

Sygn. akt: KIO 4109/24

WYROK

Warszawa, dnia 3 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2024 r. przez Odwołującego **Dekpol Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pinczynie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Piaseczno – Urząd Miasta**

i Gminy w Piasecznie

A. przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,

B. przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – ZAB-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów nr 4) i 5),
2. oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Dekpol Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pinczynie i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 4109/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Piaseczno Urząd Miasta i Gminy w Piasecznie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest na Budowa krytej pływalni wraz z zagospodarowaniem terenu w ramach zadania pn.: "Basen miejski przy ul. Chyliczkowskiej". – znak sprawy 17/2024 (zwane dalej „Postępowaniem”). Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z ustawą dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) dalej zwaną „Pzp” lub „ustawą”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21 lutego 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod Numer publikacji ogłoszenia: 107891-2024, Numer wydania Dz.U. S: 37/2024.

W dniu 4 listopada 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Dekpol Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej „Odwołującym”) od czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 57 pkt 2 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 i art. 116 ust. 1 w zw. z art. 118 ust. 1 i 2 i art. 119 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ZAB-BUD, pomimo że Wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Części II ust. 1 pkt 2 lit. d.1) SWZ, z uwagi na to, że nie wykazał, że będzie realnie dysponował zasobem w postaci wiedzy i doświadczenia udostępnianym przez podmiot trzeci, w sposób umożliwiający wykorzystanie wiedzy i doświadczenia tego podmiotu na etapie wykonywania zamówienia,

ewentualnie –

na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutu – zarzucam Zamawiającemu naruszenie

art. 128 ust. 1 w zw. z art. 119 i 122 Pzp poprzez zaniechanie wezwania ZABBUD

do zastąpienia BPBP innym podmiotem lub podmiotami lub wykazania samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w konsekwencji uznania, że zasoby udostępniane przez BPBP nie pozwalają na wykazanie przez ZAB-BUD spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 116 ust. 1 i art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ZAB-BUD, jako wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania, pomimo że Wykonawca ten

- w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa, ewentualnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w Części II ust. 1 pkt 2 lit. d.1) i d.2) SWZ, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, ewentualnie – na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutu – zarzucam Zamawiającemu naruszenie art. 128 ust. 1 i 4 w zw. z art. 116 ust. 1 i art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wezwania ZAB-BUD do wyjaśnienia i uzupełnienia treści złożonych wykazu robót i wykazu osób;
- 3) art. 128 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 i art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wezwania ZAB-BUD do uzupełnienia wykazu osób, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego dla kierownika robót drogowych w zakresie wymaganego minimalnego okresu doświadczenia (min. 48 miesięcy);
 - 4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 oraz 10 w zw. z art. 125 ust. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ZAB-BUD, jako wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania, pomimo że Wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że podmiot, na którego zasobach polega Wykonawca, tj. Sorted sp. z o.o. nie podlega wykluczeniu, a zatem podał informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co mogło (i miało) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu;
 - 5) art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1 Pzp przez zaniechanie wezwania ZAB-BUD do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w tym jej istotnych części składowych, pomimo że ze złożonej wraz z ofertą ZAB-BUD Tabeli wartości ofertowych/wykazu cen, stanowiącej załącznik nr 1 do Umowy (dalej „Tabela wartości ofertowych”) wynika, że w kilku pozycjach (szczegółowo wskazanych w uzasadnieniu odwołania), Wykonawca ten rażąco zaniżył ceny, co winno było skutkować wezwaniem do ich wyjaśnienia;
 - 6) art. 17 ust. 2 i art. 16 pkt 1 i 2 Pzp przez wybór oferty ZAB-BUD niezgodnie z przepisami Pzp oraz z naruszeniem podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości postępowania oraz zasady legalizmu udzielanych zamówień.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący Dekpol wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
 - a. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - b. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzucenia oferty ZAB-BUD;
- 2) przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania i przedłożonych na rozprawie na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania;
- 3) obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, tj. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 20.000,00 zł wraz z uzasadnionymi kosztami postępowania, w tym wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości określonej w fakturze przedłożonej do akt sprawy na rozprawie oraz opłatą skarbową od pełnomocnictwa.

Odwołujący Dekpol wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, wskazanych w petitum odwołania

i wynikających z jego uzasadnienia, interes Odwołującego doznał uszczerbku, w związku

z czym Odwołujący może ponieść szkodę, wyrażającą się w pozbawieniu Odwołującego możliwości pozyskania zamówienia i otrzymania wynagrodzenia za jego realizację.

W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, Zamawiający będzie zobowiązany do ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ złożył

ofertę najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Powyższe dowodzi posiadania przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia,

co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Odwołujący w uzasadnieniu wskazał, że z SWZ Zamawiający wymagał, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu określone w Części II pkt 1 ppkt 2) lit. a-d.

W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymagał:

„Wykonawcy wykażą, że wykonali (tj. zakończyli) w ciągu ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli

okres działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej 3 roboty w zakresie budownictwa ogólnego, o podobnym charakterze rzeczowym do robót stanowiących przedmiot zamówienia, to jest: 3 realizacje polegające na budowie, przebudowie, rozbudowie budynków użyteczności publicznej o min. pow. całkowitej 4.000m² (w tym minimum jednej krytej pływalni), obejmujące branżę budowlaną, sanitarną elektryczną wraz z zagospodarowaniem terenu i przyłączami, o wartości min. 45.000.000,00 zł brutto każda.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku udziału w postępowaniu wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, zobowiązany był przedłożyć wykaz robót budowlanych, wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty; zgodnie z zał. nr B do SWZ.

W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymagał również:

Wykonawca udokumentuje przygotowanie zawodowe kadry technicznej – uprawnień budowlanych (bez ograniczeń) w specjalnościach związanych z przedmiotem zamówienia

tj. konstrukcyjno-budowlanych, sanitarnych, elektrycznych i teletechnicznych, drogowych

z przynależnością do Izby Inżynierów Budownictwa

Wymagane jest wskazanie i udokumentowanie:

- **Kierownik budowy** – minimum 60 miesięcy doświadczenia zawodowego, w tym doświadczenia na stanowisku kierownika budowy bądź kierownika robót przy realizacji 2 zadań, w zakresie robót konstrukcyjno-budowlanych polegających na budowie budynków użyteczności publicznej o wartości min. 50.000.000,00 zł brutto dla każdego zadania (w tym minimum jednej krytej pływalni).

- **Kierownik robót sanitarnych** – minimum 48 miesięcy doświadczenia zawodowego, w tym na stanowisku kierownika budowy bądź kierownika robót przy realizacji 2 zadań w zakresie instalacji wod./kan., wentylacji mechanicznej, polegające na budowie budynków użyteczności publicznej o wartości robót sanitarnych minimum 12.000.000,00 zł brutto każde, (w tym minimum jednej krytej pływalni).

- **Kierownik robót elektrycznych** – minimum 48 miesięcy doświadczenia zawodowego, w tym na stanowisku kierownika budowy bądź kierownika robót przy realizacji 2 zadań, w zakresie instalacji elektrycznych, polegające na budowie budynków użyteczności publicznej o wartości robót elektrycznych minimum 3.000.000,00 zł brutto każde.

- **Kierownik robót teletechnicznych** – minimum 48 miesięcy doświadczenia zawodowego, w tym na stanowisku kierownika budowy bądź kierownika robót przy realizacji 2 zadań, w zakresie instalacji teletechnicznych, polegające na budowie budynków użyteczności publicznej o wartości robót teletechnicznych minimum 3.000.000,00 zł brutto każde.

- **kierownik robót drogowych** – minimum 48 miesięcy doświadczenia zawodowego, w tym na stanowisku kierownika budowy bądź kierownika robót przy realizacji przynajmniej 2 zadań, w zakresie budownictwa drogowego.

- **architekta krajobrazu lub magistra inżyniera ogrodnictwa** – doświadczenie w kierowaniu pracami w zieleni - min. 2 prace w zieleni na kwotę min. 2.000.000,00 zł brutto każda.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku, wykonawca, którego ofertę Zamawiający ocenił najwyżej, zobowiązany był złożyć wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę

do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości wraz informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami co zostanie wykazane zgodnie ze wzorem stanowiącym zał. nr C do SWZ.

Zasady korzystania z zasobów innych podmiotów Zamawiający opisał w Części IV lit. B pkt 4 SWZ. Zgodnie z ppkt 2 i 3 W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Z ppkt 4 natomiast dodatkowo wynika, że Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa powyżej, potwierdza, że

stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby

gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;

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

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

Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą interaktywnego formularza JEDZ wypełnionego na Platformie e-zamówienia, zgodnie z instrukcją opublikowaną pod linkiem: .

Zamawiający dopuścił także formularz samodzielnie sporządzony i dołączony do oferty przez wykonawcę.

W Części III pkt 7 SWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia złożyli wraz z ofertą Wypełnioną Tabelę wartości ofertowych zgodnie z zał. nr 1 do umowy.

Zgodnie z uwagami/legendą umieszczoną ww. załączniku nr 1:

* - kwota brutto wyrażona w złotychkach tożsama z wartościami dostarczonego przed podpisaniem umowy harmonogramu rzeczowo-terminowo-finansowego oraz kosztorysami szczegółowymi.

** - procentowy stosunek wartości danej pozycji do wartości całej oferty, różnica w wartości komórek w kolumnach "Procent" i "Procent założony" nie może być większa niż 10% wartości przyjętego przez zamawiającego "Procentu założonego".

Przykładowo: procent przyjęty przez Wykonawcę dla poz. "1.1 Konstrukcja" (wartość 26,25%) powinien się zawierać w przedziale od 23,63% do 28,88%. Niniejsze nie dotyczy pozycji 5, której udział w Wartości Oferty Razem musi wynosić 10%. W przypadku większych rozbieżności Oferent jest zobowiązany do szczegółowego, pisemnego ich uzasadnienia, o ile takie żądanie zostanie zgłoszone przez Zamawiającego.

Zamawiający ma prawo nie uznać uzasadnienia Oferenta, co będzie tożsame z odrzuceniem oferty.

*** - założony przez Zamawiającego procentowy stosunek wartości danej pozycji do wartości całej oferty.

**** - należy wypełnić komórki z białym tłem w miejscach oznaczonych kropkami w kolumnach, "Wartość brutto" i "Procent" (wzór jak poniżej). Komórki pozostałych pozycji przedstawiające zakres robót do wykonania (np. 1.1.1 itp.) będące uszczegółwieniem pozycji głównych należy pozostawić niewypełnione, a wartość tych pozycji uwzględnić w wartościach pozycji głównych (komórkach z białym tłem w miejscach oznaczonych kropkami).

W dniu 25.10.2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez ZAB-BUD.

I. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 57 pkt 2 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 i art. 116 ust. 1 w zw. z art. 118 ust. 1 i 2 i art. 119 Pzp oraz zarzut ewentualny naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 119 i 122 Pzp

Zamawiający dokonując oceny i badania oferty ZAB-BUD uznał, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w Części II ust. 1 pkt 2 lit. d.1) SWZ, a tym samym, że z zobowiązania podmiotu trzeciego, tj. Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., ul. Gen. M. Boruty-Spiechowicza 27, 43-300 Bielsko-Biała (dalej „BPBP”), wynika realne udostępnienie wykonawcy zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia. Zasadą jest samodzielne spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, o czym świadczy treść art. 57 pkt 2 Pzp.

Ustawodawca dopuścił, w stosownych sytuacjach i w odniesieniu do konkretnego zamówienia, możliwość wykazania spełnienia warunku udziału w oparciu o zasoby podmiotu trzeciego.

W celu skutecznego skorzystania z dyspozycji art. 118 ust. 1 Pzp, wykonawcy zobowiązani są do złożenia wraz z ofertą zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający że wykonawca realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. 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, a który spełnia podmiot udostępniający. Zakres prac, który musi wykonać podmiot trzeci, aby uznać, że jego udział w realizacji zamówienia jest realny i potwierdza spełnianie warunku udziału, jest ściśle powiązany z udostępnianymi zasobami.

Innymi słowy, podmiot udostępniający tak specyficzny zasób jak doświadczenie, musi wykonać roboty budowlane, do realizacji których jego zdolności są wymagane.

Z wykazu robót budowlanych wynika, że ZAB-BUD wykazuje spełnianie warunku udziału

w postępowaniu w całości posługując się potencjałem podmiotu BPBP. Należy zatem przyjąć, że wykonawca ten nie posiada żadnego doświadczenia, które odpowiadałoby zakresowi robót budowlanych, wskazanego w Części II ust. 1 pkt 2 lit. d.1) SWZ. Wraz z ofertą ZAB-BUD złożył zobowiązanie BPBP, z którego wynika, że podmiot ten *będzie brał udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca w zakresie następujących doradztwa i konsultacji w zakresie realizacji zamówienia*. Dalej, podmiot ten oświadczył, że *będziemy brali udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca oraz udzielając doradztwa i konsultacji; Wykonawca jest uprawniony do korzystania z podmiotu trzeciego jako podwykonawcy, a także doradcy*

i konsultanta. (...) Podmiot udostępniający zasoby zrealizuje roboty budowlane, których zdolności dotyczą, w następującym zakresie: prace ogólnobudowlane, wykończeniowe

i instalacyjne do realizacji których udostępnione doświadczenie jest wymagane oraz udzielając doradztwa i konsultacji.

