

Sygn. akt: KIO 3090/24

WYROK

Warszawa, dnia 13.09.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:

Agata Mikołajczyk

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2024 r. przez Odwołującego: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum: Firma Budowlana EKOINBUD Sp. z o.o. Sp. k.; EKOINBUD Sp. z o.o. z/s w Gdańsku (ul. Geodetów 29, 80-298 Gdańsk) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego:

Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie (ul. Reymonta 20, 30-059 Kraków),

przy udziale Uczestnika:

– po stronie Odwołującego: Unihouse S.A. z/s w Bielsku Podlaskim (ul. Rejonowa 5, 17

100 Bielsk Podlaski;

– po stronie Zamawiającego: RE-Bau Sp. z o.o. z/s w Krakowie (ul. Armii Krajowej 19, 30150 Kraków),

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu z pkt 2.3 odwołania oraz co do zarzutu z pkt 2.2. w zakresie w jakim nastąpiło jego uwzględnienie przez Zamawiającego w piśmie z dnia 11.09.2024 r.;
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu z pkt 2.2. odwołania w części nie uwzględnionej przez Zamawiającego w piśmie z dnia 11.09.2024 r. i nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponowne badanie i ocenę oferty wykonawcy RE-Bau Sp. z o.o. z/s w Krakowie;
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
4. Kosztami postępowania obciąża w ½ Odwołującego oraz w ½ Zamawiającego i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.938 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600 zł oraz jego kosztów dojazdu i noclegu na posiedzenie oraz rozprawę w kwocie 338 zł,
 - 4.2. zasądza od Zamawiającego: Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie (ul. Reymonta 20, 30-059 Kraków) na rzecz Odwołującego: wykonawcy wspólnie

ubiegający się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum: Firma Budowlana EKOINBUD Sp. z o.o. Sp. k.; EKOINBUD Sp. z o.o. z/s w Gdańsku (ul. Geodetów 29, 80-298 Gdańsk) kwotę 6.969 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnioną część kosztów strony poniesionych tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu oraz noclegu na posiedzenie i rozprawę .

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Sygn. akt: KIO 3090/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2024r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: Firma Budowlana EKOINBUD Sp. z o.o. Sp. k.; EKOINBUD Sp. z o.o. z/s w Gdańsku (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie. Przedmiotem zamówienia publicznego jest: „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie robót budowlanych w technologii modułowej dla budowy żłóbka samorządowego przy ul. Działowskiego w Krakowie”, numer postępowania: ZIM.ZP.262.2.12.2024. Numer ogłoszenia o zamówieniu: 2024/S 014-035984. Wykonawca podał (...): 1. wnoszę odwołanie wobec:

- 1.1. czynności Zamawiającego z dnia 21.08.2024 r. polegającej na wyborze oferty złożonej przez Re-Bau sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie jako oferty najkorzystniejszej;
- 1.2. zaniechania przez Zamawiającego wezwania wykonawcy Re-Bau sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie do złożenia wyjaśnień dotyczących referencji podmiotu udostępniającego zasoby tj. Hauswerk sp. z o.o. z siedzibą w Krzeszowicach, przedstawionych w wyniku wezwania tego wykonawcy do złożenia środków podmiotowych, w zakresie spełnienia przez wykonawcę warunku udziału określonego w Rozdziale XIV pkt 2.1. SWZ.
2. Zamawiającemu zarzucam naruszenie:
 - 2.1. art. 226 ust.1 pkt 2) lit. b) PZP w zw. z art. 266 PZP poprzez nie odrzucenie oferty wykonawcy Re-Bau sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej jako „ReBau”), który nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XIV pkt 2.1. SWZ;
 - 2.2. art. 57 pkt 1) PZP, art. 118 ust.1 PZP, art. 118 ust.2 PZP, art. 118 ust. 4 PZP, art. 119 PZP w zw. z art. 266 PZP poprzez uznanie, że Re-Bau sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XIV pkt 2.1. SWZ;
 - 2.3. art. 128 ust. 4 i 5 PZP w zw. z art. 266 PZP poprzez zaniechanie wezwania ReBau do wyjaśnienia treści zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby oraz do wyjaśnienia spełniania przez Re-Bau warunku udziału w postępowaniu określonego rozdziale XIV pkt 2.1. SWZ.
3. W związku z powyższym wnoszę o:
 - 3.1. uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
 - 3.1.1. unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Re-Bau sp. z o.o.

z siedzibą w Krakowie jako oferty najkorzystniejszej;

- 3.1.2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i odrzucenie oferty wykonawcy Re-Bau z Postępowania;
- 3.1.3. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej;
- 3.2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami zastępstwa advokackiego przez Krajową Izbą Odwoławczą. Wykonawca wskazuje, że ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 07.06.2024 r. pod nr 2024/BZP 00357311.

4. Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty złożonej przez Re-Bau prowadzi do pozbawienia Wykonawcy realizacji przedmiotowego zamówienia, a tym samym – pozbawia możliwości osiągnięcia zysku wynikającego z realizacji umowy.

Wykonawca złożył ofertę ocenioną na 99,52 pkt, która zajęła drugie miejsce. Gdyby Zamawiający przeprowadził czynności w Postępowaniu zgodnie z przepisami PZP, Zamawiający dokonałby odrzucenia oferty Re-Bau z uwagi na brak spełniania warunków, a oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Tym samym Odwołującemu zostałaby powierzona realizacja inwestycji będącej przedmiotem Postępowania.

W związku z powyższym Odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 pzp (...)

W uzasadnieniu stanowiska podał:

W dniu 07.06.2024 r. Zamawiający ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie robót budowlanych w technologii modułowej dla budowy żłobka samorządowego przy ul. Działowskiego w Krakowie”. Zamówienie ma być realizowane w formule zaprojektuj i wybuduj. Zamawiający w dniu 21.08.2024r. wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Re-Bau sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie jako ofertę najkorzystniejszą. Czynność ta jest niezgodna z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako „PZP”), gdyż wykonawca Re-Bau nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XIV pkt 2.1. SWZ

Zgodnie z Rozdziałem XIV pkt 2.1. SWZ Zamawiający wymaga od wykonawców spełnienia następujących warunków udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej:

2.1. w okresie ostatnich 5 lat, a w przypadku, gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, licząc wstecz od dnia upływu terminu składania ofert, wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie jednego budynku w technologii modułowej oraz:

- a) budynek ten posiadał instalację wentylacji mechanicznej nawiewno-wywiewnej i klimatyzacji,
- b) powierzchnia użytkowa tego budynku była nie mniejsza niż 1 000 m²,
- c) budynek ten uzyskał decyzję o pozwoleniu na użytkowanie;

Uwagi do warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego:

a) Dotyczy pkt. 2.1: Przez „budynek” należy rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach /art. 3 pkt 2) ustawy PB/.

b) Dotyczy pkt. 2.1: Pod pojęciem „wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną” należy rozumieć odebrane roboty budowlane zakończone uzyskaniem ostatecznej decyzji w sprawie pozwolenia na użytkowanie budynku lub równoważnego dokumentu.

c) Dotyczy pkt. 2.1: Przez „w okresie ostatnich 5 lat, a w przypadku, gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, licząc wstecz od dnia upływu terminu składania ofert” – Zamawiający rozumie, że w okresie ostatnich 5 lat przypadł dzień, w którym uzyskano decyzję w sprawie pozwolenia na użytkowanie budynku lub równoważny dokument a w przypadku inwestycji zlokalizowanych na obszarze poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej inny / inne równoważne dokumenty stwierdzające zgodnie z obowiązującymi, właściwymi przepisami prawa dopuszczenie do użytkowania budynku stanowiącego przedmiot robót budowlanych.

d) Dotyczy pkt. 2.1 b: Przez „powierzchnia użytkowa” Zamawiający rozumie powierzchnię użytkową mierzoną zgodnie z § 20 ust. 1. pkt 4b Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (t.j. Dz.U. 2022 poz. 1679) lub równoważne. W przypadku inwestycji zlokalizowanych na obszarze poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej inne równoważne definicje / wytyczne zgodnie z obowiązującymi, właściwymi przepisami prawa.

(■■■)

Dotyczy pkt. 2.1 i 2.2: Przez pojęcie „budowie” / „budowę” Zamawiający rozumie wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu. W przypadku inwestycji zlokalizowanych na obszarze poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej inne równoważne definicje zgodnie z obowiązującymi, właściwymi przepisami prawa. Co do zasady wykonawca powinien wykazać, że samodzielnie spełnia w/w warunek udziału. Prawo zamówień publicznych, a za nim SWZ, dopuszcza wykazanie spełniania warunku udziału w oparciu o zasoby podmiotu trzeciego.

Zgodnie z art. 118 ust. 1 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.

W takim wypadku w odniesieniu do warunku doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (por. 118 ust. 2 PZP). Nie budzi wątpliwości to, że jeśli chodzi o doświadczenie w wykonywaniu robót budowlanych, to dla skutecznego i realnego opierania się w tym zakresie na zasobach podmiotu trzeciego konieczne jest to, aby podmiot ten wykonał roboty, do których odnosi się warunek udziału, który spełnia podmiot udostępniający. Zakres prac, który musi wykonać podmiot trzeci, aby uznać, że jego udział w realizacji zamówienia potwierdza spełnianie warunku udziału, jest ściśle uzależniony od treści warunku.

W Postępowaniu wykonawca Re-Bau wykazywał spełnianie warunku doświadczenia w zakresie zdolności technicznej i zawodowej opierając się na doświadczeniu podmiotu trzeciego, tj. HausWerk sp. z o.o. Na potwierdzenie dysponowania odpowiednim doświadczeniem Re-Bau złożył oświadczenie (Wykaz robót – Załącznik nr 7 do SWZ), że HausWerk sp. z o.o. posiada doświadczenie w zakresie wykonania roboty budowlanej obejmującej budowę budynku w technologii modułowej o powierzchni co najmniej 1000m².

