Sygn. akt: KIO 492/23

WYROK

z dnia 9 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2023 r. przez wykonawcę SOLKAN Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie w postępowaniu prowadzonym przez Powiat Strzyżowski w Strzyżowie,

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Rembud" Sp. z o.o. z siedzibą w Strzyżowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu nr 1.

2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie oraz nakazuje Zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

b) unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy SOLKAN Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie,

c) wezwanie wykonawcy SOLKAN Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale II pkt 7 ppkt 4) lit. a) SWZ w zakresie poz. 1 wykazu wykonanych robót budowlanych w odniesieniu do kubatury przebudowywanych/rozbudowywanych pomieszczeń szkoły w Zaczerniu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp,

d) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części 1/2 i Odwołującego w części 1/2 i:

3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania.

3.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 6 800 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy osiemset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..……..

Sygn. akt: KIO 492/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Powiat Strzyżowski w Strzyżowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pod nazwą „Budowa hali sportowej przy Zespole Szkół Technicznych i Liceum Ogólnokształcącym w Strzyżowie". Nr referencyjny postępowania: ZP.272.15.2022. Ogłoszenie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 grudnia 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00495536.

W dniu 22 lutego 2023 r. wykonawca SOLKAN Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie Zamówienia polegających na:

1) niezgodnej z ustawą Pzp czynności badania i oceny ofert,

2) odrzucenia oferty SOLKAN z uwagi na uznanie, że została złożona ona przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego w Rozdz. II pkt 7 ppkt 4 lit. a) specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ", w Postępowaniu, pomimo że wykonawca SOLKAN wykazał spełnianie przedmiotowego warunku wskazanymi w wykazie referencyjnymi robotami;

na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 2) powyżej:

3) zaniechania wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych odnoszących się do warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego w Rozdz. II pkt 7 ppkt 4 lit. a) SWZ w zakresie poz. nr 1 z wykazu robót budowlanych złożonego przez SOLKAN, pomimo, że wezwanie takie powinno obligatoryjnie poprzedzać ewentualną decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku, co skutkowało przedwczesnym i bezzasadnym odrzuceniem oferty SOLKAN;

a w konsekwencji,

4) wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Remontowo – Budowlango REMBUD Sp. z o. o., ul. Tunelowa 2, 38 – 100 Strzyżów (dalej: „REMBUD"_ w Postępowaniu.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisu:

1) art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) w zw. z art. 266 Pzp poprzez odrzucenie oferty SOLKAN z uwagi na uznanie, że została ona złożona przez wykonawcę niespełniającego warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego w Rozdz. II pkt 7 ppkt 4) lit. a) SWZ, pomimo że wykonawca SOLKAN wykazał spełnianie przedmiotowego warunku;

na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1) powyżej:

2) art. 128 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. a) w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie wezwania SOLKAN do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale II pkt 7 ppkt 4) lit. a) SWZ w zakresie poz. 1 z wykazu robót budowlanych złożonego przez wykonawcę SOLKAN, pomimo obowiązku wezwania do uzupełnienia, które obligatoryjnie powinno poprzedzić czynność odrzucenia z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, co skutkowało przedwczesnym i bezzasadnym odrzuceniem oferty SOLKAN;

3) a w konsekwencji art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty REMBUD, pomimo iż oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu, co stanowi jednocześnie naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o:

1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty REMBUD;

2) unieważnienia czynności oceny ofert,

3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty SOLKAN;

4) ponowienia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy SOLKAN, który prawidłowo wykazał spełnienie warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdz. II pkt 7 ppkt 4 lit. a) SWZ,

na wypadek nieuwzględnienia zarzut nr 1) w ust. 1 powyżej – żądanie ewentualne:

5) ponowienia czynności badania i oceny ofert i wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku określonego w Rozdz. II pkt. 7 ppkt 4) lit. a) SWZ w zakresie poz. 1 wykazu robót budowlanych złożonego przez SOLKAN w odniesieniu do kubatury

przebudowywanych/rozbudowywanych pomieszczeń szkoły;

6) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący wnosił o:

- zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z fakturą przedłożoną na rozprawie i kosztów opłat skarbowych od pełnomocnictwa, jak również o

- dopuszczenie dowodów wskazanych w treści odwołania na okoliczności w nich wskazane.

Odwołujący wskazał, że:

Stan faktyczny:

1. Zamawiający Powiat Strzyżowski zamierza udzielić zamówienia, którego przedmiotem jest: „Budowa hali sportowej przy Zespole Szkół Technicznych i Liceum

Ogólnokształcącym w Strzyżowie" (dalej jako: „Zamówienie").

2. Co istotne, z punktu widzenia całości okoliczności sprawy, postępowanie, którego dotyczy niniejsze odwołanie, jest drugim postępowaniem zmierzającym do wyboru wykonawcy Zamówienia.

3. W pierwszym postępowaniu w przedmiocie wyboru wykonawcy zamówienia pn. „Budowa hali sportowej przy Zespole Szkół Technicznych i Liceum Ogólnokształcącym w Strzyżowie", znak: ZP.272.11.2022 (dokumentacja dostępna na stronie:

ogłoszenie nr 2022/BZP

00397594/01 z dnia 18.10.2022 r.), dalej jako „Pierwsze Postępowanie", zgodnie z Rozdz. II pkt 7 ppkt 4 lit. a) SWZ „INFORMACJA O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA" Zamawiający postawił następujące warunki udziału w postępowaniu:

„4) ZDOLNOŚCI TECHNICZNEJ LUB ZAWODOWEJ:

Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że:

a) w okresie ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwie roboty budowlane o wartości

co najmniej 10 mln zł brutto każda, polegające na budowie, rozbudowie, przebudowie budynków o kubaturze minimum 13 tys. m3 każdy;

Z powyższego wynika, że w ramach Pierwszego Postępowania wykonawcy mogli wykazać się doświadczeniem o referencyjnej wartości co najmniej 10 mln zł brutto w dwóch robotach budowlanych polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie jakichkolwiek budynków o kubaturze minimum 13 tys. m³ każdy (Zamawiający nie ograniczył możliwości powoływania się na doświadczenie w realizacji robót odnoszących się tylko i wyłącznie do obiektów użyteczności publicznej).

W Pierwszym Postępowaniu zostały złożone cztery oferty, zgodnie z poniższą informacją z otwarcia ofert z dnia 4.11.2022 r.:

Zamawiający:

Powiat Strzyżewski

ul. Przecławczyka 15

38-100 Strzyżów

Działając na podstawie art 222 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.). zwanej dalej ustawą PZP. w związku z dokonaniem czynności otwarcia ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Budowa hali sportowej przy Zespole Szkol Technicznych i Liceum Ogólnokształcącym w Strzyżowie . Zamawiający przedstawia następujące informacje o otrzymanych ofertach:

Nazwa Wykonawcy	Cena oferty brutto (PLŃ)	Okres gwarancji (ni-ce)
Przedsiębiorstwo Remontowo - Budowlane REMBUD Sp- z o.o uL Tunelowa 2 38-100 Strzyżów	15 989 980 .32	60
MATEO P rzedł i^bior^rwoBudowj^^ U 5 hit owo - Handlowe 33-100 Tarnów ul. Lwowska 134a	20 000 820.00	60
WOLF Taetaoprejakt sp. z o.o. SpX Trzebownisko 22 36 - 001 Trzebownisko	18 674 543.94	60
SOŁKAN Spółka z o.o. ul Mikołaja Reja 12 35-211 RZESZÓW	14 910 810 .81	60

4. Powyższe zestawienie pokazuje, że w Pierwszym Postępowaniu prowadzonym w celu udzielenia Zamówienia oferta SOLKAN była ofertą najkorzystniejszą i opiewała na kwotę 14 910 810,81 zł. Jako drugą w kolejności sklasyfikowano ofertę wykonawcy REMBUD na kwotę 15 989 980, 32 zł. Jednocześnie sformułowane przez

Zamawiającego warunki pozwoliły na udział w Postępowaniu czterech wykonawców.

5. Po upływie terminu składania ofert, a przed ich otwarciem, Zamawiający podał kwotę przeznaczoną na sfinansowanie przedmiotowego Zamówienia. Wynosiła ona 14 677 850,45 brutto, zgodnie z poniższym:

Numer sprawy: ZP.272.11.2022 Strzyżów, 04.11.2022 r.

Wszyscy uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Działając godnie z art. 222 ust. 4 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U.

z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.J, Zamawiający - Powiat Strzyżowski niniejszym informuje, że kwota brutto jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia pn. Budowa hali sportowej przy Zespole Szkół Technicznych i Liceum Ogólnokształcącym w Strzyżowie, wynosi - 14 677 850,45 zł brutto.

6. W dniu 18.11.2022 r. Zamawiający przekazał wykonawcom ubiegającym się o niniejsze Zamówienie informację o unieważnieniu Postępowania Pierwszego na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, wskazując, że:

Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. 14 677 850,45 zł brutto. Cena w ofercie przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert, tj. w ofercie Wykonawcy SOLKAN Spółka z o.o.i 14 910 810,81 zł brutto przekracza kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia o 232 960,36 zł brutto,

Po dokonaniu analizy finansowej. Zamawiający/ ustalił, że nie może zwiększyć środków na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia do wysokości oferty z najniższą ceną. Wobec powyższego Zamawiający unieważnia postępowanie w zakresie realizacji przedmiotowego zadania pn. „Budowa hali sportowej przy Zespole Szkół Technicznych i Liceum Ogólnokształcącym w Strzyżowie", znak: ZP.272.11.2022.

7. Tym samym Zamawiający unieważnił Postępowanie Pierwsze, w którym Zamówienie miało przypaść SOLKAN, z uwagi na brak możliwości zwiększenia środków o kwotę 232 960,36 zł brutto.

8. Kolejne postępowanie odnoszące się do Zamówienia, którego dotyczy niniejsze odwołanie, zostało wszczęte ogłoszeniem o nr 2022/BZP 00495536 z dnia 14 grudnia 2022 r., a więc niecały miesiąc po unieważnieniu Postępowania Pierwszego.