W Formularzu oferty ZAB-BUD wskazał, że będzie realizował przedmiot zamówienia

z udziałem podwykonawców, w tym BPBP. Oświadczył przy tym, że podmiot ten zrealizuje następujący zakres prac: *część robót ogólnobudowlanych wykończeniowych i instalacyjnych* (rozdz. X Formularza ofertowego), a w JEDZ na str. 10 w Części IV sekcja C pkt 10 podał, że zamierza zlecić (wszystkim) podwykonawcom 50-60% zamówienia.

Z powyższego wynika, że BPBP nie wykona robót budowlanych, do realizacji których jego zdolności są wymagane, ponieważ zgodnie z jego oświadczeniem złożonym

w zobowiązaniu będzie wykonywał prace ogólnobudowlane, wykończeniowe i instalacyjne,

a zgodnie z oświadczeniem ZAB-BUD złożonym w JEDZ wykona te prace tylko w części (50-60%). Co więcej, warunek udziału w postępowaniu opisany przez Zamawiającego w Części II ust. 1 pkt 2 lit. d.1) SWZ dotyczył 3 realizacji polegających na budowie, przebudowie, rozbudowie budynków użyteczności publicznej o min. pow. całkowitej 4.000m² (w tym minimum jednej krytej pływalni), obejmujących branżę budowlaną, sanitarną elektryczną wraz z zagospodarowaniem terenu i przyłączami, o wartości min. 45.000.000,00 zł brutto każda. Przy tak określonym warunku udziału BPBP powinien wykonać również prace związane z zagospodarowaniem terenu i przyłączami.

Sytuacja, w której zakres polegania przez ZAB-BUD na jego zasobach dotyczy tylko

wykonania robót/prac ogólnobudowlanych, wykończeniowych i instalacyjnych (dodatkowo zleczanych jedynie w 50-60% wszystkim podwykonawcom), bez udziału tego podmiotu

w wykonaniu zagospodarowania terenu i przyłączy, z pominięciem również technologii basenowej, oznacza, że obiekt stanowiący przedmiot niniejszego zamówienia nie będzie budowany przez podmiot, który posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie.

W piśmie z dnia 13.09.2024 r. – uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - ZAB-BUD, wskazał wśród ofert od dostawców i podwykonawców m.in. TRANSCOM Sp.

z o.o. Z powszechnie dostępnych informacji wynika, że podmiot ten realizuje prace związane z wykonaniem technologii wody basenowej oraz niecek stalowych. Biorąc zatem pod uwagę tę okoliczność, oraz zobowiązanie BPBP, z którego wynika, że poza zakresem wykonania tego podmiotu jest ta technologia, a także oświadczenie wykonawcy ZAB-BUD, że wykonawca ten powierzy wykonanie zamówienia w 50-60% podwykonawcom, potwierdza, że wykonanie tej technologii basenowej ZAB-BUD zamierza podzlecić nie BPBP (podmiotowi, który udostępnił 100% wymaganego doświadczenia), ale TRANSCOM Sp. z o.o.

Okoliczność, że podmiot trzeci nie będzie wykonywał zamówienia w zakresie,

do którego odnosi się warunek udziału w postępowaniu, potwierdza również złożony wykaz osób, z którego wynika, że kluczowa kadra skierowana do wykonania przedmiotowego zamówienia (poza p. G. Chmielewskim – architektem krajobrazu, udostępnianym przez firmę Sorted Sp. z o.o.) stanowią zasób własny ZAB-BUD. Żadna z tych osób, kluczowych dla wykonania niniejszego zamówienia, nie została udostępniona przez podmiot posiadający doświadczenie, czyli BPBP. Zamawiający po analizie treści zobowiązania i oferty ZAB-BUD powinien poddać w wątpliwość realność udostępnienia potencjału również z uwagi na okoliczność, że BPBP w kilku miejscach podkreśla, że będzie brał udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca w zakresie następujących robót/prac ogólnobudowlanych, wykończeniowych i instalacyjnych oraz udzielając doradztwa i konsultacji w zakresie realizacji zamówienia. Zatem biorąc pod uwagę stanowisko prezentowane powyżej, zauważyć należy, że udostępnienie doświadczenia nie jest skuteczne i nie daje gwarancji jego wykorzystania na etapie realizacji zamówienia. Zobowiązanie obejmuje tylko część robót/prac, przy czym nie do końca wiadomo jaką (nie zostały konkretnie wyszczególnione prace, które zobowiązuje się wykonać BPBP), jednocześnie dopuszcza się udział BPBP w wykonaniu zamówienia w formie doradztwa i konsultacji. Przy oświadczeniu Wykonawcy, że podwykonawca BPBP wykonana tylko część robót ogólnobudowlanych wykończeniowych

i instalacyjnych oraz

z uwzględnieniem, że do takiego udziału zobowiązał się BPBP w zobowiązaniu, Zamawiający nie wie jakie prace zostaną faktycznie wykonane i czy ich zakres jest wystarczający do skutecznego udostępnienia doświadczenia i jego wykorzystania na etapie wykonania zamówienia. W tym miejscu przypomnieć należy, że o zamówienie ubiega się Wykonawca, który nie dysponuje własnym doświadczeniem, a zamierza skierować do wykonania zamówienia własną kadrę, poza p. G. Chmielewskim, który również nie jest zasobem BPBP.

W tych okolicznościach Zamawiający niezasadnie uznał, że ZAB-BUD może dysponować zdolnościami BPBP – z zobowiązania jednoznacznie wynika, że podmiot ten nie wykona całości robót objętych treścią warunku udziału, co także wynika z zakresu podwykonawstwa wskazanego w ofercie ZAB-BUD. Tym samym nie sposób uznać realności w dysponowaniu przez ZAB-BUD zasobem doświadczenia w realizacji robót budowlanych związanych

z budową, przebudową, rozbudową budynków użyteczności publicznej obejmującą branżę budowlaną, sanitarną elektryczną wraz z zagospodarowaniem terenu

i przyłączami, w tym min. jednej krytej pływalni. Z uwagi na pełną zgodność oferty

i zobowiązania podmiotu nie powinno pozostawiać żadnych wątpliwości, iż nie jest to pełny zakres prac objętych warunkiem udziału w postępowaniu i nie gwarantuje wykorzystania udostępnianego zasobu na etapie realizacji zamówienia.

W konsekwencji jakiegokolwiek wezwania do wyjaśnień bądź uzupełnienia/poprawienia

zobowiązania podmiotu trzeciego, w trybie art. 128 ust. 1 lub 4 Pzp, jest niedopuszczalne, jako prowadzące do zmiany treści oferty. Wezwanie ZAB-BUD do uzupełnienia/poprawienia zobowiązania BPBP, spowoduje, że będzie ono sprzeczne z treścią oferty wykonawcy, bowiem będzie wykraczało poza zakres podwykonawstwa wskazany w ofercie.

W tej sytuacji, w świetle art. 123 Pzp, ZAB-BUD nie może powoływać się na zdolności podmiotu trzeciego szerszym zakresie niż ten, na który powołał się i na którym polegał składając ofertę. Uprawnienie wykonawców biorących udział w postępowaniu do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego jest bowiem ograniczone w czasie, tj. przysługuje jedynie do upływu terminu składania ofert (w tym przypadku do dnia 19.07.2024 r.). 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 ofert korzystał z udostępnianych zasobów. *W wyroku z 18.03.2022 r. (KIO 510/22) 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 Pzp, rozszerzony.*

Wykonawca może zamiast skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego polegać na potencjale własnym, jednak nie odwrotnie.

Odwołujący jedynie z ostrożności (gdyby Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie zaistniała postawa odrzucenia oferty ZAB-BUD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp) podnosi zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 119 i 122 Pzp, polegający na tym,

iż Zamawiający powinien negatywnie zweryfikować realność udostępnienia doświadczenia

i możliwość jego wykorzystania na etapie realizacji zamówienia, a tym samym uznać, że ZAB-BUD nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy, a w konsekwencji wezwać ZAB-BUD do zastąpienia BPBP innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

II. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw.

z art. 116 ust. 1 i art. 112 ust. 2 pkt 4 i Pzp oraz zarzut ewentualny naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 i art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp

Doświadczenie wymagane od wykonawcy

Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych w Części II ust. 1 pkt 2 lit. d.1) SWZ, ZAB-BUD złożył wykaz robót budowlanych, w którym wskazał 3 roboty budowlane wykonane przez podmiot udostępniający zasoby, tj. BPBP.

W poz. 3 Wykazu robót ZAB-BUD wskazał zadanie pn. "Rozbudowa i przebudowa krytej pływalni w Oświęcimiu przy ul. Chemików 2". W opisie tego zadania (kolumna 2 wykazu) podał: "Rozbudowa i przebudowa budynku użyteczności publicznej (pływalnia) obejmująca branże budowlaną, sanitarną, elektryczną wraz z zagospodarowaniem terenu i przyłączami, powierzchnia całkowita powyżej 4000 m² (powierzchnia użytkowa - 9690,2 m²)". Wartość robót określił na 51822 526,46 brutto.

Odwołujący, na podstawie informacji publicznej zawartej na stronie <https://bip.malopolska.pl/mosiroswiecim,a,1038079,rozbudowa-i-przebudowa-krytejplywalni-w-oswiecimiu-przy-ul-chemikow-2.htm>, ustalił, że zakres tego zadania obejmował „przebudowę istniejącego obiektu

Krytej Pływalni w Oświęcimiu wraz z jego rozbudową

o dodatkowy obiekt sportowy z niecką basenową 25 m i część rekreacyjną wraz

z zagospodarowaniem terenu, przyłączami, sieciami niezbędnymi do funkcjonowania basenów oraz parkingami, dojazdami i drogami a także wyposażeniem” - tak określono

w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia (w pkt. II.1.4) Krótki opis zamówienia lub zakupu), zamieszczonym pod ww. linkiem.

Z dokumentacji zamieszczonej pod ww. linkiem wynika również, że oba budynki były

wykonywane na podstawie przypisanej dla każdego z nich dokumentacji projektowej oraz dwóch pozwoleń na budowę.

Pierwsze pozwolenie na budowę, wydane w dniu 22.05.2013 r., dotyczyło „zamierzenia budowlanego: rozbudowa i przebudowa budynku pływalni

w Oświęcimiu przy ul. Chemików 2 (...)”, drugie – wydane w dniu 2.03.2015 r., dotyczyło „zamierzenia budowlanego: budowa hali basenowej dla basenu 25 m wraz z przebudową budynku Krytej Pływalni przy ul. Chemików 2 w Oświęcimiu”. W pozwoleniu na budowę z dnia 22.03.2015 r., na s. 4 (w: Charakterystyka inwestycji) wskazano, że inwestycja będzie polegać na budowie hali basenowej dla basenu 25 m wraz z przebudową polegającą na wykonaniu dodatkowych otworów drzwiowych w istniejącym budynku Krytej Pływalni. Podano również parametry techniczne dla budynku hali basenowej dla basenu 25 m oraz dla budynku Krytej pływalni po przebudowie z uwzględnieniem decyzji z dnia 22.05.2013 r.

Tak więc, w ramach zadania referencyjnego, wskazanego w poz. 3 Wykazu robót,

w rzeczywistości wykonano roboty budowlane dotyczące dwóch budynków, przy czym tylko budynek przebudowywany (z basenem o dł. 50 m) spełnia warunek w zakresie wymaganej pow. całkowitej min. 4000 m². Jednocześnie budynek ten nie spełnia warunku w zakresie minimalnej wartości 45 mln zł, co wynika z Harmonogramu rzeczowo-finansowego dla przedmiotowego zadania oraz opracowanej na jego podstawie analizy własnej Odwołującego. Z analizy tej wynika, że nawet przyjmując, że różnica pomiędzy wartością wskazaną

w referencji Gminy Miasto Oświęcim (tj. 51 822 526,46 brutto) a wartością robót

z ww. Harmonogramu (tj. 47 274 806,50 zł brutto) może wynikać z wykonanych robót dodatkowych/zamiennych, to przypisując tę różnicę do wartości budynku przebudowanej krytej pływalni o dł. 50 m (czyli działając „na korzyść ZAB-BUD”), wartość robót dotyczących tego budynku jest niższa niż wymagane 45 mln zł (wynosi zaledwie 43 447 435,77 zł brutto).