W załączniku nr 6 do oferty (Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby) HausWerk oświadczył, że udostępnia na rzecz Re-Bau zasoby na potrzeby realizacji zamówienia, a w lit. a) tego oświadczenia określono zakres, w jakim wykonawca Re-Bau będzie realizował zamówienie przy udziale tego podmiotu. W oświadczeniu tym HausWerk zobowiązała się do udostępnienia zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie: Co istotne, Wykonawca zwraca uwagę, że zakres udostępnienia zasoby jest faktycznie wycinkiem treści SWZ, tj. Rozdziału XIV pkt 2.1. SWZ, a to prowadzi do poważnych wątpliwości co do zakresu i sposobu w jaki HausWerk ma zamiar faktycznie uczestniczyć w realizacji tego zamówienia. Brak jest bowiem konkretnych informacji jakie roboty zamierza wykonać ten podmiot i jakie dokładnie zasoby zamierza udostępnić.

Co do sposobu udostępnienia zasobów HausWerk oświadczył, że:

b) sposób udostępnienia Wykonawcy i sposób wykorzystania przez Wykonawcę moich zasobów będzie następujący:

Doradztwo oraz realizacja zamówienia w zakresie udzielonego wymienionego wyżej potencjału na podstawie umowy podwykonawczej

Analiza powyższego dokumentu prowadzi do wniosku, że Zamawiający tak naprawdę nie jest w stanie zweryfikować jaki zakres robót budowlanych będzie realizowany przez HausWerk, a tym samym – czy Re-Bau realnie spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w Rozdziale XIV pkt 2.1. SWZ

Podmiot udostępniający zasoby ograniczył się bowiem do wklejenia w miejscu zobowiązującym go do podania zakresu udostępnianych zasobów treści warunku udziału określonego w Postępowaniu, bez jakiegokolwiek dalszego wyjaśnienia.

Przepis art. 118 ust. 4 PZP określa minimalny zakres treści zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, jednak w doktrynie wskazuje się, że normę tą należy czytać łącznie z pozostałymi ustępami art. 118 PZP. Wskazuje się również, że treść tego zobowiązania powinna określać konkretny opis zachowania się podmiotu udostępniającego zasoby i konkretnie przedstawione zasoby jakie zostaną przekazane do wykorzystania. W szczególności Wykonawca zwraca uwagę, że zgodnie z art. 118 ust. 4 pkt 3) PZP w przypadku gdy zasoby są udostępniane w celu potwierdzenia spełnienia warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, a przedmiotem zamówienia są roboty budowlane lub usługi, aby przekazanie zasobów osiągnęło właściwy skutek, z zobowiązania powinno wynikać, czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby zrealizuje roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W świetle treści oświadczenia złożonego przez HausWerk nie ma możliwości ustalenia jakie roboty budowlane będzie realizował ten podmiot. Co za tym idzie, nie sposób ocenić czy Re-Bau faktycznie dysponuje zdolnościami technicznymi i zawodowymi w zakresie odpowiadającym sformułowanemu przez Zamawiającego warunkowi udziału w Postępowaniu.

Sytuacja ta w ocenie Wykonawcy jest podobna do innych przypadków ogólnikowego sformułowania oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby, które podlegały ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, np. wskazanie udostępnienia zasobów w „zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia”.

W orzecznictwie wskazuje się, że taki opis zobowiązania podmiotu trzeciego jest dalece niewystarczający dla oceny, czy udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego ma charakter realny i czy wykonawca daje gwarancję należytego wykonania robót polegając na zasobach podmiotu trzeciego. Sformułowanie "zakres niezbędny do prawidłowego wykonania zamówienia" jest sformułowaniem zbyt ogólnym i nieprecyzyjnym, by zamawiający mógł ocenić, czy wykonawca wykona zadanie w sposób należyty. Wykonawca ma zatem obowiązek wskazać precyzyjnie, jakie roboty wykona podmiot, tak by zamawiający miał pewność, że przedmiot zamówienia zostanie wykonany przez podmiot doświadczony i dający gwarancję należytego ich wykonania. Określenie "w zakresie niezbędnym" nie

stanowi dla zamawiającego żadnej wskazówki co do rzeczywistego zakresu, jaki podmiot udostępniający zdolności będzie wykonywał" (wyr. KIO z 7.4.2022 r., KIO 782/22). W niniejszej sprawie ograniczenie się przez podmiot udostępniający zasoby do bezrefleksyjnego skopiowania treści warunku udziału należy ocenić podobnie mając na uwadze, że podmiot udostępniający zasoby ograniczył się do skopiowania treści warunków udziału do swojego oświadczenia.

Wykonawca zwraca również uwagę, że oświadczenie to budzi o tyle wątpliwości, że HausWerk deklaruje zarówno realizację jak i doradztwo generalnemu wykonawcy w zakresie realizacji robót budowlanych. Stwierdzenie to jest o tyle mylące, że doradztwo i realizacja miałyby odnosić się do tego samego zakresu zamówienia, przez co zdaniem Wykonawcy jest ono wewnętrznie sprzeczne. Zakładając bowiem, że HausWerk wykona roboty budowlane w pewnym zakresie (który zdaniem Wykonawcy nie został określony w prawidłowy sposób), to ciężko wyjaśnić konieczność doradzania generalnemu wykonawcy co do sposobu wykonania tych robót, które podmiot udostępniający zasoby miałyby samodzielnie wykonywać.

Wykonawca stoi na stanowisku, że treść oświadczenia budzi szereg wątpliwości, co do których Zamawiający winien był wezwać Re-Bau do wyjaśnienia. Dopiero po uzyskaniu takich wyjaśnień i analizie całokształtu pozyskanych dokumentów możliwa jest ocena ofert złożonych w postępowaniu i wybór oferty najkorzystniejszej. Niezależnie od tego, Wykonawca zwraca uwagę, że z treści warunku udziału sformułowanego przez Zamawiającego wynika, że Zamawiający oczekuje od potencjalnego wykonawcy doświadczenia polegającego na kompleksowej realizacji (tj. budowie) obiektu budowlanego wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie. Obiekt powinien być wybudowany w technologii modułowej, o powierzchni 1.000,00 m², a także posiadać instalację nawiewno-wywiewną oraz instalację klimatyzacji.

Zgodnie z Rozdziałem XVI pkt 3.1. dla potwierdzenia spełnienia warunku ww. warunku udziału, wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia wykazu robót wraz z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały

wykonane należycie. Jak wynika z treści referencji, zamówienie to było realizowane na rzecz spółki prawa austriackiego Tamac Systeme GmbH i w ramach tego zamówienia HausWerk realizował modułowy budynek prefabrykowany technologii drewnianej, który został wyposażony w odpowiednią instalację. Brak jest zatem informacji, aby to HausWerk realizował całość robót budowlanych, w tym instalację klimatyzacji oraz instalację nawiewno-wywiewną. Wykonawca powziął również informacje, które budzą wątpliwości co do zakresu samego zamówienia. Zgodnie bowiem z treścią referencji przedmiotem prac HausWerk była „realizacja modułowego budynku prefabrykowanego, wykonanego w modułowej prefabrykowanej technologii drewnianej o

powierzchni użytkowej (...), zlokalizowanego przy Franzosenhausweg 54-56, 4030 Linz, Austria”.

Zgodnie z Rozdziałem XIV pkt 2.1. SWZ oraz Rozdziałem XIV uwagą h) do warunków udziału, przez „budowę” Zamawiający rozumie wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu. Zamawiający zatem dokonał modyfikacji terminu „budowa” względem definicji określonej w ustawie Prawo budowlane. Według słownika języka polskiego słowo „wykonywać” oznacza wyprodukowanie czegoś. Z założenia więc termin ten oznacza powstanie czegoś od nowa.

wykonać — wykonywać

1. «zrobić coś»
2. «wyprodukować coś»
3. «odegrać rolę teatralną, filmową, utwór muzyczny»
4. wykonywać «pracować w jakimś zawodzie»

Co więcej, zgodnie z treścią referencji budynek winien być wyposażony w instalację klimatyzacji i instalacji nawiewno-wywiewnej. Powyższe jednoznacznie wskazuje zatem, że celem Zamawiającego było takie ukształtowanie warunku udziału, aby wykonawca realizujący zamówienie miał doświadczenie w realizacji zakresu przedmiotowego zbliżonego do przedmiotu zamówienia, tj. wykonanie obiektu od samego początku. Wykonawca uważa, że zachodzą poważne wątpliwości co do tego czy HausWerk faktycznie legitymuje się wymaganym doświadczeniem. Jak dowiedział się Wykonawca, inwestycja ta była realizowana na rzecz firmy Hytek GmbH. Podmiot ten na swojej oficjalnej stronie internetowej () faktycznie opisuje prace budowlane dotyczące budynku położonego w Linz pod adresem Franzosenhausweg 54, jednak jednoznacznie prace te są opisywane jako przebudowa. Oznacza to, że przedmiotem realizacji tej inwestycji nie było wykonanie budynku, ale dokonanie jego modernizacji. Dodatkowo, przedstawione dowody nie potwierdzają, że HausWerk realizował również instalacje dla tego obiektu.

Dowód: informacje opublikowane na stronie internetowej inwestora

Co za tym idzie, należy jednoznacznie stwierdzić, że realizacja inwestycji polegająca na przebudowie budynku nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Tym samym, już z tego względu oferta złożona przez wykonawcę Re-Bau winna podlegać odrzuceniu.

W tej sytuacji w świetle art. 123 PZP wykonawca Re-Bau nie może powoływać się na zdolności podmiotu trzeciego w szerszym zakresie niż ten, na który powołał się i polegał składając ofertę.