9. Co istotne, w Postępowaniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie Zamawiający zaostrzył warunek udziału w Postępowaniu ujęty w Rozdz. II pk7 SWZ w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej, wymagając, by wykonawcy wykazali się w zakresie:

„4) ZDOLNOŚCI TECHNICZNEJ LUB ZAWODOWEJ:

Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że:

a) w okresie ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności j'est krótszy -w tym okresie, wykonał co najmniej dwie roboty budowlane o wartości co najmniej 10 mln zł brutto każda, polegające na budowie, rozbudowie, przebudowie budynków użyteczności publicznej w rozumieniu § 3 pkt. 6 Rozporządzenia Ministra

Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U.2022.1225 z późn. zm.) o kubaturze minimum 13 tys. m3 każdy;"

10. Tym samym, warunek został zaostrzony o element „użyteczności publicznej" i w Postępowaniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie, mogli wziąć udział wyłącznie wykonawcy, którzy wykazali się doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych o wartości co najmniej 10 mln zł brutto zdobytym przy budowie, rozbudowie lub przebudowie szczególnego typu budynków, tj. budynków użyteczności publicznej, o minimalnej kubaturze 13 tys. m³ każdy.

Istotne zaostrzenie warunku w zakresie doświadczenia spowodowało, że w postępowaniu oferty złożyło już tylko dwóch wykonawców, tj. Odwołujący i wykonawca REMBUD, zgodnie z poniższym zestawieniem:

Znak sprawy: ZP.272.15.2022 Strzyżów, 30.12.2022 r.

Zamawiający:

Powiat Strzyżowski

ul. Przedawczyka 15

38-100 Strzyżów'

Działając na podstawie ait. 222 ust. 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych ("tekst jedn. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm), zwanej dalej ustawą PZP, w związku z dokonaniemczynności otwarcia ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: ..Budowa hali sportowej przy Zespole Szkól Technicznych i LiceumOgólnokształcącymw Strzyżowie", Zamawiający przedstawia następujące informacje o otrzymanych ofertach:

Nazwa Wykonawcy	Cena oferty brutto (PLN)	Okres gwarancji (m-ce)
Przedsiębiorstwo Remontowo - Budowlane REMBUD Sp. z o. o. ul. Tunelowa 2, 38 - 100 Strzyżów	15 881 977.11	60
SOLKAN Spółka z o.o. ul. Mikołaja Reja 12 35-211 RZESZÓW	15 572 018,57	60

11. W informacji o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie Zamówienia z dnia 30.12.2022 r., Zamawiający podał, że budżet wynosi 14 721 866,50 zł brutto.

12. W dniu 17 lutego 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: REMBUD, którego cena ofertowa byłą wyższa o 1 160 110,60 zł od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Co warte podkreślenia, 3 miesiące wcześniej Zamawiający unieważnił postępowanie, w którym najkorzystniejszą ofertę złożył wykonawca SOLKAN z uwagi na brak możliwości zwiększenia budżetu o 232 960,36 zł, a więc niemal 5 razy mniej w stosunku do zwiększenia budżetu w celu wyboru wykonawcy REMBUD.

13. W Postępowaniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie, SOLKAN nie uzyskał Zamówienia nie z powodu braku możliwości zwiększenia budżetu, ale z powodu odrzucenia oferty z uwagi na rzekome niewykazanie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej i zawodowej.

14. Przechodząc do brzmienia warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, należy w pierwszej kolejności wskazać, że zarówno w ramach Postępowania Pierwszego, jak i Postępowania, którego dotyczy niniejsze odwołanie, warunek ten został sformułowany niezwykle restrykcyjnie. Podkreślić należy, że wedle Rozdz. II. ust. 1 SWZ przedmiotem Zamówienia jest:

„1. PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA.

1) Przedmiotem zamówienia jest Budowa hali sportowej przy Zespole Szkół Technicznych i Liceum Ogólnokształcącym w Strzyżowie. (…)

a) Wymiary hali:

- długość 39,00 m,

- szerokość 31,26 m,

- wysokość 11,98 m;

b) Powierzchnia zabudowy 1214,50 m2;

c) Powierzchnia użytkowa 1537,92 m2;

d) Powierzchnia całkowita 1752,52 m2;

e) Kubatura 12977,70 m3”.

Tym samym w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia jest budowa budynku o kubaturze mniejszej niż 13 000 m³, Zamawiający wymaga w ramach warunku w zakresie doświadczenia aż dwóch robót budowlanych o wartości minimum 10.000.000,00 zł każda, polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie tylko i wyłącznie budynków użyteczności publicznej o minimalnej kubaturze 13 tys. m³ każdy. Co warte odnotowania, postawiony warunek przekracza wymagania co do kubatury ujęte w OPZ dla budynku, którego dotyczy Zamówienie, a Zamawiający wymaga aż dwóch referencyjnych robót o wartości niemal 70% wartości Zamówienia z VAT. Powyższe zdaniem Odwołującego wskazuje na brak jego proporcjonalności w stosunku do przedmiotu Zamówienia.

15. Odwołujący ma świadomość, że kwestionowanie brzmienia warunku na tym etapie byłoby spóźnione, jakkolwiek przywołał powyższą argumentację, aby zobrazować cały kontekst niniejszego Postępowania i fakt, że Zamawiający, w drodze nieuprawnionej i oderwanej od literalnego brzmienia postanowień SWZ, wykładni postanowień warunku w zakresie zdolności zawodowej, zmierza bezpodstawnie do jego dalszego zaostrzenia, w sposób niewynikający z jego treści, co na etapie po złożeniu ofert jest niedopuszczalne.

16. Warunki udziału w postępowaniu stanowią jeden z najistotniejszych elementów postępowania o udzielenie zamówienia. Aby w toku postępowania mogły zostać zachowane podstawowe zasady, o których mowa w art. 16 pkt 1 Pzp, opis warunków stawianych wykonawcy powinien być jednoznaczny i nie budzić wątpliwości. Wykonawca przystępujący do postępowania, na podstawie sformułowanych przez

zamawiającego warunków, powinien móc stwierdzić, czy posiada wymagane przez zamawiającego zdolności.

17. W niniejszym Postępowaniu zdaniem Odwołującego warunek został postawiony w sposób klarowny i precyzyjny:

4) Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że:

a) w okresie ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał:

co najmniej dwie roboty budowlane o wartości co najmniej 10 mln zł brutto każda,

polegające na budowie, rozbudowie, przebudowie budynków użyteczności publicznej (...) o kubaturze minimum 13 tys. m3 każdy;”

18. Literalna treść warunku zdaniem Odwołującego nie pozostawia żadnych wątpliwości co do tego, że zwrot „każdy” odnosi się do budynków użyteczności publicznej („każdy” budynek), tym samym w warunku jest mowa o wymaganej minimalnej kubaturze budynków użyteczności publicznej, w ramach których wykonywano prace (gdyby wymagana kubatura miała odnosić się do budowy, rozbudowy lub przebudowy, a nie budynku, Zamawiający, zgodnie z zasadami gramatyki języka polskiego, użyłby słowa „każda”, na zasadzie: „rozbudowa / przebudowa o kubaturze … każda.”). Referencyjne doświadczenie mogło więc polegać na budowie, rozbudowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej, który miał kubaturę minimum 13 tys. m^3. W warunku nie wskazano, że Zamawiający uzna za spełniony warunek, gdy powierzchnia „przebudowywana czy rozbudowywana” będzie obejmować co najmniej 13 tys. m^3, ale że każdy budynek użyteczności publicznej, w którym wykonywane będą

roboty budowlane o referencyjnej wartości ma mieć kubaturę co najmniej 13 tys. m^3 (dodatkowo zakres przebudowy / rozbudowy był określony warunkiem dotyczącym ich wartości - co najmniej 10 mln zł brutto każda) .

W warunku Zamawiający nie odnosi się do kubatury wykonanych prac. Powyższe wynika nie tylko z literalnego brzmienia warunku, ale także z użytego w warunku pojęcia kubatury, które odnosi się do budynku, a nie wykonywanych robót budowlanych. Jak bowiem należałoby liczyć kubaturę robót instalacyjnych, czy kanalizacyjnych wykonywanych w ramach przebudowy, czy kubaturę robót dokonywanych na powierzchniach płaskich?

Co istotne, Zamawiający nie zawarł w warunku definicji kubatury, jak również sposobu jej liczenia w przypadku wykazywania się doświadczeniem w przebudowie, czy rozbudowie budynku. Brak w treści warunku informacji, że w takiej sytuacji do kubatury należy liczyć np. tylko przebudowywane, czy rozbudowywane części budynku. Taki sposób liczenia nie wynika również z żadnego aktu prawnego.

Wskazać należy, na funkcjonujące w obrocie powszechnym definicje „kubatury":

- „kubatura budynku" Nazwa angielska: Cubic volume of a building

Definicja: Kubatura budynku jest to jego objętość mierzona w m3, liczona jako iloczyn powierzchni zabudowy i wysokości budynku. Jeśli budynek posiada piwnice i strych – należy wziąć pod uwagę wysokość budynku mierzoną od podłogi piwnic do podłogi strychu. Jeśli budynek posiada poddasze, na którym znajdują się pomieszczenia użytkowe (np. mieszkanie, pralnia itp.) – kubaturę tych pomieszczeń dolicza się do kubatury budynku. Jeśli budynek składa się z kilku wydzielonych części o różnej wysokości – należy podać sumę kubatury tych części. W przypadku rozbudowy lub przekazania do eksploatacji tylko części budynku – podaje się kubaturę tylko części nowo powstałej (przekazanej do eksploatacji).

Źródło definicji: Opracowanie własne Głównego Urzędu Statystycznego; Autor: Główny Urząd Statystyczny.