Tymczasem ZAB-BUD w wykazie robót – w kolumnie, w której wykonawcy zobowiązani byli podać „opis z wyszczególnieniem zakresu rzeczowego robót odnośnie spełniania warunku DOŚWIADCZENIE ZAWODOWE” – pod informacje w sposób mający na celu wytworzenie u Zamawiającego mylnego wyobrażenia o zakresie rzeczowym i wartości wykonanych robót, jako potwierdzającym spełnianie przedmiotowego warunku. W kolumnie 2 wskazał jako zakres rzeczowy: „Rozbudowa i przebudowa budynku użyteczności publicznej (pływalnia)...”, podał powierzchnię użytkową zsumowaną obu budynków oraz w kolumnie 5 przypisał łączną wartość robót w rzeczywistości wykonanych dla obu budynków dla „budynek użyteczności publicznej (pływalni)”.

W tym miejscu przypomnienia wymaga, że Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu dot. doświadczenia wykonawcy wymagał wykazania się wykonaniem 3 realizacji polegających na budowie, przebudowie, rozbudowie budynków użyteczności publicznej o min. pow. całkowitej 4000 m² (w tym jednej krytej pływalni) obejmujących wskazane branże, o wartości min. 45 mln brutto każda. Odwołujący zwraca uwagę, że warunek dotyczący wymaganego od wykonawcy doświadczenia w jego pierwotnym brzmieniu był kwestionowany odwołaniem przez ZAB-BUD, w którym ZAB-BUD zaprezentował wykładnię tego warunku.

W odpowiedzi na to odwołanie Zamawiający zmienił treść warunku i nadał mu obecne brzmienie, ale nie zgodził się na postulowane przez ZAB-BUD zmniejszenie wartości realizacji inwestycji polegającej na budowie krytej pływalni, argumentując zasadnie, iż propozycja ZAB-BUD obniżenia wartości krytej pływalni do 28 mln zł brutto jest nieproporcjonalna do wartości przedmiotu (stanowi zaledwie 1/4 tej wartości).

Biorąc pod uwagę powyższe, ZAB-BUD intencjonalnie wprowadził Zamawiającego

w błąd przy przedstawieniu informacji w zakresie wartości robót dotyczących realizowanej inwestycji („realizacji”), polegającej na przebudowie krytej pływalni (dł. 50 m), mając pełną świadomość wymagań Zamawiającego w tym zakresie i działając w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wymaganego od wykonawcy.

Doświadczenie wymagane od kadry technicznej wykonawcy

26. Na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w Części II ust. 1 pkt 2 lit. d.2) SWZ ZAB-BUD złożył wykaz osób, z czego jedna ze wskazanych osób

(p. G.C. – architekt krajobrazu) stanowi potencjał udostępniony przez Sorted Sp. z o.o., ul. Wschodnia 27b, 05-500 Chyliczki (dalej „Sorted”). Pozostałe osoby stanowią zasób własny ZAB-BUD.

Doświadczenie Kierownika budowy (dalej „KB”)

ZAB-BUD, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania kierownikiem budowy, posiadającym doświadczenie przy realizacji zadania

w zakresie robót konstrukcyjno-budowlanych polegających na budowie min. jednej krytej pływalni o wartości min. 50 mln zł brutto, wskazał zadanie pn. „Budowa kompleksu krytej pływalni i hali sportowej Centrum Sportowo-Rekreacyjnego „Aqua- Zdrój” przy ul. Ratuszowej w Wałbrzychu o wartości 79 149 600 zł brutto, wykonane w okresie sierpień 2010 – wrzesień 2012 dla Urzędu Miejskiego w Wałbrzychu (zadanie trzecie w opisie doświadczenia p. W. Holanowskiego).

Pomijając już okoliczność, że zarówno w JEDZ ZAB-BUD, jak i w wykazie osób nieprawidłowo wskazano odbiorcę zadania: Urząd Miejski w Wałbrzychu (który na marginesie mówiąc jest jednostką pomocniczą gminy), podczas gdy inwestycję realizowała spółka celowa – Wałbrzyskie Centrum Sportowo-Rekreacyjne „Aqua-Zdrój” Sp. z o.o., to ze sprawozdania tej spółki za 2013 r. wynika, że wartościowo zakres zrealizowanych robót przez Generalnego Wykonawcę (Konsorcjum firm: Maxi-Star, Maxi-Star Konstruktor, Tiwwal, Holma oraz Budopol), podczas których funkcję kierownika budowy pełnił p. W. Holanowski wyniósł ok. 42,8 mln zł brutto (wartość ok. 35,070 mln powiększona o 22% VAT).

W sprawozdaniu tym mowa jest o wykonaniu robót przez poprzedniego GW o wartości ok. 35,070 mln zł netto, albowiem podczas wykonywania przedmiotowej inwestycji umowa została rozwiązana – wypowiedziana przez GW w dniu 11.09.2012 r., a następnie przez Spółkę „Aqua-Zdrój” w dniu 18.09.2012 r. Powyższe wynika z Wystąpienia pokontrolnego NIK, sporządzonego z kontroli działalności Spółki „Aqua-Zdrój” w okresie 2009 r. – 14.08.2014 r. (s. 6):

„Dalsze opóźnienia przy budowie Centrum uniemożliwiły zakończenie realizacji inwestycji w wyznaczonym nowym terminie. W związku z tym Wykonawca w dniu 27 lipca 2012 r. zażądał od Spółki gwarancji udzielenia zapłaty za roboty budowlane w ciągu 45 dni od daty złożenia żądania. Prośba Spółki w sprawie wycofania wezwania lub wydłużenia terminu na jej udzielenie w ciągu 66 dni, nie została przez zainteresowanego uwzględniona. Przeprowadzone przez Spółkę dwa postępowania przetargowe w sprawie wyboru wystawcy przedmiotowej gwarancji zakończyły się niepowodzeniem, ponieważ na przedmiotowe przetargi nie wpłynęła żadna oferta. Nie znaleziono także zainteresowanego do udzielenia przedmiotowej gwarancji w trybie zamówienia z wolnej ręki. Wykonawca nie uwzględnił deklaracji Spółki, iż dysponuje ona środkami finansowymi gwarantującymi zapłatę całości ustalonego umową wynagrodzenia, i w dniu 11 września 2012 r. wypowiedział umowę

nr 7/2010 z dnia 29 czerwca 2010 r. W odpowiedzi na powyższe Spółka wezwała Wykonawcę do wznowienia robót w nieprzekraczalnym terminie do 14 września 2012 r., pod rygorem odstąpienia od umowy z jego winy.

Wykonawca w wyznaczonym przez Spółkę terminie nie wznowił robót budowlanych,

w związku z czym w dniu 18 września 2012 r. Spółka odstąpiła od powyższej umowy uznając, iż Wykonawca nie przystąpił do realizacji przedmiotu umowy bez uzasadnionych przyczyn”.

Skalę robót, które pozostały do wykonania po rozwiązaniu umowy z GW stwierdza ww. Wystąpienie pokontrolne NIK, w którym na s. 7 odnotowano:

“Podjęto decyzję, że Spółka będzie samodzielnie kontynuować budowę Centrum. Przyjmując na siebie obowiązki inwestora, Spółka przeprowadziła czynności zmierzające do wyboru wykonawców robót budowlanych niezbędnych do zakończenia przerwanej inwestycji.

W związku z koniecznością natychmiastowego wykonania robót zabezpieczających obiekt przed okresem zimowym, sześciu wykonawców tych robót wybranych zostało w trybie z wolnej ręki. Pozostali wykonawcy robót budowlanych wybrani zostali w drodze przetargów nieograniczonych. Łącznie Spółka ogłosiła i przeprowadziła 113 przetargów nieograniczonych w sprawie wyboru wykonawców robót budowlanych, z tego 32 przeprowadzono w 2012 r. i 81 w 2013 r.

Ponadto z informacji powszechnie dostępnych wynika, że p. W. Holanowski nie pełnił funkcji KB w całym okresie wykonywania referencyjnego zadania przez GW. Pierwszym kierownikiem budowy była p. Jolanta Ryszkiewicz, o czym świadczy jej wypowiedź w artykule z dnia 12.11.2010 r. publikowanym w: <https://gazetawroclawska.pl/walbrzychruszyla-budowa-aquazdroju/ar/c3-331289>

Co więcej - już w dniu 04.10.2011 r. na żądanie Inwestora nastąpiła zmiana lidera Konsorcjum GW na firmę Budopol S.A. z siedzibą w Bydgoszczy. Po zmianie lidera Konsorcjum GW zmieniono również kierownika budowy - od marca 2012 r., z p. W. Holanowskiego

na p. K.B.. Zatem p. W. Holanowski pełnił funkcję KB jedynie do marca 2012 r. (a nie do września 2012 r. – jak ZAB-BUD wskazał w wykazie).

Po tym okresie funkcję KB przejął p. K.B. i pełnił ją aż do czasu, kiedy

Budopol S.A. zszedł z budowy.

Stan placu budowy na dzień 16.09.2012 r. obrazuje nagranie zamieszczone pod linkiem

, na którym widnieje tablica informacyjna potwierdzająca, że w tym dniu funkcję KB pełnił p. K. Bugaj.

W konsekwencji rzeczywistego okresu, w którym p. W. Holanowski pełnił funkcję KB na referencyjnym zadaniu

Odwołujący podnosi, iż nie spełnia on wymogu posiadania min. 60 miesięcy doświadczenia zawodowego. Uwzględniając okresy wykazanego doświadczenia

w poz. 1 i 2 wykazu osób, a także uwzględniając faktyczny okres doświadczenia wskazanego w poz. 3, należy przyjąć jedynie 57 miesięcy doświadczenia zawodowego. Powyższe również wskazuje na intencjonalne przypisanie w wykazie osób p. Holanowskiemu pełnienia funkcji KB na referencyjnym zadaniu w okresie dłuższym niż w rzeczywistości miało to miejsce, w celu wykazania spełniania również wymogu min. 60 miesięcy doświadczenia zawodowego.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że z powołanego wyżej sprawozdania spółki „Aqua -Zdrój” za 2013 r. wynika, że zadanie dotyczące budowy

kompleksu Aqua-Zdrój obejmowało 3 budynki: hotel (który nie został ujęty przez ZABBUD

w opisie referencyjnego zadania), basen i halę sportową oraz że są one użytkowo traktowane przez Inwestora niezależnie i odrębnie rozliczane finansowo. Powyższe dowodzi, że nawet wartość ok. 42,8 mln zł brutto przerobu przez GW, osiągnięta do rozwiązania umowy, rozkłada się (poza basenem) jeszcze na halę i hotel, które są oddzielnymi budynkami. Co istotne, basen, uwzględniając powierzchnię netto wszystkich obiektów, stanowi jedynie 38% tej powierzchni.

Ponadto ze Sprawozdania z działalności „Aqua-Zdrój” Sp. z o.o. za 2013 r. (s. 14) wynika,

że po rozwiązaniu umowy z GW podczas dalszego wykonywania robót budowlanych

na referencyjnym zadaniu przez wyłonionych wykonawców ujawnione zostały wady w pracach wykonywanych przez GW, a skala nieprawidłowości „przerosła najgorsze przypuszczenia Spółki”. Konieczne było sporządzenie ekspertyz technicznych w celu ustalenia metod usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości, a charakter ujawnionych wad w ocenie Rzeczoznawców wskazywał na celowe i umyślne działanie GW na szkodę Spółki „Aqua-Zdrój”. W związku z odmową usunięcia stwierdzonych wad, Spółka zmuszona była do zlecenia ich usunięcia, ponosząc dodatkowe koszty w znacznej wysokości. Ujawnione zostały m.in. naruszenia, za które odpowiedzialność ponosi kierownik budowy, a dotyczące:

Reasumując powyższe – niezależnie od przyczyny rozwiązania umowy z GW – faktem bezspornym jest, że referencyjne dla doświadczenia p. W. Holanowskiego zadanie nie zostało zakończone we wrześniu 2012 r., a do czasu rozwiązania umowy łączna wartość wykonanych prac przez GW wynosiła ok. 42,8 mln zł brutto. Co istotne – wbrew informacji zawartej

w wykazie osób - p. W. Holanowski nie pełnił przez podany w wykazie okres (tj. sierpień 2010 – wrzesień 2012) funkcji KB. Ponadto zadanie to swoim zakresem obejmowało nie tylko wykonanie robót konstrukcyjno-budowlanych polegających na budowie budynku krytej pływalni, ale też hotelu i sali widowiskowo-sportowej, co również dodatkowo uzasadnia, że ZAB-BUD nie wykazał spełnienia wymogu dotyczącego wartości min. 50 mln zł brutto dla tego zadania. Jak wskazano wyżej – basen, uwzględniając powierzchnię netto wszystkich budynków, stanowi jedynie 38% tej powierzchni. Nie sposób też pominąć negatywnej oceny robót budowlanych, wykonanych przez GW, za którą to odpowiedzialność ponosi również

kierownik budowy, a także okoliczności, że – w związku z rozwiązaniem umowy z GW –

w ramach tego zadania w ogóle nie można mówić o spełnieniu warunku budowy krytej pływalni. Co istotne – najważniejszym momentem weryfikującym prawidłowość wykonania krytej pływalni jest wykonanie i uruchomienie technologii wody basenowej oraz sprawdzenie szczelności niecek basenowych, co nie mogło mieć miejsca w okresie pełnienia funkcji KB przez W. Holanowskiego. W tych okolicznościach należy stwierdzić, że p. W. Holanowski w ogóle nie posiada doświadczenia w należyтым wykonaniu budowy krytej pływalni, a także min. 60 miesięcy doświadczenia zawodowego, a informacje przedstawione w wykazie osób są nieprawdziwe, wprowadzają Zamawiającego w błąd i zostały podane intencjonalnie, w celu pozytywnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Doświadczenie kierowników robót branżowych