Potwierdzają to komentatorzy PZP oraz orzecznictwo: W świetle art. 123 PZP uprawnienie wykonawców biorących udział w postępowaniu do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego jest ograniczone w czasie, tj. przysługuje jedynie do upływu terminu składania ofert

albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. (...) Uprawnienie do powołania się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby po upływie tego terminu ograniczone jest do zakresu, w którym wykonawca na etapie składania wniosków albo ofert korzystał z udostępnianych zasobów. W wyr. z 18.3.2022 r. (KIO 510/22, Legalis) Izba potwierdziła, iż "Zakres polegania przez wykonawcę na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby musi zostać określony do upływu terminu składania ofert i nie może zostać następnie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, na wezwanie wystosowane w trybie art. 128 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, rozszerzony. Wykonawca może zamiast skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego polegać na potencjale własnym, jednak nie odwrotnie". (...)

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 9.09.2024 r.) podał: (...) wnosząc o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu podał:

1. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP w zw. z art. 266 PZP (nieodrzućenie oferty Re-Bau sp. z o.o.)

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP poprzez nieodrzućenie oferty Re-Bau sp. z o.o. (dalej: Re-Bau), który rzekomo nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający ma prawo żądać od

wykonawców określonych dokumentów i wyjaśnień na podstawie przepisów ww. ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisów wykonawczych do tej ustawy. Zamawiający może w istocie żądać dokumentów od wykonawcy, aby potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia. Zgodnie z art. 57-58 PZP, wykonawca składa wstępne oświadczenie, w którym deklaruje, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu. Na tym etapie wykonawca nie musi przedkładać szczegółowych dokumentów. Przepisy art. 112-128 PZP określają warunki udziału w postępowaniu oraz środki dowodowe, jakie zamawiający może żądać na późniejszym etapie postępowania. Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U.2020.2415 z dnia 2020.12.30) określa szczegółowe wymagania dotyczące podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakie zamawiający może żądać od wykonawcy w

postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Akt ten precyzuje katalog dokumentów, które zamawiający może wymagać, takich jak np. zaświadczenia,

oświadczenia, sprawozdania finansowe czy certyfikaty.

Zamawiający może żądać od wykonawcy wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych (dalej PŚD) na podstawie art. 128 ust. 4 PZP, a skorzystać z tego uprawnienia może wówczas gdy oczekuje od wykonawcy rozwiania wątpliwości i niejasności wynikających z treści tych dokumentów. Związek przyczynowo – skutkowy w tym zakresie wszczyna pisemna informacja zawarta w treści PŚD, która budzi wątpliwości Zamawiającego w wyniku analizy z treścią warunków udziału w postępowaniu. To z kolei skutkuje sformułowaniem pisemnego wezwania / pytań do Wykonawcy celem udzielenia przez niego wyjaśnień / odpowiedzi by w dalszej kolejności po zapoznaniu się z wyjaśnieniami na etapie końcowym Zamawiający mógł ustalić jednoznacznie treść oświadczenia Wykonawcy zawartą w PŚD oraz dokonać oceny spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu. W zaistniałym stanie faktycznym treść Wykazu robót nie budziła wątpliwości Zamawiającego w kontekście treści warunku udziału w postępowaniu, stąd Zamawiający nie wyzwał Wykonawcy do wyjaśnienia czy oświadczenie Re-Bau trzykrotnie przywołane w Wykazie robót w poz. 1, w którym Re-Bau wykazuje się realizacją budowy budynku jest rzeczywiście budową budynku. Treść referencji także nie budziła wątpliwości Zamawiającego, gdyż w jej treści nie ma informacji sprzecznych czy będących w kolizji z oświadczeniami i informacjami zawartymi w treści Wykazu robót. Jeśli PŚD zostały złożone prawidłowo, tak jak w przedmiotowym przypadku, Zamawiający nie miał żadnych podstaw do żądania dodatkowych wyjaśnień, wręcz uznał by je za zbędny formalizm czy czynności w postępowaniu nie poparte merytorycznymi informacjami. Stąd procedura wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 PZP nie była zasadna a w konsekwencji nie została „uruchomiona”. Zdaniem Zamawiającego, oferta Re-Bau została prawidłowo oceniona pod kątem zgodności z warunkami udziału określonymi w SWZ. Wykonawca Re-Bau przedłożył wszystkie wymagane dokumenty, w tym zobowiązanie podmiotu trzeciego, HausWerk sp. z o.o. (dalej: HausWerk), które potwierdzało posiadanie wymaganych zdolności technicznych i zawodowych. Dokumenty te (zobowiązanie HausWerk, PŚD) zostały zweryfikowane zgodnie z procedurami (odpowiednio na właściwym etapie postępowania) i nie stwierdzono żadnych uchybień, które uzasadniałyby odrzucenie oferty. Tym samym, Zamawiający nie naruszył art. 226 PZP ani art. 266 PZP.

Odwolujący wskazuje, że Wykonawca Re-Bau nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, powołując się na referencje podmiotu trzeciego – HausWerk, które rzekomo dotyczą przebudowy, a nie budowy nowego budynku. Zamawiający pragnie zauważyć, że przedłożony przez Re-Bau Wykaz robót, w tym referencje, zostały dokładnie zweryfikowane na etapie oceny PŚD. Z dokumentów tych wynika, że HausWerk wykonał roboty budowlane polegające na budowie budynku w technologii modułowej, zgodnie z warunkami określonymi w SWZ. W treści Wykazu Robót Re-Bau oświadczył bowiem trzykrotnie, iż wybudował budynek: „Robota budowlana dotyczyła budowy budynku: Modułowy budynek

prefabrykowany zlokalizowany przy ulicy Franzosenhausweg 54-56, 4030 Linz, Austria; /nazwa i lokalizacja budynku/ w ramach zadania inwestycyjnego pn. Budowa modułowego budynku prefabrykowanego, wykonanego w technologii modułowej, prefabrykowanej z drewna. /podać/ Robota budowlana dotyczyła budowy budynku: - w technologii modułowej, który posiada instalację wentylacji mechanicznej nawiewno - wywiewnej i klimatyzacji którego powierzchnia użytkowa wynosi 1249,92 m² /podać - wymagane nie mniej niż 1 000 m²/ - który uzyskał decyzję o pozwoleniu na użytkowanie.” Odwołujący nie przedstawił żadnych wiarygodnych dowodów, które podważyłyby prawidłowość oceny dokonanej przez Zamawiającego. Odwołanie opiera się na informacjach zaczerpniętych ze strony internetowej firmy Hytek GmbH - czyli „inwestora” według wiedzy posiadanej przez Odwołującego (natomiast według Wykazu robót podmiotem, na rzecz którego roboty zostały wykonane jest TAMAC Systeme GmbH Annagasse 6, A-1010 Wien VATIN: AT57964518). Odwołujący dowiedział się o tym w wyniku udostępnienia mu przez Zamawiającego, w odpowiedzi na jego wniosek, dokumentów stanowiących załączniki do protokołu zamówienia. Informacja, na którą powołuje się Odwołujący twierdząc, że „(...) inwestycja ta była realizowana na rzecz firmy Hytek GmbH.”, nie wynika z treści dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ani też z treści Wykazu robót. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie tego twierdzenia. Brak również informacji i dowodów na powiązania formalnoprawne związane z budową modułowego budynku prefabrykowanego zlokalizowanego przy ulicy Franzosenhausweg 5456, 4030 Linz, Austria pomiędzy firmą Hytek GmbH a firmą Tamac Systeme GmbH. Powyższe nie może tym samym stanowić wystarczającej podstawy do uznania, że Re-Bau nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Twierdzenie, że HausWerk nie wykonało wszystkich elementów budowy, w tym instalacji klimatyzacji, nie jest wystarczająco udokumentowane. Takie twierdzenia powinny być poparte konkretnymi dowodami, aby skutecznie obronić zarzut. W treści Wykazu robót Re-Bau oświadczył, że „Robota budowlana dotyczyła budowy budynku: w technologii modułowej, który posiada instalację wentylacji mechanicznej nawiewno - wywiewnej i klimatyzacji którego powierzchnia użytkowa wynosi 1249,92 m² (podać - wymagane nie mniej niż 1 000 m²)”, czyli wykazał, zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu, że budynek był wyposażony w instalację klimatyzacji. Jak podkreśla KIO w jednym z wyroków "Ocena spełniania warunku winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek

uznaniowości Zamawiającego na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczalna rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, które nie znalazły wyrazu w formie pisemnej, niezależnie od tego czy dany opis warunku udziału w postępowaniu należałoby uznać za

bardziej adekwatny do przedmiotu zamówienia.", a także "Gospodarz postępowania uprawniony jest zweryfikować prawdziwość informacji podanych przez wykonawcę celem wykazania warunku udziału w postępowaniu. Jednak nie jest zadaniem Zamawiającego wyłączenie wykonawcy w wykazaniu warunku udziału w postępowaniu i poszukiwanie brakujących informacji niezbędnych do pozytywnej jego oceny, w sytuacji gdy złożone podmiotowe środki dowodowe są niekompletne czy wadliwe. Wykazanie warunków udziału w postępowaniu jest obowiązkiem wykonawcy, a jego realizacja niesie za sobą szereg doniosłych skutków prawnych, w tym związanych z wykluczeniem wykonawcy i odrzuceniem jego oferty." (Wyrok (...) KIO 438/24(...)).

Zamawiający nie zgadza się z zarzutem Odwołującego, zawartym w pkt. 1.2 odwołania. Zamawiający wyjaśnia treść podmiotowego środka dowodowego wówczas, gdy budzi ona jego wątpliwości, co podnosił już powyżej. W swoim wyroku 3026/23 KIO stanęła na stanowisku, że „Choć nie jest wykluczone, że wykonawca może być wzywany do wyjaśnień wielokrotnie, to Zamawiający czyni to jedynie wtedy, gdy poweźmie wątpliwości odnośnie treści przedłożonych mu oświadczeń i innych dokumentów wymienionych w art. 128 ust. 4 p.z.p.”. (Wyrok KIO 3026/23 ()). Takich wątpliwości Zamawiający nie powziął po zapoznaniu się z treścią Wykazu robót (podmiotowy środek dowodowy) oraz z treścią referencji (element składowy podmiotowego środka dowodowego).