Kubatura jest definiowana w pkt 24 § 3 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Załącznik do obwieszczenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 15 kwietnia 2022 r. (poz. 1225), który wskazuje, że ilekroć w rozporządzeniu tym jest mowa o kubaturze brutto budynku – należy przez to rozumieć sumę kubatury brutto wszystkich kondygnacji, stanowiącą iloczyn powierzchni całkowitej, mierzonej po zewnętrznym obrysie przegród zewnętrznych i wysokości kondygnacji brutto, albo między podłogą na stropie lub warstwą wyrównawczą na gruncie a górną powierzchnią podłogi bądź warstwy osłaniającej izolację cieplną stropu nad najwyższą kondygnacją, przy czym do kubatury brutto budynku:

a) wlicza się kubaturę przejść, prześwitów i przejazdów bramowych, poddaszy nieużytkowych oraz przekrytych części zewnętrznych budynku, takich jak: loggie, podcienia, ganki, krużganki, werandy, a także kubaturę balkonów i tarasów, obliczaną do wysokości balustrady,

b) nie wlicza się kubatury ław i stóp fundamentowych, kanałów i studzienek instalacyjnych, studzienek przy oknach piwnicznych, zewnętrznych schodów, ramp i pochylni, gzymsów,

daszków i osłon oraz kominów i attyk ponad płaszczyzną dachu;

Z powyższego aktu prawnego wynika więc, kubaturę mierzy się po zewnętrznym obrysie przegród zewnętrznych i wysokości kondygnacji brutto. Trudno więc określić, jak według Zamawiającego kubatura taka miałaby być mierzona w odniesieniu do rozbudowy / przebudowy (a nie obiektu podlegającego budowie /rozbudowie / przebudowie).

Tym samym, zdaniem Odwołującego, twierdzenia, że należy wykazać się kubaturą robót, czy kubaturą przebudowywania/rozbudowywania, nie licuje nie tylko z literalną treścią samego warunku, ale również z ogólnym rozumieniem pojęcia kubatury, do którego Zamawiający referuje w treści warunku (w odniesieniu do budynku użyteczności publicznej).

Należy też zauważyć, że wyniku prac obejmujących - jak w przypadku roboty wykonanej przez SOLKAN zakwestionowanej przez Zamawiającego - rozbudowę i przebudowę (tj. Rozbudowę budynku Zespołu Szkół w Zaczerniu o przedszkole wraz ze zmianą sposobu użytkowania i przebudową części istniejącej szkoły) - powstaje nowy ustrój budowlany, który w swojej nierozłącznej strukturze zawiera zarówno cześć budynku poddaną przebudowie jak i nową część w postaci rozbudowy. W związku wydanym przez nadzór budowlany pozwoleniem na użytkowanie zarówno rozbudowa jak i przebudowa stanowi jeden nierozerwalny twór tworząc zarazem nowy budynek.

19. Biorąc pod uwagę brzmienie wskazanego wyżej warunku, zupełnie nieadekwatne do niego jest stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie o odrzuceniu oferty Odwołującego, w którym Zamawiający wskazał, że:

„Zamawiający stwierdza, że wykonawca SOLKAN nie spełnia ww. warunku w postępowaniu, ponieważ kubatura rozbudowy i przebudowy budynku wskazanego w pkt 2 nie osiąga progu określonego w warunku na minimum 13 tys. m3. Wykonawca wykazał doświadczenie w realizacji robót budowlanych w obiekcie, który posiada kubaturę większą niż określona w warunku, jednakże roboty te nie dotyczyły całego obiektu tylko jego części. W ocenie zamawiającego nie wystarczy wykazać się wykonaniem robót budowlanych, polegających na budowie, rozbudowie, przebudowie budynków użyteczności publicznej których kubatura wynosi minimum 13 tys. m3, bez względu w jakim zakresie i rozmiarze (kubatura wykonanych prac) przebudowywany jest budynek. Zdaniem zamawiającego ocena warunku działu w postępowaniu musi być dokonywana w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, którym w tym przypadku jest budowa hali sportowej".

20. Zamawiający nie wyjaśnia jednocześnie, z którego fragmentu brzmienia warunku wynika, że niewystarczające jest wykazanie się wykonaniem robót budowlanych polegających na budowie, rozbudowie, przebudowie budynków użyteczności

publicznej, których kubatura wynosi minimum 13 tys. m^3. Odwołujący podkreśla, że warunek nie wskazywał na obowiązek wykazania się robotami budowlanymi polegającymi na przebudowie lub rozbudowie o kubaturze 13 tys. m^3, ale na przebudowie/rozbudowie budynku o kubaturze 13 tys. m^3.

Zamawiający zdaje się imputować, że w przypadku czytania warunku literalnie, wykonawca mógłby w odniesieniu do budynku o kubaturze powyżej 13 tys. m^3 wykonywać jakieś drobne czy nieznaczące prace i umożliwiałoby mu to spełnienie postawionego w zakresie doświadczenia warunku udziału w Postępowaniu. Przy takim prezentowaniu treści warunku Zamawiający pomija jednak, że do zakresu wykonywanych prac, adekwatnym do przedmiotu zamówienia, odnosi się inna część warunku, z której wynika, że każda z referencyjnych robót miała mieć wartość co najmniej 10.000.000,00 mln zł! Prac o tak wysokiej wartości w budynku użyteczności publicznej o kubaturze co najmniej 13 tys. m^3 nie można zdaniem Odwołującego w żadnej mierze uznać za bagatelne, nie wystarczające dla wykazania zdolności do wykonania

zamówienia. Tym samym twierdzenie Zamawiającego, że wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie/rozbudowie budynku o kubaturze co najmniej 13 tys. m^3, nie obejmujących całego obiektu jest niewystarczające jest nieuzasadnione nie tylko w obliczu literalnego brzmienia warunku, ale również nieracjonalne z punktu widzenia wymogu, by roboty te opiewały na wartość min. 10 mln zł. Oczywistym jest bowiem, że posiadanie doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych o tak wysokiej wartości, zrealizowanych w obiekcie użyteczności publicznej o kubaturze przekraczającej 13 tys. m3, należy uznać za dające rękojmię należytego wykonania zamówienia.

21. Zdaniem Odwołującego błędny i nieuprawniony jest wniosek, że na obecnym etapie postępowania Zamawiający może zmieniać literalną treść warunku i dokonywać jego interpretacji w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, którym jest budowa hali sportowej. Podstawą oceny warunków udziału w postępowaniu nie jest „ocena zamawiającego", czy „zdanie zamawiającego" nt. wykładni warunku, ani nawet nie przedmiot zamówienia, ale literalna treść warunku określonego w dokumentach zamówienia. Na etapie oceny ofert Zamawiający dokonał zawężającej interpretacji treści warunku precyzyjnie sformułowanego w SWZ. Takie działanie Zamawiającego jest zdaniem SOLKAN niedopuszczalne i nakierowane na bezzasadne

wyeliminowanie Odwołującego z Postępowania. Nie można w tym zakresie stracić z pola widzenia celu stawiania warunku, którym jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. W niniejszym Postępowaniu Zamawiający postawił warunek, w ramach którego wymagał aż dwóch referencyjnych doświadczeń, o znacznej wartości 10.000.000,00 zł każde, ograniczonych do wąskiego katalogu budynków o charakterze użyteczności publicznej, które dodatkowo miały mieć kubaturę min. 13 tys m^3. Uwzględniając fakt, że warunek ten został określony w sposób rygorystyczny, tym bardziej nie można uznać za dozwolone dalszych prób zaostrzania jego brzmienia w drodze wykładni Zamawiającego.

Odwołujący podkreśla, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni. Stanowi to gwarancję obiektywizmu zamawiającego w procesie weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, jak również narzędzie realizujące zasadę równego traktowania wykonawców. Nieujawnione w dokumentacji postępowania intencje Zamawiającego nie mogą decydować następczo o treści warunku udziału w postępowaniu. Na etapie badania i oceny ofert zamawiający nie może interpretować wymagań specyfikacji w sposób bardziej rygorystyczny niż to wynika z literalnego brzmienia warunku, albowiem powodowałoby to w konsekwencji naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

22. Badanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym zdolności technicznej wykonawcy na podstawie wymagań, które nie zostały jasno sprecyzowane w dokumentacji postępowania, jest zdaniem Odwołującego nieuprawnione i stanowi naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych. Powyższe potwierdza również jednolite orzecznictwo KIO, z którego wynika, że:

- Treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawierających opis warunków udziału w postępowaniu podlega wykładni językowej. Konieczność stosowania tego rodzaju wykładni wynika z naczelnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 p.z.p.). Warunki udziału w postępowaniu powinny być jednoznaczne. Po upływie terminu składania ofert nie jest dopuszczalne uszczegóławianie opisów warunków udziału w postępowaniu, tj. uzupełnianie ich o treści które nie zostały w nich uprzednio zawarte. Zamawiający obowiązany jest przeprowadzić procedurę badania spełniania przez wykonawców warunków

udziału w postępowania w odniesieniu do treści tych warunków ustalonej przed upływem terminu składania ofert", tak: KIO 1017/21, wyrok KIO z dnia 4 maja 2021 r.

- „Rozstrzygające znaczenie dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu ma jego literalne brzmienie, a nie intencja zamawiającego, która nie została wyartykułowana w SIWZ, czy też oczekiwany przez zamawiającego sposób rozumienia dokumentacji w świetle nieujawnionych w niej oczekiwań. Punktem wyjścia dla oceny oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły - stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelnych zasad zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 p.z.p., zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców, a także przejrzystości postępowania - tak, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert", tak: KIO 463/21, wyrok z dnia 1 kwietnia 2021 r.

- Nie można obciążać wykonawcy faktem, że po terminie na składanie ofert zamawiający uzmysłowił sobie, że jednak warunek udziału w przetargu można było sformułować inaczej. Treść SIWZ musi mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, zaś błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców biorących udział w postępowaniu. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny ofert tylko w odniesieniu do postanowień zawartych w SIWZ, a nie do własnych interpretacji, czy spóźnionych intencji", tak: KIO 354/21, wyrok KIO z dnia 29 marca 2021 r.

- „Warunków udziału w postępowaniu nie można interpretować w sposób zawężający, który nie wynika z ich literalnego brzmienia, a przy ich formułowaniu należy mieć na uwadze konieczność zapewnienia jak najszerszej konkurencji", tak: KIO 2762/12, wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2013 r.

23. Podsumowując, podmiotowe środki dowodowe przedłożone przez SOLKAN w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdz. II pkt 7 ppkt 4 lit. a) SWZ były prawidłowe i odpowiadające jego brzmieniu, w konsekwencji czego Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) odrzucając ofertę Odwołującego z uwagi na rzekome niewykazanie przedmiotowego warunku.