Dla kierowników robót branżowych (sanitarnych, elektrycznych, teletechnicznych) ZAB-BUD

wskazał to samo zadanie referencyjne, pn. „Budowa kompleksu krytej pływalni i hali sportowej z garażem podziemnym dla Ośrodka Sportu i Rekreacji Włochy przy ul. Gładkiej 16 w Warszawie” o wartości 40 316 000 zł brutto, realizowane dla Miasta Stołecznego Warszawy Dzielnicy Włochy. W opisie doświadczenia wymaganego dla poszczególnych kierowników wskazał, że w całkowitej wartości ww. zadania:

a. wartość robót sanitarnych wyniosła powyżej 12 mln zł brutto (opis doświadczenia kierownika robót sanitarnych),

b. wartość robót elektrycznych wyniosła powyżej 3 mln zł brutto (opis doświadczenia kierownika robót elektrycznych),

c. wartość robót teletechnicznych wyniosła powyżej 3 mln zł brutto (opis doświadczenia kierownika robót teletechnicznych).

Podane w wykazie osób informacje dot. wartości robót sanitarnych, elektrycznych

i teletechnicznych potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu dla poszczególnych kierowników, ale nie są zgodne z faktyczną wartością tych robót.

Odwołujący – na podstawie informacji uzyskanej od Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 9.08.2024 r. i przekazanego wraz z tym pismem Harmonogramu rzeczowo-finansowego zawierającego wydzielenie wartości poszczególnych branż – ustalił,

że w rzeczywistości:

a. wartość robót sanitarnych wyniosła 9 891 760,00 zł brutto (zamiast wymaganych min.

12 mln zł brutto),

b. wartość robót elektrycznych wyniosła 2 226 500,00 zł brutto (zamiast wymaganych min.

3 mln zł brutto),

c. wartość robót teletechnicznych wyniosła 645 380 zł brutto (zamiast wymaganych min. 3 mln zł brutto).

Zdaniem Odwołującego, okoliczności wskazane w pkt II.17-38 odwołania powinny prowadzić do wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp.

Wykonawca, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału

w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu

o udzielenie zamówienia – o ile zamawiający przewidział w dokumentach zamówienia stosowanie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, co w niniejszym Postępowaniu miało miejsce.

W niniejszym Postępowaniu Zamawiający przewidział również stosowanie przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, a zatem przewidział wykluczenie wykonawcy, który

w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd,

co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Dla zastosowania przesłanki wykluczenia z postępowania, określonej w art. 109 ust. 1

pkt 8 Pzp, konieczne jest ustalenie, że:

a. wykonawca przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, że m.in. spełnia on warunki udziału w postępowaniu lub zataił te informacje dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu;

b. przedstawienie informacji wprowadzających w błąd nastąpiło w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wykonawcy;

c. przedstawienie informacji wprowadzających w błąd mogło mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego (pozytywne dla wykonawcy, wprowadzającego w błąd, np. uznanie,

że wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu i wybór jego oferty).

Z kolei dla zastosowania przesłanki wykluczenia z postępowania, określonej w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, konieczne jest ustalenie, że:

a. wykonawca przedstawił w postępowaniu informacje wprowadzające w błąd zamawiającego;

b. informacje te zostały przedstawione w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa;

c. przedstawienie informacji wprowadzających w błąd mogło mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego.

Przy tym, jak wskazał SO w Warszawie w wyroku z dnia 15.04.2021 r. (XXIII Zs 22/21), za

informacje „wprowadzające w błąd zamawiającego należy uznać wszystkie informacje nieprawdziwe, czyli nie mające odzwierciedlenia w rzeczywistości. Zgodzić należy się

ze stanowiskiem uczestnika postępowania, że zamawiający, oceniając czy informacje podane przez wykonawcę wprowadzają go w błąd, powinien się ograniczyć wyłącznie

do jednoznacznego ustalenia, czy dana informacja jest prawdziwa, czy nieprawdziwa.

Aby uznać informację za wprowadzającą w błąd, nie jest istotne ustalenie, jaka przyczyna spowodowała, że wykonawca taką informację przedstawił”. Podobnie SO w Warszawie

w wyroku z dnia 11.03.2024 r. (XXIII Zs 1/24) wskazał, że „W orzecznictwie tut. Sądu Zamówień Publicznych ukształtował się pogląd, zgodnie z którym punktem wyjścia

do rozważań w kontekście ww. przepisu winny być przesłanki wykluczenia z ww. przepisu, gdzie relewantne dla ich zastosowania jest samo zachowanie wykonawcy. W istocie relewantne są tu dwie przesłanki - wina

(umyślna/nieumyślna) wykonawcy oraz treść informacji (mogąca mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego

w postępowaniu o udzielenie zamówienia)”.
Jak wynika z powyższych okoliczności, ZAB-BUD przedstawił w Postępowaniu nieprawdziwe informacje mające na celu wykazanie, że spełnia warunki w zakresie doświadczenia wymaganego w tym Postępowaniu od wykonawcy oraz że dysponuje kadrą techniczną posiadającą wymagane doświadczenie.

W ocenie Odwołującego, działaniu ZAB-BUD można przypisać winę umyślną lub co najmniej rażące niedbalstwo.

Informacje składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia

w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, są oświadczeniami wiedzy składanymi zawsze w sposób celowy i zamierzony. Ich podanie winno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego, zawodowego charakteru powadzonej przez wykonawców działalności.

Wykonawca ZAB-BUD z pełną świadomością lub co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa przedstawił nieprawdziwe informacje, które:

a. wprost wprowadzają Zamawiającego w błąd (jak np. informacje przedstawione w wykazie osób dotyczące wartości robót sanitarnych, elektrycznych i teletechnicznych),

b. zostały przedstawione w sposób mający wytworzyć mylne wyobrażenie o spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu (jak np. w przypadku zadania wskazanego w poz. 3 wykazu robót, w przypadku podania informacji dotyczących doświadczenia KB

w zadaniu 3 tak, by wykazać posiadanie przez niego 60 miesięcy doświadczenia zawodowego),

c. zatajając istotne informacje (jak np. w przypadku opisanego doświadczenia kierownika budowy w 3. zadaniu, gdzie ZAB-BUD pomija prace wykonywane w ramach budowy hotelu oraz istotną okoliczność, że w okresie wskazanym w wykazie wartość wykonanych robót przez GW była znacząco niższa niż wartość wskazana w wykazie, a także że p. W. Holanowski nie pełnił funkcji KB przez cały okres wskazany w wykazie).

Ewentualnie należy uznać, że ZAB-BUD przedstawił w złożonych wykazach informacje

wprowadzające w błąd w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa. Zauważenia wymaga,

że to w oparciu o oświadczenia własne, złożone przez ZAB-BUD w wykazie robót oraz

w wykazie osób Zamawiający badał spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy. Takie odformalizowanie, polegające na braku obowiązku przedstawiania przez wykonawców dowodów, pochodzących od osób trzecich, na potwierdzenie prawdziwości składanych w wykazach oświadczeń, służy usprawnieniu i przyśpieszeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale oparte jest na zaufaniu do wykonawców. W konsekwencji właściwym wzorcem postępowania wykonawcy jest przedstawianie w składanych przez siebie oświadczeniach informacji rzetelnych, wyczerpujących i zgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy. Nadużycie takiego zaufania i złożenie informacji nieprawdziwych w oświadczeniach własnych wykonawcy takich jak wykaz robót czy osób, uznawane jest za rażące naruszenie takiego wzorca (wyrok KIO z dnia 27.01.2023 r., KIO 84/23).

W sytuacji, gdy dana informacja nie odpowiada rzeczywistości, jej podanie

w oświadczeniu własnym (o ile nie jest wynikiem prostej omyłki), ewidentnie jest wynikiem zamierzonego działania, ewentualnie oparcie się na zapewnieniach innej osoby, nie opartych o odpowiednią dokumentację, może stanowić rażące niedbalstwo w postaci zaniechania zweryfikowania prawdziwości kluczowych informacji. Należy podkreślić, że wypełnienie formularzy (wzorów z SWZ) wykazu robót, wykazu osób każdorazowo wymaga dokładnego przeanalizowania, z zachowaniem najwyższej staranności, zrealizowanych przez wykonawcę lub poszczególne osoby zadań i wyselekcjonowanie konkretnych ich elementów odpowiadających elementom opisu warunków udziału w postępowaniu, czego ZAB-BUD nie uczynił.

Podobnie w odniesieniu do informacji pozyskiwanych od BPBP, ZAB-BUD zobowiązany był

do ich rzetelnej weryfikacji w oparciu o dowody lub nawet (jako punkt wyjścia) w oparciu

o informacje powszechnie dostępne w Internecie. W niniejszym stanie faktycznym ZAB-BUD intencjonalnie lub co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa nie zweryfikował informacji przekazanych mu przez podmiot udostępniający zasoby i przekazał je Zamawiającemu

na własną odpowiedzialność. Przedstawienie nieprawdziwych informacji dotyczących własnej kadry należy zaś zakwalifikować jako działanie intencjonalne w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie jako działanie będące efektem rażącego niedbalstwa.

Z ostrożności – na wypadek niezakwalifikowania okoliczności faktycznych prezentowanych w odwołaniu jako wypełniających przesłanki wykluczenia, określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp – Odwołujący wskazuje, że działaniu ZAB-BUD można przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo, co wypełnia przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że lekkomyślność polega na tym, że wykonawca przedstawia informacje, przewidując możliwość wprowadzenia zamawiającego w błąd, ale bezpodstawnie sądzi, że skutku tego uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności.

Natomiast niedbalstwo zachodzi, jeżeli wykonawca nie ma w ogóle wyobrażenia co do możliwości wprowadzenia

zamawiającego w błąd, choć przy dołożeniu należytej staranności powinien był skutek ten sobie wyobrazić (tak np. H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo Zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2023).

W okolicznościach niniejszej sprawy bezsporne pozostaje, iż ZAB-BUD, przedstawiając nieprawdziwe informacje albo przewidywał skutek wprowadzenia Zamawiającego w błąd, ale

bezpodstawnie przypuszczał, że skutku tego uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności, albo nie zakładał możliwości wprowadzenia Zamawiającego w błąd, choć przy dołożeniu należytej staranności powinien był taki skutek przewidzieć. Powyższe wypełnia przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, a zatem ZAB-BUD podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a oferta złożona przez tego wykonawcę powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp

Zarzut ewentualny naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 i art. 112 ust. 2 pkt 4 i Pzp

Na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia ZAB-BUD na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp, pomimo że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa, ewentualnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji w wykazie robót i wykazie osób, które ewidentnie miały wpływ na pozytywną ocenę spełniania przez ZAB-BUD warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, Odwołujący wskazuje, że okoliczności przedstawione w odwołaniu uzasadniają wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia złożonych wykazu robót i wykazu osób.

Zamawiający powinien wezwać do wyjaśnienia i uzupełnienia Wykazu robót, zmierzających do wyjaśnienia zakresu zadania wskazanego w poz. 3 tego wykazu oraz wskazania wartości robót dla przebudowywanego budynku krytej pływalni.

W odniesieniu do wykazu osób wezwanie kierowane na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 Pzp powinno zmierzać do wyjaśnienia i uzupełnienia podanych w nim informacji, w szczególności w zakresie:

- a. doświadczenia kierownika budowy, tj. ustalenia zakresu robót wykonanych w ramach 3. zadania w okresie podanym w wykazie, rzeczywistej wartości robót wykonanych przez GW w tym okresie oraz faktycznego okresu pełnienia przez p. W. Holanowskiego funkcji kierownika budowy, wykazania min. 60 miesięcy doświadczenia zawodowego, a także czy w tym okresie w ogóle wykonano zadanie polegające na budowie krytej pływalni lub kluczowych dla tego typu budynków elementów, tj. technologii wody basenowej, zweryfikowanych pod kątem szczelności niecek basenowych czy też zjeżdżalni wodnych;
- b. doświadczenia kierowników robót sanitarnych, elektrycznych i teletechnicznych, tj. ustalenia rzeczywistej wartości wykonanych w ramach tego samego zadania poszczególnych robót branżowych, uwzględniając stosunkowo niską wartość całego zadania.

III. Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 i art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp

Zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu, osoba dedykowana do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych powinna legitymować się min. 48 miesięcznym doświadczeniem zawodowym. Ze złożonego przez ZAB-BUD JEDZ oraz wykazu osób wynika, że p. R.L. nie posiada wymaganego doświadczenia. W oświadczeniach tych przedstawiono bowiem 2. zadania - oba wykonywane w okresie „XI 2013 – VI 2014”. Uwzględniając uwagę Zamawiającego zamieszczoną na końcu wzoru wykazu osób (załącznik nr C do SWZ), iż „okres pełnienia funkcji w tym samym czasie na kilku zadaniach będzie liczony jako jeden okres doświadczenia oraz w przypadku braku podania dnia rozpoczęcia i zakończenia funkcji skrajne miesiące nie będą wliczane do okresu doświadczenia”, należy przyjąć, że ZAB-BUD wykazał, że p. R.L. posiada jedynie 6 miesięcy doświadczenia.

Powyższe ewidentnie wskazuje, że ZAB-BUD nie wykazał spełnienia warunku udziału

w postępowaniu dotyczącego dysponowania kierownikiem robót drogowych o wymaganym doświadczeniu, co w świetle art. 128 ust. 1 Pzp uzasadnia wezwanie tego Wykonawcy do uzupełnienia Wykazu, czego Zamawiający zaniechał.

IV. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 oraz 10 w zw. z art. 125 ust. 2 Pzp

Wraz z ofertą ZAB-BUD złożyło JEDZ podmiotu trzeciego, na którego zasobach polega – Sorted. W cz. III.C. na stronie JEDZ, Sorted wskazał:

„Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”

Podał odpowiedź „Nie”

Wskazując w tym punkcie JEDZ odpowiedź *nie*, Sorted wprowadził Zamawiającego w błąd, ponieważ w rzeczywistości znajdował się w sytuacji, w której nie wykonał należycie wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, co skutkowało naliczeniem kar umownych, tj.:

- 1) Umowy obejmującej usługi w zakresie nasadzeń zieleni w mieście Ząbki, w ramach projektu „Zielona przestrzeń – rozwój i modernizacja terenów zieleni w Mieście Ząbki” nr 272.280.2019 z dnia 12 grudnia 2019 r. zawartej z Miastem Ząbki (dalej jako „umowa Ząbki”);
- 2) Umowy obejmującej opracowanie dokumentacji projektowej dla potrzeb przebudowy Centrum Radzymina w zakresie dwóch parków miejskich wraz z przyległymi drogami i niezbędną infrastrukturą techniczną oraz uzyskanie pozwolenia na budowę parków i decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej dla realizacji dróg nr ZP.272.1.153.2020/IN z dnia 23.07.2020 zawartej z Gminą Radzymin (dalej jako „umowa Radzymin”).

Podmiot ten nienależycie wykonał umowę Ząbki. Wykonawca Sorted wbrew obowiązкови umownemu nie dokonał nasadzenia uzupełniającego drzewa lub krzewu w umownym terminie. Zamawiający miasto Ząbki odnotował aż 196 takich przypadków naruszenia umowy. W związku z powyższym naliczono karę umowną w wysokości 39 200 zł.

Ponadto Sorted ze zwłoką wykonał umowę Radzymin, a Zamawiający, naliczył wykonawcy za tę zwłokę kary umowne w wysokości 28 665,55 zł.

Z ogłoszenia o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu dotyczącym wykonania dokumentacji projektowej wynika, że wartość wynagrodzenia Sorted wynosiła 573 311 zł brutto.

Kara umowna została naliczona za zwłokę w ukończeniu przedmiotu umowy. Zgodnie postanowieniem § 12 ust. 1 pkt 1 wykonawca zobowiązany był zapłacić karę umowną za zwłokę w ukończeniu przedmiotu umowy – w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto Wykonawcy, o którym mowa w § 8 ust. 1 za każdy dzień zwłoki. Przy nałożonej karze umownej w wysokości 28 665,55 zł, można ustalić, że Sorted wykonał umowę ze zwłoką 50 dni.

Biorąc pod uwagę fakt, że termin wykonania zamówienia wynosił 18 miesięcy, zwłoka w wykonaniu umowy miała charakter znaczny. Wina wykonawcy nie ulega wątpliwości, ponieważ treść noty obciążeniowej wyraźnie wskazuje na naliczenie kary za zawinione opóźnienie - zwłokę.

Oba te zdarzenia – zarówno nienależyte wykonanie umowy Ząbki, jak i umowy Radzymin stanowią przesłankę wykluczenia wskazaną w Części II pkt 2 ppk 2) lit c) SWZ:

„który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady”, a zatajenie tego faktu przed Zamawiającym, stanowi przesłankę wykluczenia wskazaną w Części II pkt 2 ppk 3) lit a) SWZ: „który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału

w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje

lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych lub

co najmniej lit c): który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

Zgodnie z informacją zawartą w Części IV lit. B pkt 4 ppkt 4 Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Zatem przesłanki wykluczenia wskazane wyżej mają zastosowanie również do podmiotów udostępniających zasoby.

W odniesieniu do umowy Ząbki znaczna liczba niewykonanych w terminie nasadzeń (196) potwierdza, że wykonawca Sorted nie wykonał umowy w znacznym zakresie. Natomiast w odniesieniu do umowy Radzymin należy zauważyć, że liczba dni zwłoki również wskazuje, że przekroczenie terminu miało charakter znaczny. Jednocześnie stwierdzona zwłoka przesądza o tym, że mamy do czynienia z zawinionym nienależytym wykonaniem umowy. Sama wysokość kary, w proporcji do wynagrodzenia umownego, również jest znaczna.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, kara umowna zastrzeżona na wypadek zwłoki pełni funkcje odszkodowawczą: „Najistotniejszą funkcję, jaką pełni kara umowna, jest jednak funkcja kompensacyjna. Kara umowna jest surogatem odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego (wyr. SA w Białymstoku z dnia 28 lipca 2005 roku, I ACa 368/05, OSAB 2005, nr 3, poz. 3). Ma na celu naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (wyr. SN z dnia 17 czerwca 2003 roku, III KKN 122/01).”

W przedmiotowym przypadku spełniona została zatem przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, wystąpiły bowiem wszystkie okoliczności warunkujące zastosowanie tego przepisu –

nienależyte wykonanie umowy w znacznym stopniu lub zakresie, wina wykonawcy w nieterminowej realizacji oraz odszkodowanie, które w tym przypadku przyjęło postać kary umownej o charakterze odszkodowawczym.

Zatajenie tak istotnego faktu przed Zamawiającym powoduje, że doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu. Z tego powodu JEDZ Sorted nie podlega uzupełnieniu, ani też nie jest możliwe zastąpienie podmiotu trzeciego Sorted innym podmiotem. Niedopuszczalne jest bowiem zastąpienie nieprawdziwej informacji w postępowaniu informacją prawdziwą. Żaden przepis ustawy Pzp nie służy do zastępowania informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi, co potwierdza ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

W jednym z wyroków wskazano: „Odwołujący nie mógł zatem z powołaniem się na art. 122 Pzp zastąpić jednego podmiotu trzeciego innym - sytuacja taka byłaby dopuszczalna, gdyby to Odwołujący samodzielnie zorientował się, że przekazał Zamawiającemu nieprawdziwe informacje, co do doświadczenia spółki Infrases, zanim sam Zamawiający odkrył ten fakt. Niedopuszczalne jest bowiem zastąpienie informacji nieprawdziwych, wprowadzających w błąd informacjami prawdziwymi sytuacji, gdy wykonawca zostanie "przyłapany" przez zamawiającego.” (wyrok KIO z dnia 2.08.2022 r., KIO 1854/22).

Bezcelowe byłoby także prowadzenie jakichkolwiek wyjaśnień w tym zakresie. Zgodnie ze stanowiskiem KIO: „Przyjęcie innego stanowiska prowadziłoby do sytuacji niedającej się pogodzić z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór rzetelnego wykonawcy, w której wykonawca mógłby bezkarnie przedstawiać informacje wprowadzające w błąd na temat swojej przeszłości kontraktowej (zatajając określone fakty), licząc na to, że nawet jeśli zamawiający posiada o nich wiedzę, to i tak będzie zobligowany do zwrócenia się do wykonawcy z wnioskami o wyjaśnienia w zakresie przyczyn tych problemów. Taka sytuacja byłaby nieakceptowalna z perspektywy całego systemu zamówień publicznych, oznaczałaby ona wręcz przyzwolenie na podawanie przez wykonawców nieprawdziwych informacji.” (wyrok KIO z 14.03.20242 r., KIO 449/22).

W konsekwencji, wobec zaistnienia przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 oraz 10 Pzp wobec Sorted - podmiotu trzeciego, na którego zasobach polega wykonawca ZAB-BUD oraz przedstawienia przez ZAB-BUD wraz z ofertą dokumentu JEDZ tego podmiotu, zawierającego informacji wprowadzającą w błąd, zaistniała przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 Pzp w stosunku do samego ZAB-BUD.

Powyższe stanowiło przejaw rażącego niedbalstwa ZAB-BUD (a co najmniej lekkomyślności), które decydując się na skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu winno dokładnie zweryfikować, czy podmiot ten nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie: „Wezwanie wykonawcy do zastąpienia podmiotu pierwotnie wskazanego nie może wchodzić w kolizję z obowiązkiem zamawiającego do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Dlatego też przepis art. 122 ustawy Pzp z uwagi na obowiązek Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, nie może mieć zastosowania. Zadaniem wykonawcy, który korzysta z zasobów podmiotu trzeciego, jest kontrola tego co podmiot trzeci wpisuje do JEDZ. Wynika to z należytej staranności oczekiwanej od wykonawców biorących udział w przetargach publicznych. Nie ma żadnych przeszkód do tego, aby podmiot udostępniający zasoby zweryfikować, tym bardziej, że wykonawcę będą z nim wiązały stosunki gospodarcze. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 4 maja 2017 roku, KIO 734/17; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 czerwca 2017 roku, KIO 1004/17; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 października 2017 roku, KIO 2003/17), a następstwem złożenia przez wykonawcę, nieprawdziwych informacji jest konieczność wykluczenia go z udziału w postępowaniu w oparciu o obligatoryjny przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 czerwca 2021 roku (KIO 1106/21, KIO 1142/21) obowiązek zamawiającego, polegający na wykluczeniu wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp z 2004 r. (obecnie art. 109 ust. 1 pkt 9 i 10 ustawy Pzp) nie doznaje ograniczeń w aspekcie czasowym - zamawiający niezależnie od tego, na jakim etapie jest prowadzone przez niego postępowanie, ma obowiązek reagować wykluczeniem wykonawcy w przypadku ustalenia, że wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd, czy wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji. Oznacza to, że zastosowanie powyższego przepisu może nastąpić także na etapie badania informacji podanych przez wykonawcę w dokumencie JEDZ, zobowiązaniu podmiotu trzeciego, czy innych informacji prezentowanych przez wykonawcę w toku postępowania przed zamawiającym. Prawo wykonawcy do zastąpienia pierwotnie deklarowanego podmiotu trzeciego, na zasobach którego wykonawca polega, nie może wchodzić w kolizję

z obowiązkiem/uprawnieniem zamawiającego wykluczenia wykonawcy na podstawie omawianego przepisu". (Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 11.07.2024 r., XXIII Zs 54/24).

Tym samym zasadne jest wykluczenie ZAB-BUD z postępowania z powodu przedstawienia w postępowaniu informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd tj. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp lub co najmniej na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

V. Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 i 2 Pzp

Zgodnie z wymaganiem określonym w Części III pkt 7 SWZ wykonawca ZAB-BUD przedłożył wraz z ofertą wypełnioną Tabelę wartości ofertowych. Prace wskazane w wierszu 4.1. (Instalacje sanitarne wewnętrzne), 4.3. (Instalacje zewnętrzne) i poz. 4.4. (Przebudowa kolektora) zostały znacznie zaniżone przez ZAB-BUD w porównaniu do średniej arytmetycznej pozostałych wykonawców, odpowiednio o 33,5 %, 61,3% i 62,1%.