Zgodnie z wyrokiem KIO 3229/21: „Procedura wskazana w art. 128 ust. 4 p.z.p. dotyczy sytuacji, w której zamawiający nie jest pewien, jak rozumieć treść oświadczeń lub dokumentów złożonych przez wykonawcę. Wezwanie do wyjaśnień, inaczej niż wezwanie o uzupełnienie, nie jest obowiązkowe. Ustawodawca posłużył się sformułowaniem "może żądać od wykonawców wyjaśnień", co jest zmianą w stosunku do art. 26 ust. 4 p.z.p. z 2004 r., w którym posłużono się słowem "wzywa", sugerującym obligatoryjność procedury wyjaśnień”. (Wyrok (...) KIO 3229/21(...)). Zgodnie z wyrokiem KIO 1/24, „Ustawodawca wymaga przedłożenia wraz z wykazem dowodów określających czy roboty budowlane zostały wykonane należyście, w szczególności informacji o tym czy zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. W konkretnych przypadkach za takie dowody mogą zostać uznane referencje, inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty. Nie ograniczono więc kręgu podmiotów uprawnionych do wystawiania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia. Nie istnieją też ściśle określone w przepisach sformułowania czy wyrażenia, które powinny zostać zawarte w treści takiego dowodu. Powinno się w nich znaleźć jedynie potwierdzenie prawidłowego wykonania zobowiązania, którego dokument dotyczy.” (Wyrok KIO 1/24 (...)). Ponadto, w wyroku KIO 1498/18 przyjęto, iż „To nie referencje, których rolą jest poświadczanie należytego wykonania

zamówienia, ale wykaz dostaw, usług lub robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia. (...) Referencje stanowią potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, których rodzaj, przedmiot, wartość, daty i miejsce wykonania Wykonawca podaje w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych. Ponadto, Zamawiający nie ma wpływu na treść sformułowań zawartych w referencjach, z uwagi na to iż są one wystawiane przez podmiot trzeci (Wyrok KIO 1498/18 (...)). Rolą referencji jest potwierdzenie należytego wykonania umowy, co wynika wprost z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415). Treść referencji nie musi w całości potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem nie taka jest rola tego dokumentu. Referencje stanowią oświadczenie wiedzy, nie zaś oświadczenie woli. (Wyrok KIO 609/23 (...)). Z treści referencji wystawionej przez firmę TAMAC Systeme GmbH wynika, że robota budowlana wskazana w poz. 1 Wykazu robót została wykonana należyście.

1. Zarzut naruszenia art. 57 pkt 1) PZP, art. 118 ust. 1, 2 i 4 PZP, art. 119 PZP w zw. z art. 266 PZP (uznanie, że Re-Bau spełnia warunki udziału).

W kontekście zarzutów naruszenia art. 57, 118, 199 i 266 PZP informacje dotyczące sposobu, w jaki Wykonawca będzie realizował zamówienie oraz na jakie zasoby będzie się powoływał (podmioty trzecie na podstawie art. 118 PZP) określone zostały w treści Zobowiązania firmy HausWerk, które w ocenie Zamawiającego, są wystarczające do wykazania spełnienia przez Re-Bau warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Sekcji XIV pkt. 2 ppkt. 2.1 SWZ. Zamawiający dowodzi tego w treści nin. odpowiedzi na odwołanie. Precyzyjne określenie zakresu prac czy katalogu czynności podmiotu udostępniającego zasoby (podwykonawcy), następuje na dalszych etapach procesu inwestycyjnego, tj. po zawarciu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach procedury weryfikacji podwykonawcy i treści umowy o podwykonawstwo. Na etapie oceny zobowiązania podmiotu trzeciego Zamawiający weryfikuje realność zobowiązania. Odwołujący twierdzi, że Zamawiający naruszył art. 57 pkt 1) PZP oraz art. 118 ust. 1, 2 i 4 PZP poprzez uznanie, że Re-Bau spełnia warunki udziału w postępowaniu na podstawie zdolności technicznych i zawodowych podmiotu trzeciego, HausWerk, nie uzasadniając w żaden sposób swoich twierdzeń. Zamawiający wskazuje, że art. 118 ust. 1 PZP przewiduje możliwość polegania przez wykonawcę na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby. Wykonawca ReBau skorzystał z tej możliwości, przedstawiając odpowiednie zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, które spełniało wymogi formalne i merytoryczne określone w PZP oraz SWZ. Zamawiający dokładnie zbadał zakres i charakter udostępnionych zasobów, które potwierdziły spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Re-Bau. W związku z tym, Zamawiający

nie naruszył przepisów art. 57, 118 i 119 PZP. Odwołujący podniósł w odwołaniu, że

zobowiązanie HausWerk do jednoczesnej realizacji robót budowlanych i doradztwa jest wewnętrznie sprzeczne. Jednakże, w praktyce takie zobowiązania mogą być uzasadnione, zwłaszcza jeśli doradztwo dotyczy innych aspektów realizacji projektu niż te, które HausWerk realizuje bezpośrednio. Brak zatem jednoznacznego wskazania, dlaczego takie zobowiązanie miało być sprzeczne. Zamawiający pragnie podkreślić, że taki zakres współpracy nie jest sprzeczny, a wręcz może być korzystny, zwłaszcza gdy doradztwo dotyczy aspektów technicznych związanych z realizacją inwestycji, które HausWerk samodzielnie wykonuje. Zamawiający uznał, że zobowiązanie HausWerk spełnia wymogi określone w art. 118 PZP, ponieważ jasno określa zakres, w jakim podmiot ten będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Ponadto Zamawiający podkreśla, że w niniejszym zamówieniu prowadzonym w formule zaprojektuj i wybuduj warunek udziału w postępowaniu dotyczył etapu „buduj”. Hauswerk złożył oświadczenie, że udostępni swoją wiedzę i doświadczenie „zdobyte w okresie ostatnich 5 lat, dotyczącej wykonania roboty budowlanej polegającej na budowie jednego budynku w technologii modułowej oraz:

- a) budynek ten posiadał instalację wentylacji mechanicznej nawiewno-wywiewnej i klimatyzacji,
- b) powierzchnia użytkowa tego budynku była nie mniejsza niż 1 000 m², c) budynek ten uzyskał decyzję o pozwoleniu na użytkowanie”

i wskazał sposób: „Doradztwo oraz realizacja zamówienia w zakresie udzielonego wymienionego wyżej potencjału na podstawie umowy podwykonawczej”. Podmiot udostępniający zasoby oświadczył, że zrealizuje zamówienie (odwołując się do zakresu zasoby z lit. a) treści Zobowiązania) jako podwykonawca. To Wykonawca decyduje o sposobie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Re-Bau warunek udziału w postępowaniu spełnił przy udziale podmiotu HausWerk, który wykona zamówienie w zakresie zgodnym z treścią warunku udziału w postępowaniu (Sekcja XIV pkt. 2 ppkt. 2.1 SWZ), który dotyczył doświadczenia w budowie budynku.

2. Zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 i 5 PZP w zw. z art. 266 PZP (zaniechanie wezwania do wyjaśnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby)

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający naruszył art. 128 ust. 4 i 5 PZP poprzez zaniechanie wezwania Re-Bau do wyjaśnienia treści zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, HausWerk. Przepis art. 128 ust. 4 i 5 PZP mówi o obowiązku zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów, gdy istnieje wątpliwość co do ich treści. W kontekście zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, zamawiający powinien wezwać wykonawcę do uzupełnienia lub wyjaśnienia zobowiązania, jeśli dokumenty nie są wystarczająco precyzyjne lub budzą wątpliwości co do realnego zaangażowania podmiotu w realizację zamówienia. Zamawiający pragnie podkreślić, że

treść zobowiązania złożonego przez HausWerk została oceniona jako zgodna z wymaganiami art. 118 PZP. Zobowiązanie to określało zasoby, które miały zostać udostępnione Re-Bau, oraz zakres, w jakim HausWerk miała uczestniczyć w realizacji zamówienia. Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania tych informacji, ponieważ spełniały one wymogi SWZ. W związku z tym, nie było konieczności wzywania Re-Bau do dodatkowych wyjaśnień, a zatem nie doszło do naruszenia art. 128 PZP. Zamawiający wskazuje, że warunki udziału w postępowaniu były jasno określone, a ich spełnienie przez Wykonawcę Re-Bau zostało potwierdzone na podstawie dostarczonych dokumentów, w tym referencji i oświadczeń. Odwołujący nie przedstawił dowodów, które jednoznacznie wykazywałyby, że Re-Bau nie spełniał tych warunków. Co więcej, Zamawiający nie miał podstaw do wezwania Re-Bau do wyjaśnienia treści zobowiązania podmiotu trzeciego, gdyż przedłożony dokument był zgodny z wymogami SWZ. Odwołujący nie wykazał, że Re-Bau nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Wszelkie zarzuty dotyczące rzekomego braku spełnienia warunków udziału są nieuzasadnione. Zamawiający przeprowadził ocenę ofert zgodnie z przepisami PZP oraz postanowieniami SWZ, w wyniku czego oferta Re-Bau została uznana za najkorzystniejszą.