24. Z ostrożności Odwołujący wskazuje jednocześnie, że nawet gdyby przyjąć, że sformułowany w Rozdz. II pkt 7 ppkt 4 lit a) SWZ warunek udziału w postępowaniu nie był precyzyjny, czy też mógł być odczytywany również inaczej niż wskazano powyżej, to to zamawiający odpowiada za kształt SWZ, w tym za poprawne sformułowanie warunków. Warunki te winny być sformułowane w taki sposób, aby nie rodziły wątpliwości interpretacyjnych na dalszym etapie postępowania, w tym przede wszystkim podczas oceny ich spełniania przez oferenta. Jeżeli więc warunek udziału sformułowano w taki sposób, że możliwe są różne metody jego odczytania, czy też jednoznacznie nie wskazano, w jaki sposób odbywać się będzie ocena jego spełniania, to powszechnie przyjmuje się, że należy zastosować ten sposób interpretacji, który jest korzystniejszy dla wykonawcy. Powyższe znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie, przykładowo w:

- wyroku KIO z dnia 9 maja 2022 r., KIO 1047/22, Izba wskazała, że:

„Niejasne, niejednoznaczne zapisy SWZ nie mogą obciążać wykonawców bazujących na tych zapisach podczas składania oferty, czy przedstawiania podmiotowych środków dowodowych. Jeżeli możliwa była co najmniej dwutorowa interpretacja warunku udziału w postępowaniu, to wszelkie niejasności SWZ należy odczytywać na korzyść wykonawców, nawet jeżeli weźmie się pod uwagę podwyższony miernik staranności wymagany w stosunkach danego rodzaju od wykonawcy zawodowo prowadzącego działalność gospodarczą i stale biorącego udział w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych".

- wyroku z dnia 12 kwietnia 2022 r., KIO 845/22, w którym Izba podniosła, że: „Zarówno zamawiający, jak i wykonawcy są związani treścią specyfikacji warunków zamówienia, która po terminie składania ofert nie może być zmieniana, natomiast powstałe wątpliwości w zakresie interpretacji jej postanowień, w tym zawierających określenie warunków udziału w postępowaniu, nie mogą być rozstrzygane na niekorzyść wykonawcy, bowiem to zamawiający jest autorem tego dokumentu i to jego obciążają ewentualne negatywne konsekwencje braku jednoznaczności postanowień SWZ".

- wyroku KIO z dnia 7 czerwca 2022 r., KIO 1398/22

„Wszelkie niejednoznaczności i wątpliwości co do treści SWZ należy interpretować na korzyść wykonawcy. Niewątpliwie, zamawiający jako gospodarz postępowania ponosi odpowiedzialność za prawidłowe, zgodne z własnymi oczekiwaniami sformułowanie poszczególnych wymagań, w tym warunków udziału w postępowaniu. Jakakolwiek nadinterpretacja postawionych wymagań czy rozszerzająca ich wkładania jest niedopuszczalna po terminie składania ofert. Zamawiający nie może badać i oceniać

ofert przez pryzmat nieuzewnętrznionych oczekiwań, a ich niespełnieniem obarczać wykonawcę. Takie działanie godzi w zasadę przejrzystości postępowania, gdyż wykonawca składa ofertę bazując na treści SWZ.

- wyroku KIO z dnia 14 stycznia 2021 r., KIO 3787/21

„W sytuacji, w której możliwe są różne interpretacje zapisów SWZ, zachodzi niejednoznaczność SWZ. Z kolei niejednoznaczność postanowień SWZ nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawców, a wszelkie wątpliwości zamawiający powinien rozstrzygać na korzyść wykonawcy. Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach SWZ należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia SWZ były jednoznacznie i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury.

25. Biorąc pod uwagę powyższą dyrektywę rozstrzygania wątpliwości na korzyść wykonawcy w przypadku niejednoznaczności postanowień warunków udziału w postępowaniu (która zdaniem SOLKAN w niniejszej sprawie nie występuje), Zamawiający nie powinien odrzucać oferty SOLKAN, ale dokonać jej wyboru jako najkorzystniejszej, czego bezpodstawnie zaniechał.

26. Tylko i wyłącznie na wypadek nieuwzględnienia przedstawionej powyżej argumentacji odnoszącej się do brzmienia warunku określonego w Rozdz. II pkt 7 ppkt 4 lit. a) SWZ i zarzutów wskazanych w pkt 1) petitum odwołania, Odwołujący wskazuje, że zgodnie z treścią art. 128 ust. 1 Pzp: „1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania". Ustawodawca nałożył zatem na zamawiającego obowiązek skierowania do wykonawcy wezwania w przypadkach określonym dyspozycją ww. przepisu, na co wskazuje użycie sformułowania „wzywa". Wezwanie ma charakter obligatoryjny, a zaniechanie wezwania w przypadkach wskazanych w art. 128 ust. 1 ww. ustawy stanowi naruszenie Pzp. W świetle zasady równego traktowania wykonawców dyspozycją powyższego przepisu objęta jest zarówno sytuacja, gdy

wykonawca nie złoży w ogóle podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale również, gdy złożone środki dowodowe nie wykazują spełnienia warunków.

27. Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp zamawiający odrzuca ofertę złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Przy czym nie budzi wątpliwości, że obejmuje to wyłącznie sytuację niewykazania spełniania tych warunków, pomimo uprzedniego zastosowania art. 128 ust. 1 Pzp. W okolicznościach sprawy Zamawiający wzywał SOLKAN do wyjaśnień treści wykazu w trybie art. 128 ust. 4 Pzp (pismo Zamawiającego z dnia 25.01.2023 r.). Zamawiający nie dokonał jednak wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z uwagi na uznanie, że poz. nr 1 wykazu robót budowlanych złożonego przez SOLKAN, rzekomo nie spełnia wymagań określonych warunkiem opisanym w Rozdz. II pkt 7 ppkt 4 lit a) SWZ. Tymczasem, nawet przy uznaniu za właściwą wykładni SWZ prezentowanej przez Zamawiającego, przyjęte przez Zamawiającego w informacji o wyniku Postępowania obliczenie „kubatury rozbudowy / przebudowy" wykonanych przez SOLKAN prac jest błędne. SOLKAN nie został jednak wezwany do uzupełnienia w tym zakresie.

28. Tym samym, Zamawiający nie mógł odrzucić oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) z uwagi na podleganie wykluczeniu z postępowania (taka podstawa odrzucenia została wskazana w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej), jak również art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) Pzp jako złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu. Skoro bowiem Zamawiający uznał, powołując się na prezentowaną przez siebie – nieuzasadnioną zdaniem Odwołującego - wykładnię warunku określonego w Rozdz. II pkt 7 ppkt 4) lit a) SWZ, że konieczne jest wykazanie się robotami budowlanymi o kubaturze przebudowy/rozbudowy min. 13 tys. m^3 co do obiektów użyteczności publicznej, to powinien wezwać wykonawcę SOLKAN do uzupełnienia złożonych podmiotowych środków dowodowych o informacje co do kubatury przebudowy/rozbudowy wskazanego w poz. 1 wykazu robót budowlanych obiektu szkoły. Takiego wezwania przed czynnością odrzucenia oferty SOLKAN Zamawiający jednak nie wystosował, czym naruszył dyspozycję art. 128 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) i b) w zw. z art. 266 Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu ostawionego w pkt 1 petitum odwołania i skorelowanych z nim żądań, wykonawca wnosi o uwzględnienie zarzutu ewentualnego ujętego w pkt 2) odwołania i żąda zobowiązania Zamawiającego do wezwania SOLKAN do uzupełnienia podmiotowych

środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku określonego w Rozdz. II pkt. 7 ppkt 4) lit. a) SWZ w zakresie poz. 1 z wykazu robót budowlanych złożonego przez SOLKAN w odniesieniu do kubatury przebudowywanych/rozbudowywanych pomieszczeń szkoły.

29. Przechodząc na koniec do zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty REMBUD, pomimo że oferta tego wykonawcy nie jest najkorzystniejszą w niniejszym Postępowaniu, Odwołujący wskazuje, że zarzut ten stanowi konsekwencję zarzutów powyższych. W sytuacji, gdy wybór oferty następuje w warunkach naruszenia przepisów ustawy Pzp mających wpływ na wynik Postępowania, oczywistym jest, że i ta czynność (wybór) narusza ustawę, tj. jej art. 239 ust. 1 Pzp. Niewątpliwie także ustalenie wyniku Postępowania z naruszeniem przepisów art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) Pzp stanowi jednoczesne naruszanie podstawowych zasad zamówień publicznych wyrażonych w art. 16, w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 marca 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

Odwołujący się, znaczną cześć twierdzeń środka odwoławczego poświęca postępowaniu, które Zmawiający prowadził, w tożsamym przedmiocie, a które zostało przez niego unieważnione. Godzi się jednak wypowiedzieć również w tym przedmiocie pomimo, iż nie jest to przedmiotem środka odwoławczego.

Poprzednie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (znak ZP.272.11.2022) dotyczące tego samego przedmiotu zamówienia zostało unieważnione przez Zamawiającego na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.).

Zamawiający unieważnił ww. postępowanie po dokonaniu analizy finansowej, z której wynikało, że w momencie podejmowania decyzji nie mógł zwiększyć środków na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia do wysokości oferty

z najniższą ceną (SOLKAN p. z o.o.). Żaden z czterech wykonawców biorących udział w ww. postępowaniu, w tym

również SOLKAN Sp. z o.o. nie zakwestionował decyzji Zamawiającego i nie skorzystał z przysługujących mu środków

odwoławczych od decyzji Zamawiającego.

Postępowanie o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie wszczęte zostało w dniu 14.12.2022 r. tj.: ogłoszenie o zamówieniu nr 2022/BZP 00495536.

Po wszczęciu postępowania tj. w dniu 15.12.2022 r. Zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 262 ustawy Pzp poinformował wszystkich wykonawców, którzy brali udział w pierwszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (w tym SOLKAN Sp. z o.o.), o wszczęciu kolejnego postępowania.