Z treści art. 224 ust. 1 Pzp wynika, że zamawiający zobowiązany jest żądać od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny, jeżeli owe części wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie

z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Należy uznać, że wartości wpisane w kolumnie „Wartość brutto” w złożonej przez Wykonawcę Tabeli wartości ofertowych w wierszach, w których w kolumnie „Nazwa i opis elementu” wpisano „Instalacje sanitarne wewnętrzne”, „Instalacje zewnętrzne” oraz „Przebudowa kolektora” stanowią istotne części składowe ceny. Zgodnie z treścią ust. 1 Części X SWZ całkowita cena brutto miała wynikać ze zbiorczego zestawienia cen. Nawet gdyby uznać, że cena oferty nie musiała stanowić „zsumowania” wartości wpisanych w Tabeli wartości ofertowych w kolumnie „Wartość brutto”, to wobec treści tego załącznika niewątpliwie

jest, że w cenie oferty miały być uwzględnione wartości wpisane w tej tabeli w kolumnie „Wartość brutto” między innymi w wierszach, w których w kolumnie „Nazwa i opis elementu” wpisano „Instalacje sanitarne wewnętrzne”, „Instalacje zewnętrzne” oraz „Przebudowa kolektora”. Wobec powyższego należy uznać, że na podstawie tych wartości miała zostać obliczona cena oferty, zatem są to istotne wartości cenotwórcze, składające się na cenę oferty. Wartości te stanowią więc części składowe ceny w rozumieniu art. 224 ust. 1 Pzp.

Bez znaczenia przy tym pozostaje, że cena oferty stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe. Treść art. 224 ust. 1 Pzp nie uzasadnia uznania, że istnienie obowiązku dokonania czynności określonej w tym przepisie uzależnione jest od tego, czy cena oferty stanowi wynagrodzenie ryczałtowe czy kosztorysowe, bądź że w przypadku, gdy cena oferty stanowi wynagrodzenie ryczałtowe, nie może być mowy o jej istotnych częściach składowych. Przepisy Pzp nie określają, jakie części składowe ceny należy uznać za istotne ani według jakich kryteriów należy dokonywać oceny istotności części składowej ceny. Nie można jednak również przyjąć, że przez użyte w tym przepisie sformułowanie „istotna część składowa zaoferowanej ceny” należy uznawać wyłącznie taką część składową ceny, która stanowi istotny ułamek ceny oferty. Określanie, czy dana część składowa ceny jest istotna wyłącznie na podstawie określania stosunku jej wysokości (w jednostkach pieniężnych) do ceny oferty (wyrażonej

w jednostkach pieniężnych) prowadziłoby do tego, że im rzeczona część składowa ceny byłaby niższa, tym mniejszy ułamek ceny oferty ta część by stanowiła (tak np. wyr.

KIO z 19.08.2024 r., KIO 2562/24). W sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w różnych branżach, za istotną część składową ceny należy uznać część składową ceny dotyczącą wykonania robót w branżach mających istotne znaczenie dla wykonania całego przedmiotu zamówienia - czyli korzystania przez Zamawiającego z efektu tych robót budowlanych. Nie budzi wątpliwości, że w przypadku umowy, która ma być zawarta po przeprowadzeniu nin. postępowania, zarówno wartość wykonania robót budowlanych

w branży instalacyjnej, jak i w zakresie przebudowy kolektora, jest istotna z uwagi

na zapewnienie prawidłowego funkcjonowania realizowanego obiektu.

Żądanie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny aktualizuje się w przypadku, gdy cena oferty lub istotne ceny jednostkowe wydają się rażąco niskie, a tym samym budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami lub wynikającymi z odrębnych przepisów a analiza poszczególnych cen ma na celu ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości z powodu niedoszacowania ceny oferty przez wykonawcę.

Odwolujący podnosi, że wadliwe wycenienie istotnej części zamówienia (poz. 4.1, 4.3 i 4.4.) może mieć negatywny skutek dla wykonania umowy biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego stawiane przedmiotowi zamówienia, w tym zakres, stopień skomplikowania, wymagania techniczne etc. Rażąco zaniżenie tych pozycji, pozwoliło wykonawcy ZAB-BUD na znaczne zawyżenie innych pozycji, w tym poz. 1.3 (PZT wraz z drogami) i 2.1 (Wnętrza), odpowiednio o 89,9 i 74,8% w stosunku do średniej cen pozostałych ofert. Prace te będą wykonywane na końcu realizacji umowy, a zatem można pokusić się o stwierdzenie, że celowo zostały one zawyżone, z uwagi na możliwość „zwaloryzowania”

wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie tej części zamówienia.

W § 16 wzoru umowy Zamawiający przewidział waloryzację wynagrodzenia po upływie 6 miesięcy od zawarcia umowy.

Zauważyć również należy, że cena bądź jej istotna część składowa powinna wydawać

się zamawiającemu rażąco niska czy budzić jego wątpliwości określone w art. 224 ust. 1 Pzp,

w każdym przypadku, gdy zaoferowana cena bądź jej istotna część składowa jest nierealistyczna, niewiarygodna lub istotnie odbiega od cen czy części składowych podanych w ofertach złożonych przez innych wykonawców w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. A w tym przypadku ceny części składowych, na które wskazuje Odwołujący, znacznie (istotnie) odbiegają od cen tych składowych podanych w ofertach pozostałych wykonawców, które to obrazują możliwości rynkowe związane z wykonaniem przedmiotowego zamówienia. Co więcej, gdyby ZAB-BUD wycenił te pozycje, zgodnie

z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w Tabeli wartości ofertowych, wówczas oferta tego wykonawcy nie byłaby ofertą najkorzystniejszą cenową, a uplasowałaby się na 2. pozycji

w rankingu ofert. Różnica pomiędzy sumą wartości poz. 4.1. 4.3, 4.4 w ofercie ZAB-BUD

a sumą wartości średnich cen z pozostałych ofert z tych pozycji wynosi 9,496 mln, co stanowi o łącznym zaniżeniu tych pozycji przez ZAB-BUD o 41,1 %.

Mając na uwadze, że wartość robót w zakresie instalacji zewnętrznych, instalacji wewnętrznych i przebudowy kolektora odbiega od średniej ceny pozostałych ofert, okoliczność ta powinna skutkować powstaniem u Zamawiającego wątpliwości określonych w art. 224 ust. 1 Pzp, które powinny podlegać wyjaśnieniu.

VI. Zarzut naruszenia art. 17 ust. 2 i art. 16 pkt 1 i 2

Całokształt powołanych wyżej w uzasadnieniu okoliczności wskazuje jednoznacznie,

że Zamawiający naruszył reguły równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz przejrzystości postępowania. W stosunku do ZAB-BUD Zamawiający nie dokonał prawidłowej oceny sytuacji podmiotowej tego Wykonawcy, zgodnie z zasadami wyrażonymi

w SWZ. Pominięcie przez Zamawiającego tych istotnych okoliczności, na które wskazuje

w odwołaniu Odwołujący, prowadzi do zachwiania równowagi konkurencyjnej w Postępowaniu a także naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, w efekcie bowiem zamówienie otrzymuje wykonawca, którego oferta powinna zostać odrzucona. Takie działanie wprost narusza również dyspozycję art. 17 ust. 2 Pzp, zgodnie z którą zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W powyższym stanie faktycznym wniesienie niniejszego odwołania jest konieczne i w pełni uzasadnione

Do postępowania odwoławczego w dniu 8 listopada 2024 roku po stronie Odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie oraz

w dniu 7 listopada 2024 roku po stronie Zamawiającego wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o.

z siedzibą w Warszawie.

Przystępujący ZAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 25 listopada 2024 roku złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo procesowe, przedstawiając własne stanowisko w sprawie, odnoszące się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 27 listopada 2024 roku Zamawiający przedstawił odpowiedź

na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320 ze zm.) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2024 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 25 października 2024 roku.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienia do postępowania odwoławczego

po stronie Odwołującego oraz Zamawiającego i dopuściła wykonawcę Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie (po stronie Odwołującego) oraz ZAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (po stronie Zamawiającego) (dalej ZAB-BUD) do udziału w postępowaniu w charakterze Uczestników postępowania odwoławczego.

Przywołując regulacje prawne stanowiące podstawę zarzutów wniesionego odwołania należy wskazać, iż zgodnie z:

➤ art. 16 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

➤ art. 17 ust. 1 Pzp Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

- 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
- 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

➤ art. 17 ust. 2 Pzp Zamawiający udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy,

➤ art. 57 pkt 2 Pzp O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego,

➤ art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

- 8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;
- 10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

➤ art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

➤ art. 116 ust. 1 Pzp W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

➤ art. 118 ust. 1 i 2 Pzp

1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych

lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

➤ art. 119 Pzp Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału

w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

➤ art. 122 Pzp 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.

➤ art. 128 ust. 1 Pzp 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.

➤ art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę:

- a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
- b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła i zważyła:

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Odwołujący podczas posiedzenia z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego cofnął zarzuty podniesione w pkt 4) oraz 5) petitum odwołania, podtrzymując zarzuty pozostałe, tj. zarzuty podniesione w pkt 1), 2), 3) oraz 6).

W tych okolicznościach, w zakresie zarzutów cofniętych przez Odwołującego Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze. W zakresie pozostałych zarzutów Izba skierowała odwołanie do rozpoznania. Bowiernie zgodnie z treścią art. 520 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego odpowiadając na pytanie, czy Zamawiający poprzez ich wykonanie lub zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie podnoszonym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu (1) naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 57 pkt 2 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 i art. 116 ust. 1 w zw. z art. 118 ust. 1 i 2 i art. 119 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ZAB-BUD, pomimo że Wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Części II ust. 1 pkt 2 lit. d.1) SWZ, z uwagi na to, że nie wykazał, że będzie realnie dysponował zasobem w postaci wiedzy i doświadczenia udostępnianym przez podmiot trzeci, w sposób umożliwiający wykorzystanie wiedzy i doświadczenia tego podmiotu na etapie wykonywania zamówienia, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuje jednak, że w pełni podziela stanowisko Odwołującego wyrażone w odwołaniu, zgodnie z którym: *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, a który spełnia podmiot udostępniający. Zakres prac, który musi wykonać podmiot trzeci, aby uznać, że jego udział w realizacji zamówienia jest realny i potwierdza spełnianie warunku udziału, jest ściśle powiązany z udostępnianymi zasobami. Innymi słowy, podmiot udostępniający tak specyficzny zasób jak doświadczenie, musi wykonać roboty budowlane, do realizacji których jego zdolności są wymagane.*

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego ZAB-BUD pomimo tego, że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w Części II ust. 1 pkt 2 lit. d.1) SWZ. Przystępujący bowiem wykazując spełnienie ww. warunku, w całości polega na zasobach udostępnionych przez podmiot Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą w Bielsku Białej (dalej BPBP), który to podmiot nie wykona robót budowlanych, do realizacji których jego zdolności są wymagane, ponieważ zgodnie z jego oświadczeniem złożonym w ofercie oraz w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów, będzie wykonywał prace ogólnobudowlane, wykończeniowe i instalacyjne, a zgodnie z oświadczeniem ZAB-BUD złożonym w JEDZ wykona te prace tylko w części (50-60%). Prowadzi to więc do wniosku, że wykonawca udostępniający zasoby nie wykona prac związanych z zagospodarowaniem terenu i przyłączami, będącymi elementami treści przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie bowiem z treścią ww. warunku „Wykonawcy wykażą, że wykonali (tj. zakończyli) w ciągu ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej 3 roboty w zakresie budownictwa ogólnego, o podobnym charakterze rzeczowym do robót stanowiących przedmiot zamówienia, to jest: 3 realizacje polegające na budowie, przebudowie, rozbudowie budynków użyteczności

publicznej o min. pow. całkowitej 4.000m² (w tym minimum jednej krytej pływalni), obejmujące branżę budowlaną, sanitarną elektryczną wraz z zagospodarowaniem terenu i przyłączami, o wartości min. 45.000.000,00 zł brutto każda.

W analizowanym stanie faktycznym przedmiotem sporu jest wyłącznie okoliczność, czy Przystępujący ZAB-BUD wykazał, że będzie realnie dysponował zasobem w postaci wiedzy i doświadczenia udostępnionym przez podmiot trzeci BPBP, w sposób umożliwiający wykorzystanie wiedzy i doświadczenia tego podmiotu, na etapie wykonania zamówienia.

Bowiem z treści oferty oraz z zobowiązania do udostępnienia zasobów nie wynika, że BPBP wykona zagospodarowanie terenu oraz przyłącza.

Przedmiot sporu nie odnosi się natomiast do oceny, czy podmiot udostępniający zasoby BPBP w postaci wiedzy i doświadczenia wykazał się wymaganą w tym zakresie wiedzą i doświadczeniem.

W ocenie Izby, w przedmiotowym stanie nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego co do okoliczności, których istnienie stanowi podstawę faktyczną zarzutu.

Analiza treści zobowiązania do oddania do dyspozycji zasobów na potrzeby realizacji zamówienia złożonego przez BPBP, tj. podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie zdolności technicznej potwierdza, że wykonawca BPBP w sposób wyraźny i jednoznaczny oświadczył, że stosownie do art. 118 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), oddaje Wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o., ul. Nowosielecka 14a/2, 00-466 Warszawa (...) do dyspozycji niezbędne zasoby, tj.

