposób zakres dopuszczalnego doświadczenia, poza to, co w sposób jednoznaczny zostały sprecyzowane w SWZ przez Zamawiającego. Dopuszczenie takiej alternatywnej interpretacji postanowień SWZ stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Nie ulega, zdaniem Izby, wątpliwości, że gdyby na etapie publikacji SWZ, Zamawiający wprost i jednoznacznie wskazał, że sporny warunek udziału w postępowaniu obejmuje swoim zakresem również doświadczenie zdobyte przy przebudowie/rozbudowie budynku przemysłowego, potencjalny krąg wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu mógłby być większy. Izba nie podziela stanowiska Przystępującego, iż dokonując wykładani spornego warunku udziału w postępowaniu należy odwołać się wykładni funkcjonalnej i celowościowej. Zdaniem Izby, wykładania literalna postanowień SWZ w sposób jednoznaczny wskazuje, że Zamawiający wymagał doświadczenia w przebudowie/rozbudowie budynku użyteczności publicznej. Skoro zatem w przedmiotowej sprawie budynek wskazany w wykazie Wykonawcy EBS nie był budynkiem użyteczności publicznej, to wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. Zastosowanie wykładni funkcjonalnej i celowościowej, jak chciałby Odwołujący, prowadzi do ustalenia nowego brzmienia warunku udziału w postępowaniu, znacznego rozszerzenia zakresu dopuszczonego doświadczenia wykonawcy w stosunku do pierwotnie określonego przez Zamawiającego w SWZ. Dopuszczenie takiej wykładni na etapie badania i oceny ofert stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Stąd też, Izba uznała, że Wykonawca EBS nie wykazał spełnienia warunku udziału w

postępowania z pkt 10.1 pkt 4 lit. b) i SWZ. Zdaniem Izby p. M. I. nie posiada doświadczenia w przebudowie/rozbudowie budynku użyteczności publicznej.

Izba natomiast nie podziela stanowiska Odwołującego, że powyższe uchybienie Wykonawcy EBS winno skutkować odrzuceniem jego oferty. W ocenie Izby, Zamawiający powinien zastosować procedurę z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem ustawy, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Odwołujący argumentował, że Wykonawca EBS skorzystał już z procedury uzupełnienia dokumentów z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem w dokumencie JEDZ wskazał osobę p. Wojciecha Tuszyńskiego na stanowisko kierownika budowy, a w wykazie osób p. P. I.. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Po pierwsze, Izba wskazuje, że art. 128 ust. 1 ustawy Pzp to narzędzie, które umożliwia wykonawcy uzupełnienie dokumentów, których wykonawca nie złożył, a był zobowiązany złożyć oraz poprawianie dokumentów niekompletnych lub zawierających błędy. Po drugie, art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że uzupełnienie/poprawienia dokumentów następuje na skutek wezwania zamawiającego.

Przenosząc powyższe do analizowanego stanu faktycznego, Izba wskazuje, że stanowisko Odwołującego mogłoby być uznane za zasadne, gdyby Odwołujący podniósł zarzut i wykazał, że osoba pierwotnie wskazana przez Wykonawcę EBS tj. p. Wojciech Tuszyński nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie doświadczenia. Tego jednak Odwołujący nie wykazał. Nie postawił również zarzutu podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w zakresie doświadczenia p. Tuszyńskiego. Stąd też, zdaniem Izby, nie ma żadnych podstaw do zakwestionowania prawdziwości oświadczenia Wykonawcy EBS zawartego w dokumencie JEDZ w zakresie spełniania przez p. Tuszyńskiego wymagań dotyczących kierowania budowy. Należy zatem uznać, że składając JEDZ Wykonawca EBS potwierdził, w sposób wymagany przez Zamawiającego, spełnienie warunków udziału w Postępowaniu i złożył wymagane dokumenty. Nie można zatem zgodzić się w Odwołującym, że wskazanie nowej osoby w wykazie osób jest równoznaczne ze skorzystaniem przez Wykonawcę EBS z procedury z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Po pierwsze, Odwołujący nie wykazał, że zmiana ta wynikała z błędów czy też nieprawidłowości informacji zawartych w JEDZ. Po drugie, Wykonawca EBS nie był wzywany przez Zamawiającego do uzupełnienia/poprawienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten wskazuje w sposób jednoznaczny, że zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia/poprawienia dokumentów. Po trzecie, wymóg, aby składane przez wykonawcę

dokumenty były aktualne na dzień ich złożenia, oznacza że ustawodawca przewidział możliwość wystąpienia zmiany okoliczności faktycznych w czasie pomiędzy terminem składania ofert, a terminem składania środków dowodowych, w tym też – terminem ich uzupełniania. Przepisy ustawy Pzp nie zobowiązują wykonawców do utrzymania niezmienności kadry osobowej wskazanej przez wykonawcę w JEDZ. Zdaniem Izby zobowiązanie wykonawców do takiego działania byłoby częstokroć niemożliwe do wykonania, chociażby z powodu zaistnienia zdarzeń niezależnych od nich tj. utrata uprawnień przez daną osobę, jej śmierć, choroba, rezygnacja z pracy. Stąd też, zdaniem Izby, wykonawca może wskazać inną osobę w wykazie usług, niż tą pierwotnie wskazaną w dokumencie JEDZ, o ile zarówno pierwotna osobą wskazana w JEDZ, jak i ta w wykazie spełnia warunki stawienie przez Zamawiającego. Takie działanie wykonawcy nie stanowi samodzielnie skorzystanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nie zachodzą przesłanki do poprawienia błędów zawartych w dokumencie JEDZ. W analizowanym stanie faktycznym Wykonawca EBS z przyczyn organizacyjnych

dokonał zmian osoby na stanowisku kierownika budowy. Taka zmiana nie stanowiła samodzielnego skorzystania z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał, że oświadczenie Wykonawcy EBS zawarte w JEDZ w zakresie doświadczenia p. Tuszyńskiego było błędne czy nieprawdziwe. Skoro tak, to Wykonawca EBS nie dokonał poprawienia nieprawidłowych informacji czy uzupełnienia brakujących informacji. Tym samym, zasadnym było nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawca EBS w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do poprawienia wykazu osób w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 10.1 pkt 4 lit. b) i) SWZ. Zamawiający winien zatem unieważnić pierwotny wybór i wezwać wykonawcę do złożenia wymaganych dokumentów.

Odnosząc się do akcentowanego przez Odwołującego stanowiska, że w świetle regulacji ustawy Pzp wykonawca ma prawo uzupełnić/poprawić daną informację jednokrotnie stąd też samodzielna zmiana informacji przez Wykonawcę EBS stanowił skorzystanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, Izba wskazuje, że warunkiem a priori zastosowania procedury z trybu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jest stwierdzenie, że określone informacje przekazane przez wykonawcę są niepoprawne/błędne lub nie zostały w ogóle złożone. Ponieważ Odwołujący nie wykazał takich okoliczności, to nie można uznać, że Wykonawca EBS skorzystał z procedury z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia 112 ust. 2 pkt 3, art. 115 ust. 1 pkt 4, art. 118 ust. 1 3 i 4, art. 119 w zw. z art. 128 ust. 1 i ust. 5 ustawy Pzp - spełnienie warunku udziału w postępowania z pkt 10.1 ppkt 3 lit a) SWZ - udostępnienie zasobów przez A.

Izba uznała zarzut za niezasadny. Zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy. Zgodnie z art. 115 ust. 1 ustawy Pzp, w odniesieniu do sytuacji finansowej lub ekonomicznej zamawiający może określić warunki, które zapewnią posiadanie przez wykonawców zdolności ekonomicznej lub finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia. W tym celu zamawiający może wymagać w szczególności: 1) aby wykonawcy posiadali określone minimalne roczne przychody, w tym określone minimalne roczne przychody w zakresie działalności objętej zamówieniem; 2) aby wykonawcy przedstawili informacje na temat ich rocznych sprawozdań finansowych wykazujących w szczególności stosunek aktywów do zobowiązań; 3) posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej; 4) posiadania przez wykonawcę określonej zdolności kredytowej lub środków finansowych.

Zgodnie z art. 118 ustawy Pzp, 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. Ustawodawca wskazał, że 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. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby 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. Zamawiający tylko wówczas będzie mógł uznać zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, gdy wykonawca wykaże, poprzez treść przedstawianych dokumentów, realny sposób, w jaki jest przewidziane korzystanie z potencjału ekonomicznego lub finansowego podmiotu trzeciego w czasie realizacji zamówienia. Innymi słowy z treści zobowiązania musi wynikać w jaki

realny sposób podmiot trzeci gwarantuje wykonawcy rzeczywisty dostęp do swojego potencjału ekonomicznego lub finansowego w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia.

W art. 119 ustawy Pzp wskazano, że Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe, Izba wskazuje, że w analizowanym stanie faktycznym Wykonawca EBS w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowania z pkt. 10.1 pkt 3 ppkt a) SWZ powołał się na zasoby podmiotu trzeciego tj. spółki A.. Wykonawca złożył wraz z ofertą Zobowiązanie tego podmiotu. Zdaniem Izby przedłożone przez Wykonawcę Zobowiązanie jest wystraczające do uznania, że Wykonawca EBS będzie miał możliwość skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego. Izba wskazuje, że w swojej argumentacji, Odwołujący w sposób gołosłowny podważa treść Zobowiązania, wskazując, że jest ono nierealne, hipotetyczne, oderwane od stanu faktycznego, lakoniczne, niejednoznaczne. Taka argumentacja nie może stanowić podstawy do uznania zasadności zarzutu. Należy wskazać, Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymagał od wykonawców wykazania, że posiadają zdolność kredytową lub środki finansowe w wysokości co najmniej 25 000 000,00 PLN. Tym samy, wykonawca, który powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia tego warunku winien wykazać, że podmiot trzeci posiada zdolność kredytową lub środki finansowe w wysokości co najmniej 25 000 000 zł oraz, że zobowiązuje się je udostępnić wykonawcy. Z przedłożonego przez Wykonawcę EBS dokumentu wynika z kolei, że A. posiada zdolność kredytową w wysokości znacznie przewyższającej wymogi Zamawiającego (120 000 000,00 zł), a zatem posiada zdolności i środki finansowe niezbędne do realizacji obowiązków wynikających z zobowiązania do udostępnienia zasobów Wykonawcy

EBS. Zatem pierwszy wymóg został spełniony. Przychodząc zaś do wykazania realności dostępu do zasobów finansowych podmiotu trzeciego, Izba również uznała, że Zobowiązanie precyzuje w jaki realny sposób wykonawca uzyska dostęp do zasobów. Zdaniem Izby, nie można zgodzić się z Odwołującym, wykonawca na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia powinien przedstawić umowę pożyczki, bo tylko taki sposób zapewni realny dostęp do środków finansowych podmiotu trzeciego. Zdaniem Izby, istotą Zobowiązania jest wykazanie w jaki realny sposób nastąpi ewentualne udostępnienie deklarowanych środków finansowych. W treści przedmiotowego Zobowiązania podmiot trzeci

wskazał takie realne sposoby, oświadczając, że udostępnienie zasobów cyt.: „(…) przejawiać się będzie w udostępnieniu środków finansowych poprzez udzielanie w trakcie realizacji zamówienia Wykonawcy pożyczek, które uzna on za niezbędne i konieczne w celu realizacji zamówienia". Forma pożyczki jest realnym narzędziem do udostępnienia deklarowanych zasobów finansowych.

Ponadto, Izba wskazuje, że w treści Zobowiązania zostały zawarte pozostałe informacje wymagane przez Zamawiającego. Podmiot trzeci określi zakres dostępnych zasobów w sposób wymagany przez Zamawiającego w SWZ. Określił sposób i okres ich udostępnienia oraz charakter stosunku prawnego łączącego strony obecnie, jak w przyszłości. Zdaniem Izby, treść Zobowiązania spełnia wymagania zawarte w SWZ i potwierdza w jaki realny sposób nastąpi udostępnienie zasobów Wykonawcy EBS. Zobowiązanie określa stosunek łączący Wykonawcę EBS oraz podmiot trzeci obecnie oraz określa jaki stosunku prawny będzie łączyć strony w przypadku, gdy dojdzie do konieczności udostępnienia zasobów.

Odnosząc się do zarzut braku prawidłowego umocowania Pana W. G. do podpisania Zobowiązania, Izba uznała zarzut za niezasadny. Z treści pełnomocnictwa wynika, że Pan W.G.został upoważniony do reprezentowania Spółki we wszystkich sprawach związanych z uczestniczeniem przez Spółkę w negocjacjach i przetargach. Zdaniem Izby, upoważnienie do reprezentowania Spółki w sprawach związanych z uczestnictwem przez Spółkę w przetargach obejmuje swoim zakresem uprawnienie do złożenia oświadczenia o udostępnieniu zasobów w ramach przetargu. Ta czynność nie została wyłączna z treści pełnomocnictwa, zatem nie ma podstaw do przyjęcia, iż w ramach upoważnienia do reprezentowania Spółki w przetargach pełnomocnik nie jest umocowany do składana oświadczeń o udostępnieniu zasobów finansowych. Niewątpliwie oświadczenie o udostępnieniu zasobów jest elementem procedury przetargowej. Skoro zatem pełnomocnik jest umocowany do reprezentowania spółki w sprawach związanych z uczestnictwem w przetargach, to jest również umocowany do składania oświadczeń woli w imieniu spółki związanych z udostępnieniem zasobów finansowych Spółki w ramach uczestnictwa w przetargu. Zdaniem Izby, udostępnienie zasobów jest uczestnictwem w przetargu przez podmiot trzeci. Nie ma żadnych podstaw to zawężenia pojęcia „uczestnictwa w przetargu" wyłącznie do złożenia oferty w postępowaniu. Zdaniem Izby, uczestnictwo w postępowaniu przetargowym może przybierać różne formy – złożenie oferty, podwykonawstwo, udostępnienie zasobów.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

<u>Zarzut naruszenia art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 1 i 5 ustawy Pzp – brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 10.1 ppkt 4 lit a) SWZ</u>

Zdaniem Izby zarzut jest niezasadny. Zgodnie z pkt 10.1 pkt 4 lit. a) SWZ wykonawcy musieli legitymować się następującym doświadczeniem: „w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną, której wartość wyniosła co najmniej 25 000 000,00 PLN (dwadzieścia pięć milionów) netto w skład której wchodziło wykonanie rozbudowy/przebudowy/modernizacji budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru Konserwatora zabytków".

Jak Izba wskazała w odniesieniu do poprzedniego zarzutu, wykładania postanowień SWZ podlega w pierwszej kolejności wykładni literalnej. Tym samym, z treści spornego warunku wynika, że wykonawca musiał wykazać, że wykonał jedną robotą budowlaną o wartości 25 000 000 zł., której elementem była rozbudowa/przebudowa/modernizacja budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru zabytków. Izba zaznacza, że Zamawiający w żaden sposób nie określił ani wartościowego ani procentowego udziału prac polegających na rozbudowy/przebudowy/modernizacji budynku użyteczności publicznej w ramach ogólnej wartości wykonanej roboty budowlanej. Nie można zatem zgodzić się z Odwołującym, że poboczny charakter robót związanych z przebudową czy modernizacją budynku użyteczności publicznej należy uznać za niespełniający wymagań Zamawiającego. W ocenie Izby, Zamawiający bardzo szeroko opisał warunek dopuszczając, aby w ramach referencyjnej roboty budowlanej przynajmniej pewien zakres prac miał polegać na rozbudowie/przebudowie/modernizacji budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru Konserwatora zabytków.

Zdaniem Izby robota budowlana wskazane przez Wykonawcę EBS w wykazie potwierdza spełnienie warunku udziału w Postępowaniu. Wykonawca EBS wykazał, że zakresem tej roboty były objęte prace polegające co najmniej na modernizacji budynku użyteczności publicznej. W ustawie prawo budowlane brak jest definicji legalnej pojęcia „modernizacji" budynku użyteczności publicznej. Należy zatem kierować się jego znaczeniem w języku potocznym. Modernizacja zgodnie ze Słownikiem języka polskiego PWN oznacza "1. unowocześnienie i usprawnienie czegoś". Można zatem przyjąć, że modernizacją budynku będzie wykonanie prac zmierzających do podniesienie jego walorów estetycznych i użytkowych poprzez unowocześnienie, ulepszenie, uwspółcześnienie takiego obiektu. Zdaniem Izby, Wykonawca EBS wykazał, że nastąpiła co najmniej modernizacja budynku

użyteczności publicznej. Wykonawca EBS złożył jako dowód w sprawie oświadczenie Inwestora – Kancelarii Sejmu RP potwierdzające, że w wyniku realizacji referencyjnej inwestycji nastąpiła zmiana parametrów użytkowych oraz technicznych istniejącego obiektu tj. budynku „G" Kancelarii Sejmu, co jest warunkiem uznania danego zakresu prac za przebudowę w rozumieniu definicji legalnej z ustawy Prawo budowlane. Izba wzięła również pod uwagę opinię techniczną rzeczoznawcy budowlanego Remigiusza Smolika, wskazującą, że przedmiotowa inwestycja poza budową i remontem

wymienionych instalacji obejmowała również przebudowę samego budynku. Zaprojektowane i wykonane prace konstrukcyjne wypełniają definicję przebudowy, ponieważ w ich wyniku nastąpiła zmiana parametrów użytkowych i technicznych istniejącego obiektu. Okoliczności przeciwnych Odwołujący nie wykazał.

Zdaniem Izby, niezasadny jest argument Odwołującego o braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę EBS, który Odwołujący sformułował wyłącznie na podstawie literalnego brzmienia nazwy postępowania, w ramach którego była realizowana sporna inwestycja. Zdaniem Izby, należy badać zakres faktycznie wykonanych prac przez wykonawcę w ramach spornej inwestycji, nie zaś oceniać taki zakres przez pryzmat nazwy postępowania. W przedmiotowej postępowaniu przetargowym Zamawiający wymagał po pierwsze wykazania przez wykonawcę, że wykonał robotę budowlaną o wartości 25 000 000 zł., co Wykonawca EBS wykazał. Po drugie, Wykonawca EBS wykonał prace polegające na modernizacji/przebudowie budynku użyteczności publicznej, co jednoznacznie potwierdziło złożone oświadczenie przez Kancelarię Sejmu. Odwołujący nie złożył w tym zakresie dowodów przeciwnych. Zdaniem Izby, Odwołujący oparł swój zarzut na nieprawidłowej wykładni postanowień SWZ, odnosząc wymóg kwoty 25 000 000 zł. do wartości prac związanych z rozbudową/przebudową/modernizacją budynku użyteczności publicznej, co zdaniem Izby, jest niezasadne i nieuprawione, gdyż nie wynika z literalnej wykładni spornego warunku udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania. Izba – co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. W ocenie Izby odwołanie okazało się zasadne w zakresie jednego zarzutu i niezasadne w zakresie dwóch zarzutów. Kosztami postępowania zatem obciążyła Przystępującego i Odwołującego w proporcji 1/3 oraz 2/3, odpowiednio. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego i Przystępującego z tytułu

zastępstwa przed Izbą w kwocie 2x3.600 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 23.600 zł., a odpowiada do wysokości 18.133 zł 33 gr. Zatem zasadne było nakazanie Przystępującemu dokonania zwrotu kosztów postępowania na rzecz Odwołującego w wysokości 5.466 zł 66 gr.

Przewodniczący:……