Podsumowując, Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, ponieważ wszystkie zarzuty są bezzasadne. Zamawiający dokonał oceny ofert zgodnie z przepisami PZP, a oferta Re-Bau spełniała wszystkie warunki udziału w postępowaniu. W związku z tym nie było podstaw do jej odrzucenia ani do podjęcia dodatkowych działań wyjaśniających. Wszystkie czynności podjęte przez Zamawiającego były zgodne z przepisami prawa oraz postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia. Przedłożone przez Wykonawcę Re-Bau dokumenty potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a twierdzenia Odwołującego nie zostały poparte wystarczającymi dowodami.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca RE-Bau Sp. z o.o. z/s w Krakowie (Uczestnik RE-Bau) wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 10.09.2024 r. podał: (...) jako uczestnik postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, iż czynność polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej była czynnością naruszającą przepisy ustawy Pzp, wskazane w odwołaniu. Przystępujący potwierdza, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, określony w rozdz. XIV pkt 2.1 SWZ, w którym Zamawiający wymagał wykazania się, że wykonawca „w okresie ostatnich 5 lat, a w przypadku gdy okres działalności jest krótszy w tym okresie, licząc wstecz od dnia upływu terminu składania ofert, wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie jednego budynku w technologii modułowej oraz:

- a. budynek ten posiadał instalację wentylacji mechanicznej nawiewno-wywiewnej i klimatyzacji,
- b. powierzchnia użytkowa tego budynku była nie mniejsza niż 1 000 m²,
- c. budynek ten uzyskał decyzję o pozwoleniu na użytkowanie.

Celem potwierdzenia spełnienia tego wymagania RE-Bau Sp. z o.o., korzystając z dyspozycji art. 118 ust. 1 Pzp, powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego tj. HausWerk Sp. z o.o., przedstawiając:

1. Wykaz robót budowlanych, gdzie ujęto realizację „Modułowy budynek prefabrykowany zlokalizowany przy ul. Franzosenhausweg 54-56, 4030 Linz Austria”. W treści referencji podano, że robota budowlana dotyczyła budowy budynku w technologii modułowej, który posiada instalację wentylacji mechanicznej nawiewno-wywiewnej i klimatyzacji, którego powierzchnia użytkowa wynosi 1249,92m² i który uzyskał pozwolenie na budowę.
2. List referencyjny z dnia 17.06.2024r. Tamac Systeme GmbH, w którym potwierdzono, że „przedmiotem prac spółki HausWerk Sp. z o.o. była realizacja modułowego budynku prefabrykowanego, wykonanego w modułowej prefabrykowanej technologii drewnianej o powierzchni 1249,92m², zlokalizowanego przy Franzosenhausweg 54-56, 4030 Linz Austria”.
3. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby HausWerk Sp. z o.o. do oddania zasobów w postaci zdolności technicznej i zawodowej do dyspozycji RE-Bau Sp. z o.o.

Przystępujący nie zgadza się z oceną treści zobowiązania podmiotu trzeciego dokonaną przez Odwołującego. Treść zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby HausWerk Sp. z o.o. spełnia wszelkie wymagania określone w art. 118 ust. 4 Pzp, w szczególności zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Ponadto w treści zobowiązania podano niezbędne informacje tj.:

1. zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego tj. wiedza i doświadczenie w zakresie wymaganych warunkiem udziału w postępowaniu,
2. sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia tj. doradztwo i realizacja zamówienia w zakresie udzielonego potencjału wiedzy i doświadczenia, na okres realizacji inwestycji.
3. 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 tj. doradztwo i realizacja zamówienia w zakresie udzielonego potencjału.

Podkreślić należy, że wszystkie ustawowo wymagane elementy treści zobowiązania zostały w nim wymienione. Ustawa Pzp nie określa poziomu szczegółowości informacji, które obowiązkowo muszą znaleźć się w treści zobowiązania, nie określa też sposobu ich podania i nie wymaga wymienienia w treści zobowiązania konkretnych czynności, jakie podmiot trzeci będzie wykonywał w ramach realizacji zamówienia. Z tych względów, nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego jakoby przywołanie jako zakresu udostępnienia treści samego warunku wiedzy i doświadczenia, określonego w SWZ było niewystarczające i nie spełniało wymagań ustawy. Podobnie samo wskazanie, iż sposób i zakres udostępnienia to „doradztwo i realizacja”, przy braku określenia w ustawie i dokumentach zamówienia poziomu szczegółowości tych informacji, należy uznać za prawidłowe i spełniające wymagania art. 118 ust. 4 Pzp. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że w oparciu o złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego nie jest możliwym ocena, czy RE-Bau faktycznie dysponuje zdolnościami technicznymi i zawodowymi w zakresie warunku udziału w postępowaniu. Zobowiązanie HausWerk Sp. z o.o., wbrew twierdzeniom Odwołującego, potwierdza realność udostępnionych zasobów oraz zakres i sposób ich udostępnienia, bowiem podmiot trzeci HausWerk Sp. z o.o. zobowiązał się do faktycznego wykonania robót budowlanych w zakresie udostępnionego doświadczenia oraz doradztwa w trakcie ich realizacji. Zamawiający w oparciu o przedłożone dokumenty i oświadczenia nie miał żadnych wątpliwości co do realności zobowiązania podmiotu trzeciego, nie było żadnych podstaw do wezwania Przystępującego w trybie art. 128 ust. 4 i 5 Pzp do wyjaśnienia jego treści.

Niezależnie od powyższego, z daleko posuniętej ostrożności procesowej, RE-Bau Sp. z o.o. składa oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby doświadczenia, wskazujące na konkretne roboty budowlane, jakie HausWerk Sp. z o.o. w ramach realizacji inwestycji wykona:

- ☐ dostawa i montaż prefabrykowanych modułów konstrukcyjnych, ściennych, stropowych i dachowych, zgodnie z projektem wykonawczym.
- ☐ wykonywanie prac wykończeniowych wewnątrz modułów, w tym prace montażowe instalacji elektrycznych, wodno-kanalizacyjnych, grzewczych wentylacyjnych i klimatyzacyjnych.
- ☐ montaż elementów stolarki okiennej i drzwiowej oraz elementów elewacji.
- ☐ zapewnienie nadzoru nad prawidłowym wykonaniem robót budowlanych.

Dodatkowo, w ramach doradztwa podczas realizacji inwestycji HausWerk Sp. z o.o. zapewni: ☐ wsparcie techniczne w zakresie technologii modułowej, w tym rozwiązań konstrukcyjnych, materiałowych i montażowych,

- ☐ konsultacje w zakresie optymalizacji projektu wykonawczego pod kątem technologii modułowej,
- ☐ pomoc w rozwiązywaniu ewentualnych problemów technicznych podczas realizacji inwestycji.
- ☐ udostępnienie wiedzy i doświadczenia zdobytego przy realizacji podobnych projektów. dowód: uzupełniające oświadczenie HausWerk Sp. z o.o.

Przystępujący potwierdza, że realizacja „Modułowego budynku prefabrykowanego zlokalizowanego przy ul. Franzosenhausweg 54-56, 4030 Linz Austria” polegała na budowie tj. wykonywaniu obiektu budowlanego w określonym miejscu, zgodnie z definicją przyjętą w rozdz. XIV pkt 2.2 lit. h SWZ. Z wiedzy Przystępującego uzyskanej od podmiotu udostępniającego zasoby wynika, że przedmiotem budowy była rozbudowa, a roboty budowlane zostały zakończone uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie. Okoliczność tę potwierdza treść złożonej referencji z dnia 17.08.2024r. gdzie wskazano, że przedmiotem prac HausWerk Sp. z o.o. była realizacja (wykonanie) modułowego budynku prefabrykowanego (...). W referencji potwierdzono ponadto, że budynek został wyposażony w instalacje: ciepłej wody, centralnego ogrzewania, mechanicznej wentylacji

doprowadzającej i odprowadzającej powietrze, klimatyzację i elektrykę.

Zgodnie z art. 534 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne. Podkreślić należy, że w tym przypadku ciężar dowodu w zakresie wykazania swoich twierdzeń, które podważają wiarygodność złożonych przez RE-Bau Sp. z o.o. podmiotowych środków dowodowych spoczywa w całości na Odwołującym.

Wątpliwości podnoszone przez Odwołującego co do zakresu realizacji przedmiotowej inwestycji, nie zostały w żaden sposób udowodnione i wykazane. Jedynym dowodem na jaki powołuje się Odwołujący, poddając w wątpliwość treść złożonych przez Przystępującego dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunku, jest odwołanie się do strony internetowej, na której rzekomo podano, że w ramach inwestycji wykonano jedynie przebudowę. Strona internetowa jako nośnik informacji podlegający ciągłym zmianom w czasie, zawierający niekoniecznie aktualne i wiarygodne informacje nie spełnia przesłanek umożliwiających uznanie jej za dowód w sprawie, co potwierdza ugruntowane orzecznictwo sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej. Z tych względów twierdzenia Odwołującego co do niespełnienia warunku udziału w postępowaniu jako gołosłowne nie zasługują na uznanie. Niezależnie do braku mocy dowodowej informacji pochodzących ze stron internetowych, zauważyć należy, że kwestionowana przez Odwołującego realizacja była wykonywana na terenie Austrii pod rządami obowiązujących tam, właściwych przepisów prawa i charakterystycznej dla niej nomenklatury (definicji), co powoduje, że interpretacja pojęć dotyczących rodzaju i charakteru prac wykonanych poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej winna uwzględniać definicje równoważne, zgodne z właściwymi przepisami. Zamawiający dostrzegł mogącą wystąpić różnicę pojęć, czemu dał wyraz z definicji pojęcia „budowa”

rozdz. XIV pkt 2.2 lit. h SWZ, gdzie wskazał „W przypadku inwestycji zlokalizowanych na obszarze poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej inne równoważne definicje, zgodnie z obowiązującymi, właściwymi przepisami prawa”.

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej, niezależnie od bezzasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów, Przystępujący wskazuje, że nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, iż w niniejszej sprawie miałby znaleźć zastosowanie art. 123 Pzp, który zabrania powoływania się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, w sytuacji gdy na etapie składania ofert wykonawca nie polegał w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Wykonawca RE-Bau Sp. z o.o. na etapie składania ofert powołał się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia, a zatem - nawet w przypadku hipotetycznego uwzględnienia zarzutów odwołania - zastosowanie znajduje art. 122 Pzp, zgodnie z którym „jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu”. Okoliczność obligatoryjnego zastosowania art. 122 Pzp przed ewentualnym odrzuceniem oferty, czyni zarzut Odwołującego dotyczący zaniechania odrzucenia oferty RE-Bau Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 266 Pzp nie tylko zarzutem niezasadnym, ale także przedwczesnym. Z tych względów, zdaniem Przystępującego odwołanie winno zostać oddalone. (...)

Zamawiający w uzupełnieniu odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 9.09.24) w piśmie z dnia 11.09.2024 r.. wniósł o:

1. oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów Odwołującego w zakresie czynności i bierności Zamawiającego w odniesieniu do oceny zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby HausWerk sp. z o.o. (dalej: HausWerk) oraz w zakresie oceny czy budynek wskazany w poz. 1 z Wykazu robót był wyposażony w instalację klimatyzacji; Zamawiający nie uwzględnia okoliczności przytoczonych przez Odwołującego w treści odwołania, iż firma HausWerk wykonała przebudowę budynku zamiast budowy),
2. uwzględnienie odwołania w części dotyczącej wniosku Odwołującego o unieważnienie czynności wyboru oferty Re-Bau jako oferty najkorzystniejszej oraz wniosku o powtórzenie czynności oceny ofert,
3. obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego (przy uwzględnieniu okoliczności z pkt. 1 i 2).

W uzasadnieniu stanowiska podał:

Zamawiający pragnie zauważyć, że na podstawie przeprowadzonej analizy i oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oferta Re-Bau sp. z o.o. (dalej: Re-Bau) została prawidłowo oceniona na etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający adekwatnie zastosował przepisy Prawa zamówień publicznych, w tym przepisy art. 112-128 PZP oraz rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r., uznając, że podmiotowe środki dowodowe przedłożone przez Re-Bau były wystarczające do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie budziły żadnych wątpliwości, czego Zamawiający dowodził w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 września 2024 r. Jednakże z odpowiedzi na odwołanie wniesione przez

Re-Bau w dniu 10 września 2024 r., Zamawiający powziął nowe informacje, dotychczas mu nie znane i nie wynikające z dokumentów zamówienia nr ZIM.ZP.262.2.12.2024, tj. zapoznał się z treścią oświadczenia Przystępującego po stronie Zamawiającego tj. Re-Bau, iż „(...) Z wiedzy Przystępującego uzyskanej od podmiotu udostępniającego zasoby wynika, że przedmiotem budowy była rozbudowa, a roboty budowlane zostały zakończone uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie (...)”. W związku z przedmiotowym oświadczeniem oraz w kontekście wymogów Zamawiającego określonych w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) tj. w Sekcji XIV pkt 2 ppkt 2.1, przy uwzględnieniu treści podmiotowego środka dowodowego jakim jest Wykaz robót (wykazanie się budową a nie rozbudową budynku), Zamawiający powziął wątpliwość czy budynek wskazany w Wykazie robót był wybudowany (budowa) czy rozbudowany (rozbudowa).

Mając na uwadze powyższe wątpliwości i odmienne w czasie oświadczenia Re-Bau (na etapie postępowania: „budowa”, na etapie odpowiedzi na odwołanie „przedmiotem budowy była rozbudowa”) Zamawiający nie może jednoznacznie stwierdzić na dzień 11 września 2024 r., że Wykonawca Re-Bau, wykazał, że spełnił warunek udziału w postępowaniu określony w Sekcji XIV pkt 2 ppkt. 2.1 SWZ. Zamawiający podkreśla, że zdefiniował, jak należy rozumieć pojęcie budowy i wyraźnie wskazał w Sekcji XIV pkt 2 ppkt. 2.2 SWZ w „Uwagi do warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego” w lit. h) „Dotyczy pkt. 2.1 i 2.2: Przez pojęcie „budowie” / „budowę” Zamawiający rozumie wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu. W przypadku inwestycji zlokalizowanych na obszarze poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej inne równoważne definicje zgodnie z obowiązującymi, właściwymi przepisami prawa”. Ponadto, Zamawiający w piśmie do Re-Bau z dnia 8 sierpnia 2024 r., (Wezwanie do wyjaśnienia / uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 4 / art. 128 ust. 1 Pzp) dotyczącym Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego, szczegółowo wyjaśnił określoną w SWZ definicję budowy tj.: „Należy tu podkreślić, że definicja budowy została doprecyzowana w SWZ w sekcji XIV Uwagi do warunków udziału w postępowaniu, lit. h) w stosunku do definicji określonej w art. 3 pkt 6 ustawy Prawo Budowlane i nie

przewiduje odbudowy, rozbudowy, nadbudowy obiektu budowlanego oraz innych robót budowlanych (przebudowa, remont).” Podkreślenia wymaga, iż definicja ta zgodnie z zapisem SWZ dotyczy pkt. 2.1. i 2.2. Sekcji XIV SWZ, czyli zarówno warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy jak i dysponowania przez niego osobami zdolnymi do wykonania przedmiotowego zamówienia. Stąd Przystępujący znał treść definicji budowy od dnia zapoznania się z treścią SWZ a ponadto dodatkowo od dnia 8 sierpnia 2024 r. był w posiadaniu wyjaśnień Zamawiającego dotyczących definicji budowy.

W związku z powyższym, Zamawiający zmienia swoje stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 września 2024. Jedynym sposobem na wyjaśnienie zaistniałych wątpliwości dotyczących pojęcia „budowy” oraz spełniania przez Re-Bau warunku udziału w postępowaniu określonego w Sekcji XIV pkt 2 ppkt. 2.1., jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie Re-Bau do złożenia dodatkowych wyjaśnień/do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych oraz ponowne badanie i ocena oferty Re-Bau i ofert złożonych w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie z ostrożności Zamawiający podnosi, że nie uwzględnia okoliczności przytoczonych przez Odwołującego w treści odwołania, iż firma HausWerk wykonała przebudowę budynku zamiast budowy i nie uwzględnia zarzutów odwołania w tym zakresie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum: Firma Budowlana EKOINBUD Sp. z o.o. Sp. k.; EKOINBUD Sp. z o.o. z/s w Gdańsku – w odwołaniu kwestionując wybór oferty Re-Bau sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie jako oferty najkorzystniejszej oraz wskazując na zaniechanie przez Zamawiającego wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących referencji podmiotu udostępniającego zasoby tj. Hauswerk sp. z o.o. z siedzibą w Krzeszowicach, przedstawionych w wyniku wezwania tego wykonawcy do złożenia środków podmiotowych, w zakresie spełnienia przez wykonawcę warunku udziału określonego w Rozdziale XIV pkt 2.1. SWZ podniósł zarzut naruszenia:

- 1) art. 226 ust.1 pkt 2) lit. b) Pzp w zw. z art. 266 Pzp z uwagi na nie odrzucenie oferty wykonawcy Re-Bau sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej jako „ReBau”), który nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XIV pkt 2.1. SWZ;
- 2) art. 57 pkt 1) Pzp, art. 118 ust.1 Pzp, art. 118 ust.2 Pzp, art. 118 ust. 4 Pzp, art. 119 Pzp w zw. z art. 266 Pzp z uwagi na uznanie, że wykonawca Re-Bau spełnia warunki udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XIV pkt 2.1. SWZ;
- 3) art. 128 ust. 4 i 5 Pzp w zw. z art. 266 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawcy Re-Bau do wyjaśnienia treści zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby oraz do wyjaśnienia spełniania przez Re-Bau warunku udziału w postępowaniu określonego rozdziale XIV pkt 2.1. SWZ.

Na rozprawie Odwołujący cofnął zarzut wskazany w punkcie 3 - naruszenia art. 128 ust. 4 i 5 Pzp w zw. z art. 266 Pzp. W takim zakresie postępowanie odwoławcze (wg opisu odwołania pkt 2.3 str 2) podlegało umorzeniu.

Zamawiający w piśmie z dnia 11.09.2024 r. oświadczył, że w uzupełnieniu odpowiedzi na odwołanie:

- (1) wnosi o oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów Odwołującego w zakresie czynności i bierności Zamawiającego w odniesieniu do oceny zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby HausWerk sp. z o.o. oraz w zakresie oceny czy budynek wskazany w poz. 1 z Wykazu robót był wyposażony w instalację klimatyzacji; Zamawiający ponadto nie uwzględnił okoliczności przytoczonych przez Odwołującego w treści odwołania, że firma HausWerk wykonała przebudowę budynku zamiast budowy,

(2) uwzględnił odwołanie w części dotyczącej wniosku Odwołującego o unieważnienie czynności wyboru oferty Re-Bau jako oferty najkorzystniejszej oraz wniosku o powtórzenie czynności oceny ofert, podając w szczególności, że:

a) w dniu 10 września 2024 r. powziął nowe informacje, dotychczas mu nie znane i nie wynikające z dokumentów zamówienia nr ZIM.ZP.262.2.12.2024, tj. zapoznał się z treścią oświadczenia Przystępującego po stronie Zamawiającego tj. Re-Bau, że „(...) Z wiedzy Przystępującego uzyskanej od podmiotu udostępniającego zasoby wynika, że przedmiotem budowy była rozbudowa, a roboty budowlane zostały zakończone uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie (...)”.

b) nie może jednoznacznie stwierdzić na dzień 11 września 2024 r., że wykonawca Re-Bau, wykazał, że spełnił warunek udziału w postępowaniu określony w Sekcji XIV pkt 2 ppkt. 2.1 SWZ.

W konkluzji stwierdził, że (...) zmienia swoje stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 września 2024. Jedynym sposobem na wyjaśnienie zaistniałych wątpliwości dotyczących pojęcia „budowy” oraz spełniania przez Re-Bau warunku udziału w postępowaniu określonego w Sekcji XIV pkt 2 ppkt. 2.1., jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie Re-Bau do złożenia dodatkowych wyjaśnień/do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych oraz ponowne badanie i ocena oferty Re-Bau i ofert złożonych w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie z ostrożności Zamawiający podnosi, że nie uwzględni

okoliczności przytoczonych przez Odwołującego w treści odwołania, iż firma HausWerk wykonała przebudowę budynku zamiast budowy i nie uwzględni zarzutów odwołania w tym zakresie”.

Przystępujący po stronie Zamawiającego – Re-Bau sp. z o.o. z/s w Krakowie nie stawiał się na posiedzeniu i rozprawie (prawidłowo powiadomiony) i tym samym nie wniósł sprzeciwu co do oświadczenia Zamawiającego z dnia 11.09.2024 r., o której - jak oświadczył na posiedzeniu Zamawiający - został powiadomiony w tej dacie mailem. Jednocześnie Izba stwierdziła, na podstawie oświadczenia Zamawiającego, że wybór najkorzystniejszej oferty na dzień 12 września 2024 r. nie został unieważniony. Wobec tych ustaleń Izba, z uwagi na deklarowane powtórzenie czynności co do powtórzenia badania warunku w zakresie „budowy” i deklarowanego tylko unieważnienie postępowania, postanowiła w punkcie 1 sentencji o umorzeniu postępowania odwoławczego w związku z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp również co do zarzutu z pkt 2.2. ale wyłącznie w zakresie w jakim nastąpiło jego uwzględnienie przez Zamawiającego w piśmie z dnia 11.09.2024 r. W pozostałym zakresie odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie.

Rozpoznając podnoszone w odwołaniu zarzuty Izba uznała, że zasługuje na uwzględnienie zarzut z punktu 2.2 odwołania (str 2) w zakresie dotyczącym naruszenia art. 57 pkt 1) Pzp, art. 118 ust.1 Pzp, art. 118 ust.2 Pzp, art. 118 ust. 4 Pzp, art. 119 Pzp w zw. z art. 266 Pzp z uwagi na uznanie, że wykonawca Re-Bau spełnia warunki udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XIV pkt 2.1. SWZ.

Zgodnie z Rozdziałem XIV pkt 2.1. SWZ Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej: (...)

2.1. w okresie ostatnich 5 lat, a w przypadku, gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, licząc wstecz od dnia upływu terminu składania ofert, wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie jednego budynku w technologii modułowej oraz:

- a) budynek ten posiadał instalację wentylacji mechanicznej nawiewno-wywiewnej i klimatyzacji,
- b) powierzchnia użytkowa tego budynku była nie mniejsza niż 1 000 m², c) budynek ten uzyskał decyzję o pozwoleniu na użytkowanie;

Uwagi do warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego:

a) Dotyczy pkt. 2.1: Przez „budynek” należy rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach /art. 3 pkt 2) ustawy PB/.

b) Dotyczy pkt. 2.1: Pod pojęciem „wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną” należy rozumieć odebrane roboty budowlane zakończone uzyskaniem ostatecznej decyzji w sprawie pozwolenia na użytkowanie budynku lub równoważnego dokumentu.

c) Dotyczy pkt. 2.1: Przez „w okresie ostatnich 5 lat, a w przypadku, gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, licząc wstecz od dnia upływu terminu składania ofert” – Zamawiający rozumie, że w okresie ostatnich 5 lat przypadł dzień, w którym uzyskano decyzję w sprawie pozwolenia na użytkowanie budynku lub równoważny dokument a w przypadku inwestycji zlokalizowanych na obszarze poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej inny / inne równoważne dokumenty stwierdzające zgodnie z obowiązującymi, właściwymi przepisami prawa dopuszczenie do użytkowania budynku stanowiącego przedmiot robót budowlanych.

d) Dotyczy pkt. 2.1b: Przez „powierzchnia użytkowa” Zamawiający rozumie powierzchnię użytkową mierzoną zgodnie z § 20 ust. 1. pkt 4b Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (t.j. Dz.U. 2022 poz. 1679) lub równoważne. W przypadku inwestycji zlokalizowanych na obszarze poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej inne równoważne definicje / wytyczne zgodnie z obowiązującymi, właściwymi przepisami prawa.

(...)

Dotyczy pkt. 2.1 i 2.2: Przez pojęcie „budowie” / „budowę” Zamawiający rozumie wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu. W przypadku inwestycji zlokalizowanych na obszarze poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej inne równoważne definicje zgodnie z obowiązującymi, właściwymi przepisami prawa. Co do zasady wykonawca powinien wykazać, że samodzielnie spełnia w/w warunek udziału. Prawo zamówień publicznych, a za nim SWZ, dopuszcza wykazanie spełniania warunku udziału w oparciu o zasoby podmiotu trzeciego”.

Na potwierdzenie tego wymagania wykonawca RE-Bau złożył Wykaz robót budowlanych (...) (zał. nr 7 do SWZ) oraz List referencyjny z dnia 17.06.2024 r. i „Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (...) (zał. nr 6 do SWZ)

a) Zgodnie z treścią Wykazu robót (...)

1. Robota budowlana dotyczyła budowy budynku: Modułowy budynek prefabrykowany zlokalizowany przy ulicy Franzosenhausweg 54-56, 4030 Linz, Austria; /nazwa i

lokalizacja budynku/ w ramach zadania inwestycyjnego pn. Budowa modułowego budynku prefabrykowanego, wykonanego w technologii modułowej, prefabrykowanej z drewna.

2. Robota budowlana dotyczyła budowy budynku: W technologii modułowej, który posiada instalację wentylacji mechanicznej nawiewno - wywiewnej i klimatyzacji którego powierzchnia użytkowa wynosi 1249,92 m² (podać - wymagane nie mniej niż 1 000 m²), który uzyskał decyzję o pozwoleniu na użytkowanie.

3. Data [dzień], w którym wydana została decyzja w sprawie pozwolenia na użytkowanie budynku lub równoważny dokument: 16/04/2024 dzień-miesiąc-rok

4. Podmiot, na rzecz którego roboty zostały wykonane: TAMAC Systeme GmbH Annagasse 6, A-1010 Wien VATIN: AT57964518 (...)

Jak podano w tym dokumencie: (...) Wykaz obejmuje zamówienia zrealizowane przez HAUSWERK Sp. z o.o. ul. Czatkowice Dolne 254, 32-065 Krzeszowice”

W liście referencyjnym, którego wystawcą jest wskazany TAMAC Systeme podano (...) Przedmiotem prac spółki HausWerk Sp. z o.o. była realizacja modułowego budynku prefabrykowanego, wykonanego w modułowej prefabrykowanej technologii drewnianej o powierzchni użytkowej 1249,92 m², zlokalizowanego przy Franzosenhausweg 54-56, 4030 Linz, Austria; Budynek został zrealizowany w okresie od października 2023r. do lutego 2024 r. Obiekt został przekazany do użytkowania dnia 16 kwietnia 2024 roku. Budynek został wyposażony w instalacje: ciepłej wody, centralnego ogrzewania, mechanicznej wentylacji doprowadzającej i odprowadzającej powietrze, klimatyzację i elektrykę.

Cały przebieg projektu, od planowania do odbioru budynku, charakteryzował się wysokim stopniem profesjonalizmu i rzetelności ze strony firmy Na szczególną uwagę zasługują: - krótki czas realizacji budynku o jakość wykonania na najwyższym poziomie - terminowość, szybkość i staranność wykonania prac

Płynny przebieg projektu, stałe wsparcie zespołu HausWerk oraz profesjonalny wkład doświadczonych praktyków były dla nas szczególnie cenne podczas współpracy. Prace przebiegały zgodnie z zaplanowanym harmonogramem i specyfikacją projektu, a materiały użyte do budowy spełniały wszystkie parametry określone w ofercie.

Obiekt nie posiada żadnych wad ani usterek i spełnia nasze oczekiwania. Bez zastrzeżeń polecamy spółkę HausWerk Sp. z o.o. jako firmę godną zaufania, charakteryzującą się najwyższą jakością obsługi i zorientowaniem na klienta.”

Z kolei w oświadczeniu (zał. nr 6 do SWZ) firma HausWerk zobowiązując się do udostępnienia zdolności technicznych lub zawodowych wskazał: (....)

zobowiązuję się do oddania nw. zasobów na potrzeby realizacji zamówienia: zdolność techniczna lub zawodowa

(...)

do dyspozycji Wykonawcy: RE-Bau Sp. z o.o. ul. Armii Krajowej 19, 30- 150 Kraków

(...)

Oświadczam, iż:

a) udostępniam Wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie:

Wiedza i doświadczenie zdobyte w okresie ostatnich 5 lat, dotyczącej wykonania roboty budowlanej polegającej na budowie jednego budynku w technologii modułowej oraz: a) budynek ten posiadał instalację wentylacji mechanicznej nawiewno-wywiewnej i klimatyzacji, b) powierzchnia użytkowa tego budynku była nie mniejsza niż 1 000 m², c) budynek ten uzyskał decyzję o pozwoleniu na użytkowanie;

b) sposób udostępnienia Wykonawcy i sposób wykorzystania przez Wykonawcę moich zasobów będzie

następujący:

Doradztwo oraz realizacja zamówienia w zakresie udzielonego wymienionego wyżej potencjału na podstawie umowy podwykonawczej

c) okres udostępnienia Wykonawcy moich zasobów będzie następujący:

Przez okres realizacji inwestycji „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie robót budowlanych w technologii modułowej dla budowy żłobka samorządowego przy ul. Działowskiego w Krakowie” - zgodnie z art. 118 ust.2 PZP

a) zrealizuję prace (w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu) w następującym zakresie:

Doradztwo oraz realizacja zamówienia w zakresie udzielonego wymienionego powyżej potencjału (...)

Odwolujący w uzasadnieniu zarzutu dotyczącego nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale XIV pkt 2.1. SWZ przez wykonawcę RE-Bau wskazał na postanowienie SWZ, którego dotyczy zarzut oraz na treść wyżej wymienionych dokumentów podnosząc, że (...) zakres udostępnienia zasobu jest faktycznie wycinkiem treści SWZ, tj. Rozdziału XIV pkt 2.1. SWZ, a to prowadzi do poważnych wątpliwości co do zakresu i sposobu w jaki HausWerk ma zamiar faktycznie uczestniczyć w realizacji tego zamówienia. Brak jest bowiem konkretnych informacji jakie roboty zamierza wykonać ten podmiot i jakie dokładnie zasoby zamierza udostępnić”. Zwrócił także uwagę, że w tym oświadczeniu HausWerk deklaruje zarówno realizację jak i doradztwo generalnemu wykonawcy w zakresie realizacji robót budowlanych, przez co zdaniem Odwołującego jest ono wewnętrznie sprzeczne. Wskazał ponadto na brak informacji i dowodów na powiązania formalno-prawne związane z budową modułowego budynku prefabrykowanego zlokalizowanego przy ulicy Franzosenhausweg 5456, 4030 Linz, Austria pomiędzy firmą

Hytek GmbH a firmą Tamac Systeme GmbH. Także podniósł zastrzeżenia, co niepotwierdzenia wykonania na obiekcie referencyjnym pełnego zakresu prac wymaganych warunkiem, w tym instalacji oraz wskazał na przebudowę, a nie budowę obiektu.

Lzba uznała, że podnoszone w odwołaniu zarzuty w zakresie punktu 2,2 odwołania w zakresie rozpoznawanym zasługują na uwzględnienie. Powołane bowiem przez Odwołującego postanowienia SWZ i treść wskazanych przez wykonawcę dokumentów oraz załączonych dowodów wskazuje, że wykonawca RE-Bau opierając się na doświadczeniu firmy Hauswerk sp. z o.o. z/s w Krzeszowicach nie potwierdził warunku udziału w postępowaniu określonym w rozdziale XIV pkt 2.1. SWZ.

Lzba zgodziła się z argumentacją Odwołującego, że w świetle postanowień SWZ -rozdział XIV pkt 2.1., w tym podanych definicji - warunek udziału w zakresie wymaganego doświadczenia został ukształtowany w sposób zbliżony do przedmiotu zamówienia, a mianowicie – aby referencyjny budynek został wykonany (wybudowany) w całości (od początku) przez danego wykonawcę w zakresie opisanym w punkcie 2.1. Zatem podmiot trzeci na którego zasoby będzie powoływał się oferent musi potwierdzić, że wybudował taki obiekt a nie uczestniczył w jego budowie.

Zdaniem Lzby, z treści Listu referencyjnego nie wynika bezspornie, że firma HausWerk w całości wykonała wszystkie prace budowlane związane z tą inwestycją. List referencyjny zawiera bowiem ogólności, typu : „Przedmiotem prac spółki HausWerk Sp. z o.o. była realizacja (...), „Płynny przebieg projektu, stałe wsparcie zespołu HausWerk oraz profesjonalny wkład doświadczonych praktyków (...), które mogą sugerować raczej współudział tej firmy (jako podwykonawcy) części prac w realizacji referencyjnego budynku.

Zdaniem Lzby, wnoszący odwołanie wykonawca uprawdopodobnił, że zachodzą poważne wątpliwości, co do tego czy firma HausWerk faktycznie legitymuje się wymaganym doświadczeniem, a mianowicie czy w istocie samodzielnie wykonała w całości referencyjny budynek. Za taki dowód należało uznać Sprawozdanie p. Marka Blocha – przedstawiciela Odwołującego ze spotkania z prokurentem spółki Hytek GmbH, które odbyło się w dniu 4.09.2024 r. na terenie nieruchomości, miejsca inwestycji (Franzosenhausweg 54-56, 4030 Linz, Austria) wskazanej w Wykazie robót i referencji. M.in. w tym sprawozdaniu w odpowiedzi na pytanie: „Czy firma HausWerk zrealizowała prace polegające na budowie budynku w Linz, Franzosenhausweg 54-56? Prokurent spółki odpowiedział: „Nie, nie znam tej firmy i nie mieliśmy kontaktu z taką firmą w związku z realizacją naszej inwestycji”. Dalej charakteryzując budynek prokurent podał:

/ „Parter budynku został wybudowany w technologii tradycyjnej (murowany, a stropy

betonowe), natomiast pierwsze piętro zostało wykonane w technologii modułowej drewnianej. Jak już wspominałam tych prac nie wykonał HausWerk.

/ Całkowita powierzchnia to 1200m2, w systemie modułowym drewnianym zostało wykonane zaledwie 600m2, i to nie przez firmę HausWerk. Generalny wykonawca to lokalna firma Genesis.

/ Wszystkie instalacje w budynku wykonaliśmy z pomocą firm lokalnych z Linz. Odpowiadając na kolejne pytanie: „Czy wszystkie roboty budowlane zostały ukończone i budynek został dopuszczony do użytkowania? Jeśli tak — prosimy o informację, kiedy roboty zostały zakończone, a także informację czy obiekt uzyskał ostateczne pozwolenie na użytkowanie? Prokurent spółki podał: „Nie, budynek na dzień dzisiejszy jest w stanie deweloperskim i nie jest użytkowany. Kończymy go sami w naszym własnym tempie”.

Do tego sprawozdania zostały dołączone fotografie obrazujące, że budynek nie został ukończony.

Niewątpliwie te okoliczności, w tym wątpliwości co do charakteru (zakresu) wykonywanych prac (budowa czy przebudowa) i udziału firmy HausWerk w ich wykonywaniu, wymagają wyjaśnienia z udziałem Uczestnika RE-Bau, w tym potwierdzenia, że sprawozdanie - dowód Odwołującego – aczkolwiek nie kwestionowany w toku rozprawy przez Zamawiającego - dotyczy referencyjnego obiektu powołanego w ofercie.

Izba zwraca też uwagę, że inwestorem dla tej inwestycji jest firma Hytek GmbH, co nie zostało podważone przez Zamawiającego, natomiast według Wykazu robót podmiotem, na rzecz którego roboty zostały wykonane jest TAMAC Systeme GmbH Annagasse 6, A-1010 Wien VATIN: AT57964518. Wymaga zatem także wyjaśnienia powiązanie formalno-prawne związane z budową modułowego budynku prefabrykowanego zlokalizowanego przy ulicy Franzosenhausweg 5456, 4030 Linz, Austria pomiędzy firmą Hytek GmbH a firmą Tamac Systeme GmbH oraz Tamac Systeme GmbH a HAUSWERK Sp. z o.o. ul. Czatkowice Dolne 254, 32-065 Krzeszowice". Niewątpliwie stosowne umowy, czy porozumienia lub inne

dokumenty pozwoliłyby na wyjaśnienie tych kwestii.

Reasumując, Izba uznała, że na tym etapie Odwołujący uprawdopodobnił uzasadnione wątpliwości, co do nie wykazania przez Uczestnika RE-Bau co najmniej pełnego zakresu prac wymaganych warunkiem (wymaganej instalacji nawiewno - wywiewnej oraz instalacji klimatyzacji), a wykonywanych na referencyjnym obiekcie.

Izba także zgodziła się z Odwołującym, że treść oświadczenia firmy HausWerk w Zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby (...) budzi wątpliwości, z uwagi na deklarowaną przez firmę HausWerk zarówno realizację jak i doradztwo generalnemu wykonawcy w zakresie realizacji robót budowlanych. Zakładając zatem, że firma HausWerk będzie wykonywała roboty budowlane w danym zakresie – jako podwykonawca - należałoby

wyjaśnić rolę tej firmy w doradzaniu generalnemu wykonawcy, co do sposobu wykonania tych robót, które podmiot udostępniający zasoby miałby samodzielnie wykonywać.

Niewątpliwie uzyskane wyjaśnienia w zakresie powyżej podnoszonym poparte stosownymi dowodami i ich analiza pozwoliłaby na ocenę oferty wykonawcy RE-Bau w zakresie zaskarżonym. Tym samym Izba uznała, że uwzględnienie zarzutu z punktu 2.1. dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Re-Bau sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie z powodu nie wykazania, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XIV pkt 2.1. SWZ - byłoby przedwczesne. Z tego też względu Izba w zakresie tego zarzutu oddaliła odwołanie.

W konkluzji Izba stwierdza, że uwzględnienie zarzutu z pkt 2.2. odwołania w zakresie wskazanym oraz tylko deklarowane na dzień rozprawy unieważnienie przez Zamawiającego postępowania, uzasadniało nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowne badanie z uwzględnieniem stosownego wezwania (wezwań), a następnie ocena oferty tego wykonawcy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania w połowie Zamawiającego i Odwołującego. Przedmiotem rozpoznania przez Izbę były 2 zarzuty, z których jeden (pkt 2.2.) został uwzględniony a drugi (2.1.) oddalony. Z tego względu Izba uwzględniając dyspozycję § 7 ust. 2 pkt 3 oraz ust.4 rozporządzenia obciążyła Odwołującego i Zamawiającego – każdego w połowie - kosztami postępowania odwoławczego w świetle jego wyniku. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 10.000,00 zł oraz wnioskowane tylko przez Odwołującego koszty poniesione przez Odwołującego i wykazane w spisie kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł oraz jego koszty dojazdu i noclegu na posiedzenie oraz rozprawę w kwocie 338 zł. Nie został uwzględniony koszt z tytułu opłaty skarbowej w kwocie 68 zł, albowiem poniesienie takiego kosztu nie zostało wykazane.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.