- zdolności techniczne: doświadczenie przy 3 realizacjach polegających na budowie, przebudowie, rozbudowie budynków użyteczności publicznej o min. pow. całkowitej 4.000m² (w tym minimum jednej krytej pływalni), obejmujące branżę budowlaną, sanitarną elektryczną wraz z zagospodarowaniem terenu i przyłączami, o wartości min. 45.000.000,00zł brutto każda.

W ocenie Izby, z treści powyższego zobowiązania wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że podmiot BPBP udostępnia wymagane zasoby w postaci:

- doświadczenia w zakresie wymaganych robót budowlanych,
- w zakresie wymaganych branż budowlanych, sanitarnych i elektrycznych,
- w zakresie zagospodarowania terenu,
- w zakresie przyłączy.

Prowadzi to do wniosku, że zakres udostępnionych zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia w całości pokrywa się z zakresem objętym warunkiem zamówienia.

Podkreślenia wymaga również, że Zamawiający nie precyzował jakie prace i o jakim zakresie należy rozumieć pod pojęciem zagospodarowania terenu oraz przyłączy. Zasadnie więc uznał, że podmiot BPBP wypełnił wymagania postawione w warunku udziału

w postępowaniu, pomimo tego, że nie wykazał jaki zakres prac wykonał w ramach zagospodarowania terenu.

W tych okolicznościach, z uwagi na brak dookreślenia jakie prace należą do zagospodarowania terenu, Izba za właściwe uznała odniesienie zakresu zagospodarowania terenu do treści przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie zatem z treścią SWZ (Część I pkt B) *W ramach przedmiotowej inwestycji przewiduje się budowę krytej pływalni wraz z zagospodarowaniem terenu w zakresie: Przebudowy kolektora DN2000, budowy układu komunikacji pieszej, dróg wewnętrznych i parkingów wraz z instalacjami zewnętrznymi kanalizacji deszczowej, kanalizacji sanitarnej, wodociągowej, wodociągowej przeciwpożarowej, wody zielonej, drenażu, przyłącza kanalizacji deszczowej, przyłącza wodociągowego na cele bytowe, przyłącza elektroenergetycznego, przyłącza teletechnicznego, zbiornik ppoż i zbiornik wody zielonej oraz dwiema zjeżdżalniami zewnętrznymi i trejazem drewnianym. Obiekty zaliczane są do kategorii XV i XXIV, XXVI i XXX.*

Analiza ww. zakresu stanowiącego zagospodarowanie terenu, w ocenie Izby prowadzi do wniosku, że zasadnicza ich większość stanowi roboty lub prace ogólnobudowlane.

W konsekwencji, w ocenie Izby nie sposób uznać, że zobowiązanie się podmiotu BPBP do wykonania jako podwykonawca ogólnie rozumianych robót/prac ogólnobudowlanych, przy oświadczeniu o oddaniu do dyspozycji niezbędnych zasobów w postaci m.in. doświadczenia obejmującego zagospodarowanie terenu i przyłączy może stanowić podstawę do uznania,

że podmiot BPBP nie wykona zagospodarowania terenu oraz przyłączy, bowiem

z zobowiązania do udostępnienia zasobów nie wynika wyraźnie wykonanie takich prac. Zdaniem Izby, skoro Zamawiający nie określił jaki zakres prac należy rozumieć jako zagospodarowanie terenu, a wskazał w przedmiotowym zamówieniu na prace i roboty ogólnobudowlane jako zagospodarowanie terenu, to nie miał podstaw aby uznać,

że wskazanie przez BPBP że wykona jako podwykonawca prace/roboty ogólnobudowlane nie obejmuje również i takich prac, które należą do zagospodarowania terenu i przyłączy, bez konieczności wyraźnego ich wyartykułowania w treści odnoszącej się do zakresu udostępnionych zasobów.

W ocenie Izby oświadczenie BPBP (zawarte w treści zobowiązania do udostępnienia zasobów) o wykonaniu jako podwykonawca prac/robót ogólnobudowlanych w danym zamówieniu odnosi się do wykonania wszystkich prac mieszczących się w katalogu prac/robót ogólnobudowlanych, bez konieczności wyraźnego ich wyliczania, a więc i do tych obejmujących zagospodarowanie terenu i wykonanie przyłączy.

Dodatkowo, Izba wskazuje, że gdyby przedmiotowy zakres prac budził wątpliwości Zamawiającego, to wbrew twierdzeniu Odwołującego, Zamawiający mógłby skorzystać z procedury wskazanej w art. 128 ust. 1 lub ust. 4 Pzp w celu poprawienia, uzupełnienia lub wyjaśnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów, bowiem nie wiązałoby się to ze zmianą treści oferty. Treść oferty co do wykonania przez podwykonawcę prac lub robót ogólnobudowlanych nie uległaby zmianie.

W tych okolicznościach, nie sposób uznać, że jeżeli podmiot udostępniający zasoby wyraźnie nie wyartykułował w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów, że jako podwykonawca wykona roboty/prace ogólnobudowlane, w zakresie których wchodzi zagospodarowanie terenu i wykonanie przyłączy, to nie zobowiązał się do wykonania takiego zakresu prac, pomimo oświadczeniu o oddaniu do dyspozycji doświadczenia w zakresie zagospodarowania terenu i przyłączy. W ocenie Izby wystarczającym jest zobowiązanie

się do wykonania w przedmiotowym postępowaniu robót/prac ogólnobudowlanych bez konieczności ich szczegółowego wyliczania. Oświadczenie o tak ogólnym zakresie prac, nie pozwala na wybiórczą jego interpretację i dowolne uznanie przez Odwołującego, które prace

i roboty ogólnobudowlane należy uznać za mieszczące się z ramach oświadczenia, a które nie. Zwłaszcza, że podmiot BPBP oświadczył, że oddaje do dyspozycji niezbędne zasoby (...) obejmujące branżę budowlaną, sanitarną elektryczną wraz z zagospodarowaniem terenu i przyłączami, o wartości min. 45.000.000,00zł brutto każda.

Brak jest zatem uzasadnionych podstaw do twierdzenia, że podmiot udostępniający zasoby nie wykona robót budowlanych, do realizacji których te zasoby są wymagane.

Izba nie odniosła się do kwestii udostępnienia doświadczenia w postaci doradztwa i konsultacji w zakresie realizacji zamówienia, procentowego udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia a także kwestii technologii basenowej, jako nieistotnych dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu.

Wobec powyższego zarzut należało oddalić.

Izba oddaliła również zarzut ewentualny, polegający na naruszeniu art. 128 ust. 1 w zw. z art. 119 i 122 Pzp poprzez zaniechanie wezwania ZAB-BUD do zastąpienia BPBP innym podmiotem lub podmiotami lub wykazania samodzielnego spełniania warunku udziału w postępowaniu, w konsekwencji uznania, że zasoby udostępniane przez BPBP nie pozwalają na wykazanie przez ZAB-BUD spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Jak wynika z analizy przedstawionej przy rozpoznaniu zarzutu (1), w ocenie Izby brak jest podstaw aby twierdzić, że Przystępujący ZAB-BUD powołując się na zasoby podmiotu BPBP nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy, uzasadniającego zastosowanie procedury określonej w art. 122 ustawy Pzp.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut (2) naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 116 ust. 1 i art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ZAB-BUD, jako wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania, pomimo że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa, ewentualnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w Części II ust. 1 pkt 2 lit. d.1) i d.2) SWZ co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Doświadczenie wykonawcy

Zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu o których mowa w Części II ust. 1 pkt 2 lit. d.1) SWZ:

Wykonawcy wykażą, że wykonali (tj. zakończyli) w ciągu ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej 3 roboty w zakresie budownictwa ogólnego, o podobnym charakterze rzeczowym do robót stanowiących przedmiot zamówienia, to jest: 3 realizacje polegające na budowie, przebudowie, rozbudowie budynków użyteczności publicznej o min. pow. całkowitej 4.000m² (w tym minimum jednej krytej pływalni), obejmujące branżę budowlaną, sanitarną elektryczną wraz z zagospodarowaniem terenu i przyłączami, o wartości min. 45.000.000,00zł brutto każda, potwierdzonych, referencją, poświadczeniem inwestora lub protokołami odbioru końcowego, wraz z poświadczeniem, że roboty te zostały wykonane należycie, co zostanie wykazane zgodnie ze wzorem stanowiącym zał. nr B do SWZ.

Zgodnie z treścią ww. warunku, wykonawcy mieli wykazać, że wykonali (zakończyli):

- w ciągu ostatnich 8 lat;
- co najmniej 3 roboty w zakresie budownictwa ogólnego o podobnym charakterze rzeczowym do robót stanowiących przedmiot zamówienia, to jest: 3 realizacje polegające na budowie, przebudowie, rozbudowie budynków użyteczności publicznej;
- o minimalnej powierzchni całkowitej 4000 m²;
- w tym minimum jednej krytej pływalni;
- obejmujące branże budowlaną, sanitarną, elektryczną wraz z zagospodarowaniem terenu i przyłączami;
- o wartości min. 45 000 000,00 zł brutto każda.

Spór między stronami odnosi się do zadania wskazanego w pozycji 3 Wykazu robót budowlanych (Załącznik nr B do SWZ) pn. "Rozbudowa i przebudowa krytej pływalni w Oświęcimiu przy ul. Chemików 2", zrealizowanego przez Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A.

Przystępujący ZAB-BUD w Wykazie robót budowlanych w ramach pisma z wyszczególnieniem zakresu rzeczowego robót, wskazał: *Rozbudowa i przebudowa budynku użyteczności publicznej (pływalnia) obejmująca branże budowlaną, sanitarną, elektryczną wraz*

z zagospodarowaniem terenu i przyłączami, powierzchnia całkowita powyżej 4000 m², (pow. użytkowa – 9690,2 m²).

Odwołujący zarzuca Przystępującemu wprowadzenie Zamawiającego w błąd (wskazując

art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp), poprzez intencjonalne przedstawienie wartości i zakresu robót budowlanych dla wskazanej inwestycji, podczas gdy inwestycja ta nie spełniała warunku udziału w postępowaniu z wagi na to, że obejmowała wykonanie dwóch budynków, przy czym:

- jeden to przebudowa istniejącego basenu o dł. 50 m, który spełnia wyłącznie warunek w zakresie powierzchni min. 4000m², ale nie spełnia warunku co do minimalnej wartości 45 mln. zł,
- drugi to rozbudowa obiektu Krytej Pływalni w Oświęcimiu o dodatkowy obiekt sportowy z nieką basenową 25 m. wraz z zagospodarowaniem terenu i przyłączami,

a Przystępujący w Wykazie robót budowlanych podał łącznie powierzchnię użytkową oraz wartość, sumując powierzchnię i wartość w obu budynkach.

Odwołujący wywodzi, że z treści warunku udziału w postępowaniu wynika konieczność wykazania się doświadczeniem, które odnosi się do realizacji zadania w jednym budynku pływalni. Sam Przystępujący powołał się na rozbudowę i przebudowę budynku użyteczności publicznej (pływalnia). Brak jest zatem możliwości sumowania ich wartości i powierzchni, ponieważ ich realizacja nastąpiła na podstawie odrębnych pozwoleń na budowę, pomimo tego, że zostały objęte jednym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i jedną umową.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego.

W ocenie Izby warunek udziału w postępowaniu określony w Części II ust. 1 pkt 2 lit. d.1) SWZ nie dawał podstaw do tak dalekiej interpretacji doświadczenia wykonawcy, na jakie wskazuje Odwołujący.

Odnosząc się wyłącznie do warunku dotyczącego doświadczenia w realizacji jednej krytej pływalni (pozostałe dwie realizacje są poza sporem) Zamawiający wymagał doświadczenia w:

- w budowie, przebudowie, rozbudowie budynków użyteczności publicznej - krytej pływalni,
- o min. pow. całkowitej 4.000m²,
- obejmującego wymagane branże (bezsporne),
- o wartości min. 45.000.000,00zł brutto każda (każda realizacja).

Na potwierdzenie należytego wykonania ww. zamówienia Przystępujący złożył referencje, potwierdzające należyte wykonanie zamówienia, w treści których inwestor potwierdził wykonanie w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Rozbudowa i przebudowa Krytej pływalni

w Oświęcimiu przy ul. Chemików 2” wykonanie przebudowy budynku o dł. 50 m oraz budowę hali basenowej o dł. 25 m, wskazując na wykonanie kompleksowej przebudowy i rozbudowy budynku (a nie budynków) użyteczności publicznej.