W terminie wyznaczonym na składanie ofert żaden z Wykonawców nie zakwestionował warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego, zarówno w wnioskach o udzielenie wyjaśnień do treści SWZ kierowanych do Zamawiającego jak również poprzez skorzystanie z przysługujących środków odwoławczych w tym zakresie.

Odwołujący się SOLKAN Sp. z o.o. w okresie od dnia wszczęcia postępowania do dnia składania ofert nie podniósł żadnych wątpliwości odnośnie treści SWZ w zakresie postawionych warunków zamówienia. Jedyną aktywnością jaką wykazał się Odwołujący się w tym okresie było przesłanie Zamawiającemu w dniu 28.12.2022 r. (na dwa dni przed wyznaczonym terminie składania ofert) 7 wiadomości z wnioskami o wyjaśnienie treści SWZ, wszystkie odnosiły się do przedmiarów robót będących załącznikami do SWZ.

W wniesionym odwołaniu SOLKAN Sp. z o.o. wywodzi, że Zamawiający bezpodstawnie zamienił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia Wykonawcy natomiast nie wspomina o fakcie, że w powtórzonym postępowaniu Zamawiający zmienił również termin realizacji zamówienia, a także postawił wymóg dołączenia do ofert kosztorysów ofertowych, których nie wymagał w pierwszym postępowaniu. Tak więc okoliczności podnoszone w środku odwoławczym o rzekomo negatywnym podejściu Zamawiającego są gołosłowne. Zamawiający w prowadzonym postępowaniu korzysta jedynie z przysługujących mu uprawnień w celu takiego sprecyzowania warunków udziału w postępowaniu aby zapewnić sobie optymalny efekt rzeczowy i finansowy.

Brak aktywności Wykonawcy SOLKAN Sp. z o.o. na etapie od wszczęcia postępowania do dnia składania ofert świadczy o braku całościowego i uwzględniającego wszystkie aspekty

formułowania oferty, podejścia Wykonawcy do sporządzenia ofert w postępowaniu, a jego aktywność na dwa dni przed terminem składania ofert pozwala przypuszczać, że Wykonawca mało skrupulatnie podszedł do przygotowania ofert pomimo, że o wszczęciu postępowania poinformowany został 15.12.2022 r., a wycenę przedmiotu zamówienia (który pozostał niezmieniony) powinien posiadać z pierwszego postępowania.

Głównym zarzutem Odwołania jest: naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) w zw. z art. 266 Pzp poprzez odrzucenie oferty SOLKAN z uwagi na uznanie, że została ona złożona przez wykonawcę niespełniającego warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego w Rozdz. II pkt 7 ppkt 4) lit. a) SWZ, pomimo że wykonawca SOLKAN wykazał spełnianie przedmiotowego warunku.

W szczegółowym uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazuje, że Zamawiający dokonuje zawężającej wykładni postanowionego przez siebie warunku będąc w całkowitej opozycji to wykładni językowej i gramatycznej. Zdaniem Zamawiającego to właśnie Odwołujący tworzy własną wykładnię treści zawartej w wymaganiach postawionych przez Zamawiającego.

Warunek postawiony przez Zamawiającego jest jasny i klarowny. Zamawiający w trakcie czynności badania ofert nie dokonywał żadnej jego wykładni tym bardziej jeszcze zawężającej. Dość powiedzieć, że przedmiotowy warunek postawiony przez Zamawiającego, a będący przedmiotem krytyki jest standardowym warunkiem stawianym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w tym typie przedmiotu zamówienia. Odwołujący się tworzy na użytek postępowania swoją definicję pojęć znaczeniowych objętych warunkiem w celu wykazania spełniania przez siebie tegoż warunku. Oczywistym jest pojęcie znaczeniowo - językowe każdej definicji zawartej w warunku gdyż mają one swoje oparcie w przepisach ustawy prawo budowlane co Wykonawca jako profesjonalista doskonale wie.

Skoro zatem Zamawiający wymaga wykonania robót budowlanych polegających na „budowie" dwóch budynków użyteczności publicznej o kubaturze min. 13 tyś m2 każdy, to logiczne i spójne jest takie samo wymaganie w odniesieniu do wykonywanej przebudowy czy rozbudowy. Należy założyć, że Odwołujący się zna definicje pojęcia „budowa". Dla porządku przypomnieć należy czym jest „budowa" zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy prawo budowlane „budowie" - należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Wskazywanie zatem przez Odwołującego, że krytycznym staje się dla niego sposób liczenia „kubatury robót

instalacyjnych" jest nietrafne w obliczu przedmiotu zamówienia co do którego opisu Zamawiający nie wnosi zastrzeżeń. Oczywistym jest, że gdyby Zamawiający prowadził postępowanie, którego przedmiotem byłoby wykonanie rzeczonych instalacji opisywałby je właściwymi jednostkami miary w tym zakresie. Powyższe powoduje, że Odwołujący dokonuje fragmentacji spełniania warunku udziału w postępowaniu, oczywiście korzystnego dla siebie. Zamawiający dokonał opisu warunku przy zastosowaniu definicji ustawowych i jest związany pojęciem znaczeniowym tychże.

W związku z zarzutami podniesionymi przez Odwołującego ww. zakresie Zamawiający szczegółowo wskazuje, że zgodnie z § 3 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie ustawodawca podzielił budynki kubaturowe (nie wliczając przemysłowych) 5 kategorii:

- § 3 pkt 4 - budynki mieszkalne
- § 3 pkt 5 - budynki zamieszkania zbiorowego
- § 3 pkt 6 - budynki użyteczności publicznej
- § 3 pkt.7 - budynki rekreacji indywidualnej
- § 3 pkt 8 - budynki gospodarcze

Budynki wymienione w pkt. 4,5,7,8 z uwagi na sposób użytkowania wykonywane są w rozpiętości konstrukcji max 7.5 m często modułowe i powtarzalne o wysokości kondygnacji nie przekraczającej 3.5 m o małym lub średnim zaawansowaniu technologicznym. Budynki te bardzo często posiadają prosty układ statyczny i małe obciążenia użytkowe wynikające ze sposobu ich użytkowania.

Budynki wymienione w § 3 pkt. 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U.2022.1225 z późn. zm.) - budynek użyteczności publicznej to: 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.

Budynki te wykonywane są z reguły wg. indywidualnych projektów budowlanych gdzie rozpiętość konstrukcji sięga 30 m i więcej, a wysokość kondygnacji 15 m i więcej. Wykonawstwo takich obiektów wymaga dużych zdolności technicznych i wysokiego reżimu technologicznego.

Przedmiotem zamówienia jest budynek hali widowiskowo sportowej o rozpiętości konstrukcji 30 m i wysokości kondygnacji 11.25 m o kubaturze 12 977,7 m³, stąd warunek doświadczenia w wykonawstwie robót budowlanych w zakresie budowy, rozbudowy i przebudowy budynków użyteczności publicznej.

Zamawiający nie ograniczył doświadczenia do budynków o rozpiętości min 30 m, wysokości kondygnacji min. 11 m i sposobu użytkowania jakim jest hala widowiskowo - sportowa, lecz zażądał wykazania robót w zakresie min. 13 000 m³ kubatury i sposobie użytkowania jak dla budynków użyteczności publicznej.

Warunek dotyczący budynków użyteczności publicznej nie wskazuje na szczególny typ budynku lecz na doświadczenie wykonawcy w realizacji konstrukcji budynku o kubaturze min 13 000 m³ wymagających dużych zdolności technicznych i wysokiego reżimu technologicznego.

Warunek wykonania robot polegających na budowie, rozbudowie i przebudowie budynków użyteczności publicznej o kubaturze min 13 000 m³ wynikał z konieczności uzyskania wiedzy przez Zamawiającego o zdolności technicznej wykonawcy, czyli zakres robot obejmował kubaturę min 13 000 m³ co wskazywało na zdolność techniczną wykonawcy.

Jeśli chodzi o budowę czy rozbudowę budynku należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu o określonych parametrach czyli powierzchni zabudowy, powierzchni użytkowej i kubatury.

Zamawiający dopuścił również roboty związane z przebudową, a 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, której zakres określały parametry jak powierzchnia użytkowa i kubatura.

Zamawiający dopuścił również sumę wykonanej kubatury rozbudowy i przebudowy pod warunkiem, że przebudowywana część budynku ściśle łączy się z jego rozbudową. Jest

wiadomo, że taki zakres wykonania robot budowlanych wymaga Projektu budowlanego i pozwolenia na budowę w myśl Prawa Budowlanego. Zgodnie z warunkami jakimi powinien odpowiadać projekt budowlany powinien między innymi zawierać opis przedsięwzięcia, czyli określenie parametrów obiektu w zakresie projektowanej rozbudowy i przebudowy. Projektant określa zakres opracowania czyli wykonania robót poprzez powierzchnie zabudowy, powierzchnie użytkową i kubaturę rozbudowy oraz parametry zakresu przebudowy czyli powierzchnie użytkową i kubaturę części podlegającej przebudowie a nie powierzchnię użytkową i kubaturę całego budynku w którym nastąpiła częściowa przebudowa.

Taki sposób kwalifikacji spełnienia warunku zdolności technicznej wykonawcy w pełni jest porównywalny z budową obiektu o kubaturze min 13 000 m³ lub rozbudowy o kubaturze 13000 m³ co sprawia, że zamawiający stosuje tożsame kryterium oceny spełnienia warunku zarówno dla budowy, rozbudowy i przebudowy.

Mając na uwadze, że zamawiający dopuścił łączenie robót związanych z rozbudową i przebudową w zakresie ich

wartości i kubatury należy sumować wartości wykonanych robót w zakresie wykonanej kubatury co jest porównywalne i jednoznaczne z budową obiektu, czy rozbudową jako całościowego obiektu.

Interpretacja wykonawcy jest błędna. Zapis "polegający na budowie, rozbudowie, przebudowie budynków użyteczności publicznej o kubaturze 13 tys. m³ każdy" dotyczy zakresu robót które są porównywalne tj. budowa o kubaturze min 13 tys. m³, rozbudowa o kubaturze min 13 tys. m³, przebudowa w zakresie kubatury min 13 tys. m³, a nie przebudowa w części budynku o kubaturze 13 tys. m³.

Zamawiający dopuścił łączenie kosztów rozbudowy i przebudowy i sumy kubatury przebudowanej budynku z kubaturą budynku rozbudowy.

Wbrew zatem zarzutom skarżącego, warunki wymagane przez Zamawiającego zachowują wymóg proporcjonalności w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwotnym tekście obowiązującej wcześniej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (PZP) art. 7 ust. 1 bezpośrednio wskazywał na obowiązek zamawiającego polegający na przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przepis ten uzupełniono o obowiązek kierowania się zasadą proporcjonalności i przejrzystości w nowelizacji PZP z dnia 22 czerwca 2016 r. Zasadę proporcjonalności

skonkretyzowano wówczas w dodanym art. 22 ust. 1a, zgodnie z którym zamawiający ma określać warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Jako że podobna regulacja dotycząca proporcjonalności w kontekście warunków udziału w postępowaniu funkcjonowała w PZP już wcześniej, zagadnienie to było już opisane w orzecznictwie. Przykładowo zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2016 r. o sygn. akt KIO 1043/16, jeśli warunki są związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, zamawiający ma prawo je wprowadzić.

Obecne przepisy PZP powtarzają obowiązujące w poprzednim stanie prawnym podstawowe zasady dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Do tego katalogu dodano tylko zasadę efektywności. Reguły, które wcześniej obowiązywały zgodnie z wymienionymi wyżej przepisami – art. 7 ust. 1 i 22 ust. 1a PZP, zostały przeniesione kolejno do art. 16 i 112 ust. 1 nPZP. Nie zmieniły się też kryteria oceny zdolności technicznej lub zawodowej wykonawców, które są wymienione w art. 116 ust. 1 nPZP.

Przy definiowaniu pojęcia warunku proporcjonalnego na gruncie znowelizowanej ustawy PZP nadal można wykorzystać znaczenie ukształtowane już w polskim orzecznictwie na gruncie poprzednich przepisów.

Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności (wyrok KIO z 4 października 2019 r., sygn. akt KIO 1859/19).

Za minimalne poziomy zdolności należy uznać takie wartości, wielkości lub wymagania, które nie mogą utrudniać uczciwej konkurencji (umożliwiać ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego tylko jednemu wykonawcy lub wąskiemu gronu wykonawców, podczas gdy zamówienie mogłyby należycie wykonać także inne podmioty).

Zamawiający co prawda może określać warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem że nie wyeliminuje w ten sposób z ubiegania się o zamówienie wykonawców, którzy mogą to zamówienie zrealizować.

Szczególne znaczenie w tym kontekście należy przypisać zasadzie proporcjonalności. Zgodnie z nią nakaz przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób, lub wszystkich rozwiązań istniejących na rynku – również nieodpowiadających potrzebom zamawiającego.

Zamawiający w związku z tym, przygotowując i prowadząc postępowanie, może stawiać określone wymagania - powinny one jednak być adekwatne do celów tego postępowania. W tym kontekście przywołania wymaga orzecznictwo TSUE. Skład orzekający w jednym z przełomowych wyroków kształtujących tę zasadę zwrócił uwagę na test proporcjonalności, którego przeprowadzenie ma wykazać, że podejmowane działania są niezbędne i adekwatne do wybranego celu (wyrok z 16 września 1999 r. w sprawie nr C-414/97 Komisja Europejska przeciwko Hiszpanii).

Jak słusznie wskazuje się w doktrynie „zasada proporcjonalności wymaga nie testu porównania dwóch sprzecznych interesów, lecz dwustopniowej oceny wprowadzonego środka: Czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu? Jeśli środek jest właściwy i nadaje się do realizacji celu, to czy nie wykracza poza to, co jest niezbędne, a tym samym czy nie jest on nadmierny, czy inne środki nie byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego efektu? Czy założonego celu nie można osiągnąć za pomocą innych, mniej szkodliwych lub mniej ingerujących środków?”. Zamawiający jest zobowiązany zatem zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu.

W związku z tym na etapie przygotowania postępowania zasada proporcjonalności przekłada się na obowiązek takiego opisania przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, by były one uzasadnione:

- wartością zamówienia,
- charakterystyką,
- zakresem,
- stopniem złożoności lub
- warunkami realizacji zamówienia,

a także by nie ograniczały dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.

Ponadto obowiązkiem zamawiającego przy ustalaniu wymagań stawianych wykonawcom nie jest wyłącznie odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale również ocena sytuacji rynkowej.

Jak stwierdzono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2021 r. o sygn. akt KIO 356/21 „Proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu.

Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez

sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania”.

Zdaniem Zamawiającego ustalenie warunku dotyczącego kubatury obiektu oraz wartości wykonanych robót spełnia powyższe kryteria i nie można mówić o braku zachowania zasady proporcjonalności.

Zgodnie z dokumentacją projektową dotyczącą, wykazanej przez Wykonawcę rozbudowy budynku Zespołu Szkół w Zaczerniu o przedszkole wraz ze zmianą sposobu użytkowania i przebudowę części pomieszczeń w istniejącym budynku zakres robót obejmował powierzchnię użytkową 448,82 m² o kubaturze 1615,75 m³. Rozbudowa istniejącego budynku na nowe przedszkole to 959,14 m² o kubaturze 5 066,77 m³. Kubatura wykonanych robót zgodnie z projektem to 6 682,52 m³.

Zlecone dodatkowe roboty budowlano - instalacyjne w budynku istniejącej szkoły budzą zastrzeżenia czy zostały wykonane w ramach przebudowy budynku (zgodnie ze zmienionym projektem budowlanym i zmianą pozwolenia) czy w ramach remontu, a ten zakres nie jest przebudową.

Remontem jest wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji,

przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.

Analizując rodzaj wykonanych przez Odwołującego się robot budowlanych w ramach ww. inwestycji do remontu należy zaliczyć:

- posadzki - całkowite skucie posadzek istniejących wraz z warstwami pod posadzkowymi i warstwami wyrównującymi, wykonanie nowych posadzek z nowymi warstwami,
- wyrównanie ścian zabudowami z płyt g-k,
- wymianę drzwi,
- wymianę poziomów wody w piwnicach pod kuchnią,
- wymianę instalacji wody na części korytarza w piwnicy w istniejącej szkole w piwnicach,
- wymiana oświetlenia w salach.

Pomimo wątpliwości opisanych powyżej, Zamawiający oceniając ofertę Odwołującego się uwzględnił fakt, że zlecone przez Gminę Trzebownisko roboty dodatkowe zostały wykonane w ramach przebudowy budynku i ich kubaturę wliczył do łącznej kubatury w której zostały zrealizowane roboty budowlane.

Zamawiający w pełni podziela tezy i zapatrywania przywołane w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie prymatu wykładni językowej czy zakazu interpretacji zwężającej warunków udziału w postępowaniu. Z opisanych judykatów wyprowadza jednak całkiem odmienne konkluzje.

Odwołujący się sformułował również drugi z zarzutów koncentrujący się na naruszeniu przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. a) w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie wezwania SOLKAN do uzupełnienia

podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale II pkt 7 ppkt 4) lit. a) SWZ w zakresie poz. 1 z wykazu robót budowlanych złożonego przez wykonawcę

SOLKAN, pomimo obowiązku wezwania do uzupełnienia, które obligatoryjnie powinno poprzedzić czynność odrzucenia z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, co skutkowało przedwczesnym i bezzasadnym odrzuceniem oferty SOLKAN; a w konsekwencji art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty REMBUD, pomimo iż oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu, co stanowi jednocześnie naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Zamawiający wskazuje, że w dniu 03.01.2023 r. ze względu na stwierdzone braki w ofercie

Odwołującego się zgodnie, art. 128 ust. 1 i 2 Pzp wezwał go do złożenia:

- oświadczenia podmiotu trzeciego o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania oraz o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, na którego potencjał powołuje się wykonawca celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

- Zobowiązania podmiotu udostępniającego Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji ww. zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, Odwołujący się w dniu 03.01.2023 r. przekazał Zamawiającemu dokumenty o których mowa powyżej.

Z kolei w dniu 04.01.2023 r. Odwołujący się, którego oferta została najwyżej oceniona w postępowaniu, na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp wezwany został do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący się w dniu 12.01.2023 r. przekazał Zamawiającemu ww. dokumenty.

W wyniku dokonanej przez komisję przetargową weryfikacji ww. dokumentów ustalono że, w poświadczeniu wystawionym przez Gminę Trzebownisko potwierdzającym wykonanie przez SOLKAN Sp. z o.o. Rozbudowy budynku Zespołu Szkół w Zaczerniu o przedszkole wraz ze zmianą sposobu użytkowania i przebudową części istniejącej szkoły nieprecyzyjnie określono kubaturę obiektu objętego zamówieniem.

W konsekwencji czego, Zamawiający:

- W dniu 25.01.2023 r. wystąpił do Gminy Trzebownisko z prośbą o doprecyzowanie/zweryfikowanie informacji odnośnie kubatury budynku którego dotyczyło ww. poświadczenie;

- W dniu 25.01.2023 r. działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający zażądał od wykonawcy SOLKAN Sp z o.o. złożenia wyjaśnień dotyczących treści

podmiotowych środków dowodowych, w tym: dowodów określających, że roboty budowlane wykazane na

potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu zostały wykonane należycie w zakresie Poświadczenia wydanego przez Urząd Gminy Trzebownisko.

W odpowiedzi na ww. pisma Zamawiającego Gmina Trzebownisko pismem z dnia 06.02.2023 r. przedstawiła wyjaśnienia z których wynikało, że przedstawione przez SOLKAN poświadczenie z dnia 11.01.2023 r. może wprowadzać w błąd dlatego zostało skorygowane i przesłane wykonawcy oraz dołączone do wyjaśnień dla Zamawiającego.

Należy podnieść, że w treści odwołania wyłania się zarzut Odwołującego, że Zamawiający zaniechał jego wezwania w zakresie wielkości kubatury robót wykonanych na terenie obiektu szkolnego w Zaczerniu Gmina Trzebownisko. Jest to zdaniem Zamawiającego zarzut chybiony bowiem został On wezwany do wyjaśnień w tym przedmiocie przez Zamawiającego na podstawie art. 128 ust 4 pzp, jak również Zamawiający powziął wiedzę, a tym zakresie od innego Zamawiającego tj. Gminy Trzebownisko. Wszystkie zatem czynności zostały przez Zamawiającego podjęte. W tym stanie rzeczy żądanie przez Zamawiającego od Wykonawcy informacji o kubaturze budynku szkolnego było w oczywisty sposób bezzasadne skoro w tym przedmiocie nie było żadnych wątpliwości. Odwołujący się zaprezentował swoje stanowisko w zakresie spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego jasno artykułując swoje stanowisko. Klarowne pozostaje również stanowisko Wójta Gminy Trzebownisko wyrażone w piśmie z dnia 06.02.2023r. Podnieść potrzeba, że Zamawiający wystosował wezwanie do Odwołującego się oparte o normę z art. 128 ust 1 pzp.

Nadto wskazać potrzeba, że Krajowa Izba Odwoławcza restrykcyjnie podchodzi do zasady jednokrotności. W uzasadnieniu wyroku z 18 maja 2021 r., wydanego w sprawie o sygn. 939/21, Izba zaprzeczyła możliwości ponownego wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych nawet w sytuacji, w której braki w tych środkach wynikały ze zmiany okoliczności.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 grudnia 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00495536.

W dniu 22 lutego 2023 r. wykonawca SOLKAN Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie Zamówienia polegających na:

1) niezgodnej z ustawą Pzp czynności badania i oceny ofert,

2) odrzucenia oferty SOLKAN z uwagi na uznanie, że została złożona ona przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego w Rozdz. II pkt 7 ppkt 4 lit. a) specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ", w Postępowaniu, pomimo że wykonawca SOLKAN wykazał spełnianie przedmiotowego warunku wskazanymi w wykazie referencyjnymi robotami;

na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 2) powyżej:

3) zaniechania wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych odnoszących się do warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego w Rozdz. II pkt 7 ppkt 4 lit. a) SWZ w zakresie poz. nr 1 z wykazu robót budowlanych złożonego przez SOLKAN, pomimo, że wezwanie takie powinno obligatoryjnie poprzedzać ewentualną decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku, co skutkowało przedwczesnym i bezzasadnym odrzuceniem oferty SOLKAN;

a w konsekwencji,

4) wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Remontowo – Budowlango REMBUD Sp. z o. o., ul. Tunelowa 2, 38 – 100 Strzyżów (dalej: „REMBUD"_ w Postępowaniu.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisu:

1) art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) w zw. z art. 266 Pzp poprzez odrzucenie oferty SOLKAN z uwagi na uznanie, że została ona złożona przez wykonawcę niespełniającego warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego w Rozdz. II pkt 7 ppkt 4) lit. a) SWZ, pomimo że wykonawca SOLKAN wykazał spełnianie przedmiotowego warunku;

na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1) powyżej:

2) art. 128 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. a) w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie wezwania SOLKAN do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w

Rozdziale II pkt 7 ppkt 4) lit. a) SWZ w zakresie poz. 1 z wykazu robót budowlanych złożonego przez wykonawcę SOLKAN, pomimo obowiązku wezwania do uzupełnienia, które obligatoryjnie powinno poprzedzić czynność odrzucenia z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, co skutkowało przedwczesnym i bezzasadnym odrzuceniem oferty SOLKAN;

3) a w konsekwencji art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty REMBUD, pomimo iż oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu, co stanowi jednocześnie naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę SOLKAN Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Mikołaja Reja 12, 35-211 Rzeszów, Zamawiający wnosił o oddalenie

odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Rembud" Sp. z o.o. z siedzibą w Strzyżowie, ul. Tunelowa 2, 38-100 Strzyżów.

Izba stwierdziła, ze ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2023 r. (pismo z dnia 2 marca 2023 r.) wnosił o oddalenie odwołania.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 266 ustawy PZP, Do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem

przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88-90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130,

art. 132-188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej.

Zgodnie z art. art. 128 ust. 1 ustawy PZP, 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, chyba że:

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

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowany przez Odwołującego zarzut nr 2 (zarzut ewentualny) w przedmiocie braku wezwania przez Zamawiającego wykonawcy SOLKAN Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale II pkt 7 ppkt 4) lit. a) SWZ w zakresie poz. 1 wykazu wykonanych robót budowlanych w odniesieniu do kubatury przebudowywanych/rozbudowywanych pomieszczeń szkoły w Zaczerniu, znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie w powyższym zakresie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, Izba wskazuje, że zarzut Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty SOLKAN z uwagi na uznanie, że została ona złożona przez wykonawcę niespełniającego warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego w rozdziale II pkt 7 ppkt 4) lit. a) SWZ, pomimo że wykonawca SOLKAN wykazał spełnianie przedmiotowego warunku (zarzut główny), jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba zważa, ze istotą sporu w niniejszej sprawie było to, czy Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu poprzez złożenie podmiotowego środka dowodowego określonego w rozdziale II pkt 7 ppkt 4) lit. a) SWZ w zakresie poz. 1 wykazu wykonanych robót budowlanych (Rozbudowa budynku Zespołu Szkół w Zaczerniu o przedszkole wraz ze zmianą sposobu użytkowania i przebudowa części istniejącej szkoły – rozbudowa i przebudowa budynku użyteczności publicznej o kubaturze min. 13 tys. m3), przy czym roboty budowlane wskazane w poz. 2 wykazu wykonanych robót budowlanych (Przebudowa obiektu hali lodowiska wraz z zapleczem – przebudowa budynku użyteczności publicznej o kubaturze min. 13 tys. m3) nie stanowiły podstawy odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba wskazuje, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z rozdziałem II ust. 1 pkt 1 SWZ, jest budowa hali sportowej przy Zespole Szkół Technicznych i Liceum Ogólnokształcącym w

Strzyżowie o wymiarach hali (długość 39,00 m, szerokość 31,26 m, wysokość 11,98 m) i kubaturze 12 977,70 m3, natomiast zgodnie z rozdziałem II pkt 7 ppkt 4) lit. a) SWZ Zamawiający wymagał w warunkach udziału w postępowaniu w ramach zdolności technicznej lub zawodowej, aby wykonawca w „okresie ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwie roboty budowlane o wartości co najmniej

10 mln zł brutto każda, polegające na budowie, rozbudowie, przebudowie budynków użyteczności publicznej w rozumieniu § 3 pkt. 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U.2022.1225 z późn. zm.) o kubaturze minimum 13 tys. m3 każdy".

Nadto zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane przez budowę -należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego.

Biorąc powyższe pod uwagę należy wpierw stwierdzić, że Zamawiający nie ograniczył doświadczenia wykonawców do budynków o rozpiętości min. 30 m, wysokości kondygnacji min. 11 m, czy sposobu użytkowania hali sportowej, lecz wymagał zdaniem Izby wykazania doświadczenia polegającego na wykonaniu przez wykonawcę co najmniej dwóch robót budowalnych o wartości co najmniej 10 mln brutto każda, polegających na budowie budynku użyteczności publicznej o kubaturze minimum 13 tys. m3, rozbudowie budynku użyteczności publicznej poprzez powiększenie kubatury budynku o min. 13 tys. m3, przebudowie budynku użyteczności publicznej o kubaturze przebudowywanej części o co najmniej 13 tys. m 3.

Co istotne, na co warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że Zamawiający dopuścił łączenie robót związanych z rozbudową i przebudową w zakresie ich wartości i kubatury, tym samym wyraził zgodę na sumowanie wartości wykonanych robót budowlanych w zakresie wykonanej kubatury.

W związku z powyższym, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że „W warunku Zamawiający nie odnosi się do kubatury wykonanych prac. Powyższe wynika nie tylko z literalnego brzmienia warunku, ale także z użytego w warunku pojęcia kubatury, które odnosi się do budynku, a nie wykonywanych robót budowlanych".

W ocenie Izby ww. stanowisko Odwołującego nie może się ostać, bowiem prowadziłoby to do sytuacji, w której wymagane 13 tys. m3 dotyczyłoby wyłącznie powierzchni

przebudowywanych lub rozbudowywanych obiektów niezależnie od tego, jaką kubaturę obejmowałyby wykonywane przez wykonawcę roboty budowlane.

Tym samym doprowadziłoby to do sytuacji, w której wykonawca wykazując się przebudową lub rozbudową może wykazać się rozmiarem faktycznie wykonywanych robót budowlanych o kubaturze np. 130 m3, ale wykonawca, który wykazuje się budową nowego obiektu, musi wykazać roboty budowlane o rozmiarze co najmniej 13 tys. m3, na co słusznie zwrócił uwagę Przystępujący w piśmie z dnia 2 marca 2023 r. Zdaniem Izby prowadziłoby to do nie porównywalności ofert co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba wzięła pod uwagę również to, iż warunek wykonania robót polegających na budowie, rozbudowie i przebudowie budynków użyteczności publicznej o kubaturze min. 13 tys. m3 wynikał, jak sam Zamawiający argumentował w odpowiedzi na odwołanie, z konieczności uzyskania wiedzy o zdolności technicznej wykonawcy.

Nadto należy wskazać, że w dniu 4 stycznia 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy PZP wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postepowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący w dniu 12 stycznia 2023 r. przekazał Zamawiającemu wymagane dokumenty. Jednym z nich był wykaz wykonanych robót budowlanych, który obejmował dwie pozycje, tj. poz. 1: Rozbudowa budynku Zespołu Szkół w Zaczerniu o przedszkole wraz ze zmianą sposobu użytkowania i przebudowa części istniejącej szkoły – rozbudowa i przebudowa budynku użyteczności publicznej o kubaturze min. 13 tys. m3, wartość robót budowlanych: 11 258 237,39 zł brutto, termin realizacji: 10.2021-11.2022, doświadczenie wykonawcy, Gmina Trzebownisko oraz poz. 2: Przebudowa obiektu hali lodowiska wraz z zapleczem – przebudowa budynku użyteczności publicznej o kubaturze min. 13 tys. m3, wartość robót budowlanych: 14 468 711,40 zł brutto, termin realizacji: 10.2019–01.2021, doświadczenie podmiotu trzeciego, Gmina Miasto Dębica.

Izba zważa, że na potwierdzenie wykonania roboty budowlanej wykonawca SOLKAN sp. z o.o. przedstawił poświadczenie Gminy Trzebownisko z dnia 11 stycznia 2023 r. z którego wynikało, że Odwołujący wykonał dla Gminy Trzebownisko roboty budowlane polegające na rozbudowie i przebudowie budynku Zespołu Szkół w Zaczerniu o kubaturze „ponad 15 000,00 m3 w tym 5 066,77 m3 – dobudowane przedszkole".

Izba wskazuje, że w związku z nieprecyzyjną informacją odnośnie kubatury przebudowywanego budynku, Zamawiający w dniu 25 stycznia 2023 r. wystąpił do Gminy Trzebownisko z prośbą o doprecyzowanie/zweryfikowanie informacji odnośnie kubatury budynku, którego dotyczyło ww. poświadczenie. W tym samym dniu, Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy PZP zażądał od wykonawcy SOLKAN sp. z o.o. złożenia wyjaśnień dotyczących treści podmiotowych środków dowodowych, w tym dowodów określających, że roboty budowlane wykazane na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu zostały wykonane należycie w zakresie poświadczenia wydanego przez Urząd Gminy Trzebownisko.

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego Gmina Trzebownisko pismem z dnia 6 lutego 2023 r. przedstawiła wyjaśnienia z których wynikało, że wartość robót wykonanych przez Odwołującego w ramach inwestycji wyniosła „11 258 237,93 zł brutto, a ich zakres obejmował: - blok A - sportowy ma kubaturę 3 553,40m3- tu nie prowadzono żadnych robót, - blok B – blok klasowy ma kubaturę 13 758,80 m3 (parter +piwnice +1 piętro) – w tej części roboty dodatkowe dotyczyły:

- Korytarz parter (powierzchnia całości korytarza 273,50 m2) – wykonania

nowego wc- w części korytarza przy salach przedszkolnych, roboty instalacyjne w części korytarza,

- Korytarz piwnice (powierzchnia całości korytarza to 204,00 m2) – roboty

dodatkowe instalacyjne w części korytarza przy kotłowni.

- blok C – żywieniowy ma kubaturę 2 751,90 m3 (parter +piwnica) – zakres robót dodatkowych praktycznie dotyczył całości bloku żywieniowego na parterze, w piwnicach dokonano wymiany instalacji wodno-kanalizacyjnej i roboty związane z wykonaniem wentylacji. Natomiast zgodnie z dokumentacją roboty budowlane w istniejącej szkole objęte podstawowym zakresem dotyczyły: powierzchni 448,82 m2 o kubaturze 1615,75 m3 oraz nowe przedszkole o powierzchni 959,14 m2 o kubaturze 5066,77 m3",

przy czym Izba zważa, że Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 17 lutego 2023 r. zawierającym odrzucenie oferty Odwołującego wskazał przebudowę korytarzy o łącznej powierzchni 477,5 m2, określając wysokość korytarzy na 4 m i kubaturę na 1 910 m3 (nie była ona kwestionowana w odwołaniu przez Odwołującego).

Jak już wcześniej Izba wskazała, Zamawiający dopuścił łączenie robót związanych z rozbudową i przebudową w zakresie ich wartości i kubatury, gdzie sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził: „Zamawiający oceniając ofertę Odwołującego się uwzględnił fakt, że zlecone prze Gminę Trzebownisko roboty dodatkowe zostały wykonane w ramach przebudowy budynku i ich kubaturę wliczył do łącznej kubatury w której zostały

zrealizowane roboty budowlane". Tym samym, Izba dokonując działania matematycznego, zważa, że łączna kubatura wykonanych robót budowlanych wynosiła 11 344, 42 m3 (tj. dobudowa nowego przedszkola o kubaturze 5 066,77 m3, podstawowe roboty w zakresie przebudowy istniejącego budynku o kubaturze 1 615,75 m3, dodatkowe roboty budowlane - w zakresie przebudowy istniejącego budynku dotyczące przebudowy korytarzy o kubaturze 1 910 m3 – wielkość nie kwestionowana przez Odwołującego oraz przebudowy bloku żywieniowego o kubaturze 2 751,90 m3), co oznacza, że warunek wykonania robót budowlanych o kubaturze minimum 13 tys. m3 w poz. 1 wykazu wykonanych robót budowlanych, nie został spełniony przez Odwołującego.

Izba odniesie się jeszcze do dowodu w postaci szkicu pomiaru kubatury wniesionego przez Odwołującego na rozprawie. Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 555 ustawy PZP, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Treść i zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności działania Zamawiającego z ustawą. W związku powyższym, ze względu na to, iż okoliczności faktyczne wskazane w odwołaniu co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnosiły się do kubatury budynków/pomieszczeń, a nie kubatury wykonywanych robót budowlanych, zaś dowód w postaci szkicu pomiaru kubatury wniesiony przez Odwołującego na rozprawie został wniesiony na okoliczność potwierdzenia, że wykonane roboty budowlane obejmowały 13 tys. m3, jak również stwierdzenie Odwołującego, że „Gmina Trzebownisko pomiarów budynków w zakresie kubatury nie dokonała", nie mogły być wzięte pod uwagę przez Izbę, ze względu na to, iż zarzuty te (okoliczności faktyczne) nie były objęte zakresem zaskarżenia pierwotnie w treści odwołania.

W związku z powyższym, zarzut nr 1 (zarzut główny) jest zdaniem Izby niezasadny.

Przechodząc do zarzutu nr 2 (zarzut ewentualny) polegający na naruszeniu przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. a) w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy SOLKAN sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale II pkt 7 ppkt 4) lit. a) SWZ w zakresie poz. 1 z wykazu robót budowlanych złożonego przez wykonawcę SOLKAN, pomimo obowiązku wezwania do uzupełnienia, które obligatoryjnie powinno poprzedzić czynność odrzucenia z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, jest zdaniem Izby zasadny.

Izba zważa, że odrzucenie oferty Odwołującego (zawiadomienie z dnia 17 lutego 2023 r.) przez Zamawiającego nastąpiło na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy PZP, ze

względu na to, że została ona złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postepowaniu, przy czym co należy zauważyć odrzucenie oferty Odwołującego odnosiło się wyłącznie do pozycji 1 wykazu wykonanych robót budowlanych.

Izba zważa, że w okolicznościach faktycznych i prawnych niniejszej sprawy Zamawiający wzywał Odwołującego do wyjaśnień treści podmiotowych środków dowodowych (wykazu wykonanych robót budowlanych) w trybie art. 128 ust. 4 ustawy PZP (pismo z dnia 25 stycznia 2023 r.).

Nadto Zamawiający pismem z dnia 3 stycznia 2023 r. w trybie art. 128 ust. 1 i 2 ustawy PZP wezwał Odwołującego do złożenia aktualnego na dzień złożenia:

- oświadczenia podmiotu trzeciego o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania oraz o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, na którego potencjał powołuje się wykonawca celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

- zobowiązania podmiotu udostępniającego wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji ww. zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

W odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący się w tym samym dniu, tj. 3 stycznia 2023 r. przekazał Zamawiającemu ww. dokumenty.

Izba zważa, że zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy PZP, 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, chyba że:

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

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Izba wskazuje, że obowiązek wezwania do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych dotyczy wyłącznie podmiotowych środków dowodowych wymaganych przez Zamawiającego, do których złożenia, uzupełnienia lub poprawienia wykonawca był wezwany na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy PZP albo art. 274 ust. 1 ustawy PZP (jak w niniejszej sprawie).

Wezwanie wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych jest obowiązkiem Zamawiającego, o czym świadczy słowo „wzywa", przy czym wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń może być dokonywane tylko raz w stosunku do tego samego braku lub tego samego błędu. Wezwanie powinno przy tym precyzyjnie wskazywać powód wezwania, tj. konkretne braki lub uchybienia, jakich dopuścił się wykonawca, zakres koniecznych do przedłożenia oświadczeń lub dokumentów, a także określać termin, w jakim powinny być one uzupełnione.

Nadto Izba zważa, że przepisy ustawy PZP nie wyjaśniają, w jakich przypadkach należy uznać, że podmiotowe środki dowodowe nie zostały złożone, poprawione lub uzupełnione.

Zgodnie z Komentarzem Urzędu Zamówień Publicznych pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Warszawa 2021, str. 468: „Dokument (oświadczenie) należy zakwalifikować jako niezłożony, jeżeli nie został fizycznie dostarczony. Natomiast dokument (oświadczenie) jest niekompletny, jeżeli wprawdzie został fizycznie przedłożony, ale nie spełnia określonych przez zamawiającego wymagań formalnych (np. nie został podpisany, jest nieczytelny lub jego kopia nie została potwierdzona za zgodność z oryginałem). Od tych dwóch przypadków należy odróżnić dokumenty (oświadczenia) zawierające błędy. Są to dokumenty, które zostały fizycznie złożone oraz są formalnie poprawne, jednak nie potwierdzają spełniania odpowiednich wymagań".

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba chciałaby podkreślić, że w przedmiotowej sprawie ani wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień treści oferty w trybie art. 128 ust. 4 ustawy PZP, ani wezwanie Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 i 2 ustawy PZP, które dotyczyło złożenia brakującego oświadczenia podmiotu trzeciego o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania, spełnianiu warunków udziału w postepowaniu oraz zobowiązania do udostępnienia zasobów (zgodnie z poz. 2 wykazu wykonanych robót budowlanych został wskazany w ramach doświadczenia podmiot trzeci, a wskazana tam robota budowlana nie była kwestionowana przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego), nie powoduje, że po stronie Zamawiającego nie aktywował się obowiązek wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale II pkt 7 ppkt 4) lit. a) SWZ w zakresie poz. 1 wykazu wykonanych robót budowlanych w odniesieniu do kubatury przebudowywanych/rozbudowywanych pomieszczeń szkoły w Zaczerniu.

W konsekwencji Zamawiający naruszył art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego w części 1/2 i Odwołującego w części 1/2.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: …….