W ocenie Izby kluczowym dla rozstrzygnięcia sporu jest odpowiedź na pytanie, czy Zamawiający w ramach ww. warunku udziału w postępowaniu wymagał 3 realizacji robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie, rozbudowie budynków użyteczności publicznej, z których każda miała być realizowana w ramach wyłącznie jednego budynku, czy też Zamawiający nie ograniczał zakresu realizacji w ramach jednej realizacji do jednego budynku, a także, czy Przystępujący w sposób uprawniony określił powyższą realizację jako rozbudowa, przebudowa budynku (a nie budynków) użyteczności publicznej.

Zgodnie z treścią warunku Zamawiający wymagał 3 realizacji polegających na budowie, przebudowie, rozbudowie budynków użyteczności publicznej, zakreślając

je wyłącznie do wymogu 3 realizacji o określonym zakresie i wartości, bez odniesienia do ilości budynków, jakie inwestycja ma obejmować.

Zatem zdaniem Izby, literalna analiza warunku udziału w postępowaniu nie daje podstaw do ograniczenia wykazania się doświadczeniem w realizacji wymaganych robót budowlanych do inwestycji, z których każda wykonana została w ramach jednego budynku użyteczności publicznej.

Złożone przez Przystępującego referencje, potwierdzają również że oba budynki zostały wykonane w ramach jednego zadania inwestycyjnego, jako przebudowa i rozbudowa budynku użyteczności publicznej o wartości i zakresie odpowiadającym wymaganiom Zamawiającego.

W tych okolicznościach, nie potwierdził się zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu przez Przystępującego informacji w zakresie wartości robót dotyczących realizowanej inwestycji („realizacji”), polegającej na przebudowie krytej pływalni (dł. 50 m), mając pełną świadomość wymagań Zamawiającego w tym zakresie i działając

w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wymaganego od wykonawcy, bowiem Przystępujący podał informacje oparte na prawdzie.

Przystępujący w Wykazie robót budowlanych nie odnosił się wyłącznie do realizacji polegającej na przebudowie krytej pływalni (dł. 50 m), lecz do całej realizacji w ramach przywołanego zadania inwestycyjnego, spełniającego wymagania Zamawiającego.

Izba za nieistotny dla sprawy uznała argument Odwołującego, odnoszący się do wcześniejszego kwestionowania przez Przystępującego przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Ponadto warunek udziału w postępowaniu nie odnosił się do doświadczenia w zakresie wykonania technologii wody basenowej oraz niecek stalowych.

Zarzut należało zatem oddalić.

Doświadczenie kadry kierowniczej

Izba nie uwzględniła również zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu określonego w Części II ust. 1 pkt 2 lit.d.2) SWZ, odnoszącego się do kadry technicznej wykonawcy.

Zgodnie z treścią ww. warunku:

Wykonawca udokumentuje przygotowanie zawodowe kadry technicznej – uprawnień budowlanych (bez ograniczeń) w specjalnościach związanych z przedmiotem zamówienia

tj. konstrukcyjno-budowlanych, sanitarnych, elektrycznych i teletechnicznych, drogowych

z przynależnością do Izby Inżynierów Budownictwa

Wymagane jest wskazanie i udokumentowanie:

- **Kierownik budowy** – minimum 60 miesięcy doświadczenia zawodowego, w tym doświadczenia na stanowisku kierownika budowy bądź kierownika robót przy realizacji 2 zadań, w zakresie robót konstrukcyjno-budowlanych polegających na budowie budynków użyteczności publicznej o wartości min. 50.000.000,00 zł brutto dla każdego zadania (w tym minimum jednej krytej pływalni).
- **Kierownik robót sanitarnych** – minimum 48 miesięcy doświadczenia zawodowego, w tym na stanowisku kierownika budowy bądź kierownika robót przy realizacji 2 zadań w zakresie instalacji wod./kan., wentylacji mechanicznej, polegające na budowie budynków użyteczności publicznej o wartości robót sanitarnych minimum 12.000.000,00 zł brutto każde, (w tym minimum jednej krytej pływalni).
- **Kierownik robót elektrycznych** – minimum 48 miesięcy doświadczenia zawodowego, w tym na stanowisku kierownika budowy bądź kierownika robót przy realizacji 2 zadań, w zakresie instalacji elektrycznych, polegające na budowie budynków użyteczności publicznej o wartości robót elektrycznych minimum 3.000.000,00 zł brutto każde.
- **Kierownik robót teletechnicznych** – minimum 48 miesięcy doświadczeni zawodowego, w tym na stanowisku kierownika budowy bądź kierownika robót przy realizacji 2 zadań, w zakresie instalacji teletechnicznych, polegające na budowie budynków użyteczności publicznej o wartości robót teletechnicznych minimum 3.000.000,00 zł brutto każde.
- **kierownik robót drogowych** – minimum 48 miesięcy doświadczenia zawodowego, w tym na stanowisku kierownika budowy bądź kierownika robót przy realizacji przynajmniej 2 zadań, w zakresie budownictwa drogowego.
- **architekta krajobrazu lub magistra inżyniera ogrodnictwa** – doświadczenie w kierowaniu pracami w zieleni - min. 2 prace w zieleni na kwotę min. 2.000.000,00 zł brutto każda.

Odwołujący zarzuca, że osoba wskazana przez Przystępującego ZAB-BUD na stanowisko kierownika budowy nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania min. 60 miesięcy doświadczenia zawodowego, ponieważ na wskazanych

w Wykazie osób zadaniach referencyjnych, nie pełniła funkcji Kierownika Budowy

w wymaganym okresie min. 60 miesięcy.

Ponadto łączna wartość wykonanych prac dla zadania wskazanego w poz. 3 Wykazu Osób tj. „Budowa kompleksu krytej pływalni i hali sportowej Centrum Sportowo – Rekreacyjnego „Aqua- Zdrój” przy ul. Ratuszowej w Wałbrzychu” do czasu zakończenia pełnienia funkcji kierownika budowy przez osobę wskazaną w Wykazie osób, wynosiła 42,8 mln zł, a nie jak wskazano w Wykazie 79 149 600 PLN.

Odnosząc się do powyższego, należy przywołać stanowisko Zamawiającego wyrażone w Odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym:

Zamawiający podnosi, iż przedstawiony w ofercie złożonej przez firmę ZAB-BUD Spółka z o. o. „Wykaz osób” potwierdza spełnianie warunków udziału określonych przez Zamawiającego w SWZ. Zgodnie z nimi Wykonawca miał przedstawić doświadczenie na stanowisku kierownika budowy bądź kierownika robót wykazując to przy realizacji 2 zadań.

(...) Czasokres doświadczenia dotyczył ogólnego doświadczenia zawodowego osoby wskazywanej jako (...) kierownik budowy (które musiało wynosić (...) 60 miesięcy), a nie doświadczenia jako (...) kierownik budowy wskazanych w SWZ. Potwierdza to użycie słowa „w tym”, jak też wyjaśnienia Zamawiającego w toku postępowania. Doświadczenie kierowników i jego okres były bowiem przedmiotem pytań oraz odwołania Wykonawców.

W ich wyniku Zamawiający zmienił przedmiotowy warunek (...) o treści:

„Wymagane jest wskazanie i udokumentowanie:

- kierownika budowy – minimum 60 miesięcy doświadczenia na stanowisku kierownika budowy bądź kierownika robót przy realizacji 2 zadań, w zakresie robót konstrukcyjnobudowlanych polegających budowie budynków użyteczności publicznej o wartości min.

50.000.000,00zł brutto dla każdego zadania (w tym minimum jednej krytej pływalni),”

na następującą treść:

Kierownik budowy – minimum 60 miesięcy doświadczenia zawodowego, w tym doświadczenia na stanowisku kierownika budowy bądź kierownika robót przy realizacji 2 zadań, w zakresie robót konstrukcyjno-budowlanych polegających na budowie budynków użyteczności publicznej o wartości min. 50.000.000,00zł brutto dla każdego zadania (w tym minimum jednej krytej pływalni).

W wyniku dokonanej modyfikacji treści warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do kierownika budowy, Zamawiający odstąpił od wymogu, aby 60-cio miesięczne doświadczenie odnosiło się do pełnienia funkcji kierownika budowy lub kierownika robót. Wymagane,

60-cio miesięczne doświadczenie odnosiło się do łącznego doświadczenia zawodowego osoby, w ramach którego konieczne było pełnienie funkcji kierownika budowy lub kierownika robót przy realizacji 2 zadań o określonym zakresie i wartości. Okres pełnienia funkcji kierownika budowy lub kierownika robót nie został objęty warunkiem udziału w postępowaniu. Zamawiający nie wymagał również, aby wskazana minimalna wartość robót została wykonana w okresie pełnienia przez wskazaną osobę funkcji kierownika budowy lub kierownika robót.

W tych okolicznościach, w sytuacji braku kwestionowania przez Odwołującego ogólnego okresu doświadczenia nabytego przez osobę wskazaną na stanowisko kierownika budowy, przy wskazaniu przez Przystępującego ZAB-BUD 3 zadań w ramach posiadanego doświadczenia *na przydzielonym stanowisku w celu wykazania spełniania warunku po uzyskaniu uprawnień* i braku kwestionowania tego doświadczenia jako nabytego na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót, zarzut nie został potwierdzony.

Przystępujący ZAB-BUD nie musiał również wykazywać wartości robót wykonanych w czasie pełnienia przez niego funkcji kierownika budowy czy kierownika robót. Treść warunku udziału w postępowaniu odnosiła się do wartości każdego z wymaganych zadań, a nie do wartości zadania zrealizowanego w czasie pełnienia przez wskazaną osobę funkcji kierownika budowy lub kierownika robót. Ponadto Odwołujący nie kwestionował ogólnej wartości tego zadania, lecz jej wartość, w okresie pełnienia funkcji kierownika budowy przez wskazaną osobę.

W tych okolicznościach zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Za niezasadny Izba uznała również zarzuty odnoszące się do doświadczenia kierowników branżowych: kierownika robót sanitarnych, elektrycznych oraz teletechnicznych.

Odwołujący zarzuca, że osoby wskazane przez Przystępującego ZAB-BUD do pełnienia ww. funkcji nie posiadają wymaganego doświadczenia w zakresie min. wartości robót. Podane

w Wykazie osób wartości robót referencyjnych dla poszczególnych branż zrealizowane

w ramach zadania pn. „Budowa kompleksu krytej pływalni i hali sportowej z garażem podziemnym dla Ośrodka Sportu i Rekreacji Włochy przy ul. Gładkiej 16 w Warszawie” nie są zgodne z faktyczną wartością tych robót. Odwołujący opiera swój zarzut na informacji uzyskanej od Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 9 sierpnia 2024 r oraz na przekazanym z tym pismem Harmonogramem rzeczowo-finansowym, zawierającym wydzielenie wartości poszczególnych branż oraz opracowaniu własnym wykonanym na podstawie tego Harmonogramu rzeczowo-finansowego.

Odwołujący nie wskazał jednak, w jaki sposób wyliczył wartość robót dla poszczególnych branż oraz jakie elementy ujął w wyliczeniach, wskazując jedynie wartości końcowe dla tych robót. Tym samym uniemożliwił weryfikację prawidłowości dokonanych przez siebie obliczeń.

Nie wykazał również, że zakres robót w poszczególnych branżach wskazy przez Przystępującego oraz sposób ich wyliczenia nie obejmował wymaganych robót. Ponadto Izba wskazuje, że kierownik robót sanitarnych mógł się wykazać doświadczeniem przy realizacji wentylacji mechanicznej, co wynikało wprost z warunku udziału w postępowaniu, a zostało zakwestionowane podczas rozprawy.

W tych okolicznościach, Izba nie mogła uznać argumentacji i zarzutu Odwołującego jako wykazanego.

Również w zakresie powyższego stanu faktycznego niepotwierdził się zarzut zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ZAB-BUD, jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu z Postępowania, pomimo że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa, ewentualnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w Części II ust. 1 pkt 2 lit. d.2) SWZ, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Izba oddaliła również zarzut ewentualny dotyczący naruszenie art. 128 ust. 1 i 4 w zw. z art. 116 ust. 1 i art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wezwania ZAB-BUD

do wyjaśnienia i uzupełnienia treści złożonych wykazu robót i wykazu osób.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się za zarzutu (3) naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 i art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wezwania ZAB-BUD do uzupełnienia wykazu osób, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego dla kierownika robót drogowych w zakresie wymaganego minimalnego okresu doświadczenia (min. 48 miesięcy).

W tym miejscu Izba wskazuje, że warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do kierownika robót drogowych w zakresie wymaganego 48 miesięcznego okresu doświadczenia

odnosił się do doświadczenia zawodowego, a nie do doświadczenia w pełnieniu wymaganej funkcji. Zarzut zatem nie mógł zostać uwzględniony.

Mając powyższe na uwadze, za niezasadny należy uznać również zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem Odwołujący nie wykazał, aby czynności Zamawiającego stanowiły naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji prowadząc do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: