

WYROK

Warszawa, dnia 10 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszekiewicz

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2024 r. przez wykonawcę PJM Investment Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiat Kutnowski

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PJM Investment Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach 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 4318/23

Uzasadnienie

Zamawiający Powiat Kutnowski (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 dalej: „ustawa Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pod nazwą „Termomodernizacja budynku Kutnowskiego Szpitala Samorządowego w Kutnie w odniesieniu do Części I zamówienia - Termomodernizacja budynku Kutnowskiego Szpitala Samorządowego w Kutnie - wykonanie prac projektowych i robót budowlanych” (numer referencyjny ZP.272.17.2024.PP). Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 3 lipca 2024 r. pod nr 2024/BZP 00394254/01

Dnia 18 listopada 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca PJM Investment Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp polegające na niezgodnym z ustawą odrzuceniu oferty Odwołującego w części I zamówienia, pomimo że oferta wykonawcy jest zgodna z ustawą oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp polegające na niezgodnym z ustawą odrzuceniu oferty Odwołującego w części I zamówienia z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechania wskazania tej podstawy prawnej w uzasadnieniu prawnym, pomimo że wykonawca wykazał, że będzie realnie dysponował zasobem w postaci doświadczenia podmiotu trzeciego,

– co stanowi w efekcie naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania

2) art. 239 ust. 1 w związku z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza w świetle przepisów Pzp i wskazanych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert.

ewentualnie – w przypadku nieuwzględnienia zarzutów nr 1-2 odwołania naruszenie:

3) art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w pkt 3, pomimo wystąpienia po stronie Zamawiającego nie dających się usunąć wątpliwości co do wykładni oświadczenia woli Odwołującego;

4) art. 122 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia wezwania z 3.10.2024 r. do poprawienia

zobowiązania podmiotu trzeciego, pomimo że Zamawiający w piśmie z 12.11.2024 r. w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał, że było „bezpłatne i zbędne” przez co zaniechał zastosowania art. 122 Pzp i wezwania Odwołującego do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że Odwołujący samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 12.11.2024 r.;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności kwalifikacji podmiotowej wykonawcy i oceny ofert,
- 3) na podstawie art. 573 ustawy Pzp zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego; ewentualnie – w przypadku uwzględnienia zarzutów ewentualnych:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 12.11.2024 r.;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności kwalifikacji podmiotowej wykonawcy oraz badania i oceny ofert,
- 3) nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do wyjaśnień pkt 3 treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp,

- 4) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania z 3.10.2024 r. do poprawienia zobowiązania podmiotu trzeciego,

- 5) nakazanie Zamawiającemu zastosowanie dyspozycji art. 122 ustawy Pzp w odniesieniu do Odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania ponieważ gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów prawa i nie odrzucił z postępowania oferty Odwołującego, jego oferta zostałaby najwyższej oceniona w kryteriach oceny ofert i miałaby szansę zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący wskazał, że wskutek błędnej decyzji Zamawiającego, został pozbawiony możliwości uzyskania kontraktu i osiągnięcia z tego tytułu zysku, co bezpośrednio naraża Odwołującego na poniesienie szkody.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu wynikającego z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 12 listopada 2024 r. (Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej i o odrzuceniu oferty Odwołującego). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 18 listopada 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 10 000,00 złotych (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że Zamawiający w piśmie z 12.11.2024 r., w którym uzasadniał odrzucenie oferty Odwołującego, wskazał jako podstawę prawną tej czynności art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp. Uzasadnienie faktyczne natomiast wskazuje, że odrzuca ofertę wykonawcy zarówno z powodu niewskazania w ofercie wykonawcy zakresu prac powierzonych podmiotowi udostępniającemu zasoby (ZAB-BUD sp. z o.o.), który jest tożsamy z zakresem robót wskazanych w warunku, o którym mowa w pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a SWZ (tj. ocieplenie/docieplenie ścian oraz wymianę/montaż stolarki okiennej lub drzwiowej), jak i z powodu niewykazania przez wykonawcę, że będzie realnie dysponował zasobami podmiotu trzeciego (ZAB-BUD sp. z o.o.) w postaci doświadczenia. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie zawarł w SWZ dodatkowych postanowień dotyczących sposobu wskazania podwykonawców w postępowaniu. Jedynie w pkt. 14.19 SWZ zawarł zapis, że żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie „części zamówienia (zakresu prac), których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez Wykonawcę nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani”. Analogiczne doprecyzowanie znalazło się w pkt 3 wzoru oferty udostępnionej przez Zamawiającego jako załącznik do SWZ: „w przypadku udziału podwykonawców w realizacji zamówienia, Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę części zamówienia (zakresu prac), których wykonanie Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez Wykonawcę nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani”. Odwołujący zauważył, że w kontekście art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, sformułowanie „zakres robót budowlanych” odnosi się do przedmiotowego zakresu prac, czyli rodzaju i charakteru robót, które mają zostać wykonane w ramach zamówienia publicznego. Oznacza to, że wykonawca, powołując się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, musi zapewnić, że podmiot ten faktycznie zrealizuje te części robót budowlanych, do których te zdolności są wymagane. Również Zamawiający w SWZ wyraźnie żąda podania „części zamówienia (zakresu prac)”, które wykona podwykonawca. Nie ma więc zdaniem Odwołującego żadnego uzasadnienia teza, że „zakres robót budowlanych” czy to w kontekście art. 118 ust. 2 czy 118 ust. 4 Pzp, a tym bardziej w świetle zapisów SWZ, powinien być inaczej rozumiany niż jako zakres przedmiotowy (np. jako zakres ilościowy świadczenia, który odnosiłby się do rozmiaru, skali, ilości robót, itp.).

W pkt 3 oferty Odwołujący wskazał, że zamówienie realizować będzie z udziałem podwykonawców. Jednoznacznie więc w ocenie Odwołującego z pkt. 3 oferty wynika, że również on wskazywał zakres podwykonawstwa w rozumieniu przedmiotowym. Wskazuje na to m.in. wymienienie branży sanitarnej czy elektrycznej. Odwołujący wskazał, że w wezwaniach do wyjaśnień z 6.09.2024 r. oraz z 19.06.2024 r. Zamawiający ani razu nie formułował żądania wyjaśnień w odniesieniu do zakresu podwykonawstwa w pkt 3 oferty. Zdaniem Odwołującego Zamawiający przyjął, sprzeniewierzając się regułom wykładni wynikającym z art. 65 k.c., w tym językowym i kontekstowym, skrajnie niekorzystną dla odwołującego interpretację pkt 3 oferty, przy czym wynik tej wykładni uznać należy za nieracjonalny, nielogiczny a wręcz nonsensowny, co doprowadziło zamawiającego do konkluzji o niezgodności oferty z ustawą i jej odrzucenia. Odwołujący podał, że wyjaśnienia składane przez niego w postępowaniu nie prowadziły do zmiany zakresu przedmiotowego robót budowlanych planowanych do powierzenia podmiotowi udostępniającemu zasoby. Od początku Odwołujący konsekwentnie wskazywał, że zakres przedmiotowy robót budowlanych, które zamierza powierzyć do wykonania podmiotowi udostępniającemu zasoby jest tożsamy z zakresem robót wskazanych w warunku udziału (roboty budowlane obejmujące ocieplenie/docieplenie ścian oraz wymianę/montaż stolarki okiennej i drzwiowej). Zamawiający przyjmował w toku postępowania różne interpretacje art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, zdaniem Odwołującego – wszystkie błędne.

W uzasadnieniu zarzutu nr 3 Odwołujący podniósł, że pomimo przesłania dwóch pism z żądaniem wyjaśnień z 6 i 19 września 2024 r., Zamawiający nie sformułował wątpliwości co do rozumienia pkt 3 oferty, przez co pozbawił Odwołującego szansy na dopuszczalne przez ustawę Pzp wyjaśnienie treści złożonej oferty. Zaniechanie to należy ocenić według Odwołującego jako naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt.1 i 2 ustawy Pzp, gdyż jest przejawem braku staranności w toku badania ofert, co prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości postępowania.

W uzasadnieniu zarzutu nr 4 Odwołujący wskazał, że Zamawiający po raz kolejny wykazał się niekonsekwencją, naruszając przepis art. 122 w zw. z art. 16 ustawy Pzp. Skoro bowiem Zamawiający doszedł do wniosku, że czynność wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do poprawienia zobowiązania podmiotu trzeciego była niezgodna z ustawą Pzp, to powinien był tę czynność unieważnić i pominąć dokumenty podmiotowe składane w postępowaniu w wyniku tego wezwania. Zamawiający jak zauważył Odwołujący nie unieważnił jednak tej czynności, co spowodowało zaniechanie zastosowania przez zamawiającego dyspozycji art. 122 ustawy Pzp. Nie ma bowiem możliwości zastosowania w tym samym zakresie art. 128 ust. 1 i następnie art. 122 ustawy Pzp.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący podniósł, że w świetle art. 119 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest do dokonania oceny, czy udostępnione wykonawcy zasoby pozwalają mu na wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przypadku uznania, że udostępnione zasoby nie potwierdzają odpowiednich warunków udziału w postępowaniu lub ustalenia, że wobec tego podmiotu zachodzą podstawy wykluczenia, Zamawiający zobowiązany jest do żądania od wykonawcy:

- 1) zastąpienia podmiotu udostępniającego potencjał na inny podmiot lub podmioty lub
- 2) wykazania, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, co w konsekwencji oznacza, że wykonawca samodzielnie, bez jakiegokolwiek udziału podmiotu trzeciego, wykona część zamówienia, z którą wiążą się udostępniane wcześniej zasoby.

Z uzasadnienia faktycznego pisma z 12.11.2024 r. wynika zdaniem Odwołującego, że Zamawiający uznał, że zasoby podmiotu trzeciego nie pozwalają Odwołującemu na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, chociaż nie wskazał tej podstawy odrzucenia oferty w uzasadnieniu prawnym. Jeśli unieważniłby czynność wezwania z 3.11.2024 r. do poprawienia zobowiązania podmiotu trzeciego, to powinien jednocześnie zastosować dyspozycję art. 122 ustawy Pzp.

W dniu 28 listopada 2024 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu oferta Odwołującego uplasowałaby się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, w związku z czym Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, nie zgłosiły również opozycji. Izba postanowiła dopuścić wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej również: „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

W dniu 28 listopada 2024 r. Przystępujący złożył pismo procesowe.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego, oświadczenia o przystąpieniu do postępowania odwoławczego i pisma procesowego z dnia 28 listopada 2024 r. złożonego przez Przystępującego.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi w oparciu o ustawę Pzp w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pod nazwą „Termomodernizacja budynku Kutnowskiego Szpitala Samorządowego w Kutnie w odniesieniu do Części I zamówienia - Termomodernizacja budynku Kutnowskiego Szpitala Samorządowego w Kutnie - wykonanie prac projektowych i robót budowlanych”.

W części I zamówienia oferty złożyło 4 wykonawców, w tym Odwołujący i Przystępujący.

Zgodnie z pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a SWZ'

„1) dla Części I zamówienia – Termomodernizacja budynku Kutnowskiego Szpitala Samorządowego w Kutnie – wykonanie prac projektowych i robót budowlanych: Zamawiający uzna, iż Wykonawcy spełniają niniejszy warunek, jeżeli wykażą, że:

a) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonali (tj. zakończyli) co najmniej:

- jedną robotę budowlaną (tj. jedna umowa/ jedno zlecenie) w formule „zaprojektuj i wybuduj” polegającą na budowie, przebudowie lub remoncie budynku/budynków, obejmującą ocieplenie/docieplenie ścian oraz wymianę stolarki okiennej lub drzwiowej, prowadzoną w czynnym obiekcie/kompleksie, o wartości minimum 20 000 000,00 zł brutto (każda robota); oraz

- jedną robotę budowlaną (tj. jedna umowa/ jedno zlecenie) polegającą na budowie, przebudowie lub remoncie budynku/budynków, obejmującą ocieplenie/docieplenie ścian oraz wymianę stolarki okiennej lub drzwiowej, o wartości minimum 15 000 000,00 zł brutto (każda robota);

Zamawiający nie dopuszcza wykazania spełnienia warunków udziału wskazanych w pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a tiret pierwsze i drugie SWZ w ramach jednej roboty budowlanej. Oznacza to, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazanych w pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a tiret pierwsze i drugie SWZ należy wskazać co najmniej dwie różne roboty budowlane.”

Zgodnie z dalszymi postanowieniami pkt 9.1.4 SWZ:

„W przypadku, gdy Wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu powołuje się na zasoby innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp, Zamawiający uzna, iż warunek opisany powyżej w pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a) SWZ jest spełniony, jeżeli samodzielnie spełnia go Wykonawca albo podmiot, na którego zasoby powołuje się Wykonawca.

W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.”

Zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp:

„2. 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.”

W pkt 3 oferty Odwołujący wskazał:

„3.Oświadczamy, że zamówienie realizować będziemy: sami/z udziałem podwykonawcy-ów**

(w przypadku udziału podwykonawców w realizacji zamówienia, Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę części zamówienia (zakresu prac), których wykonanie Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez Wykonawcę nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani)

- branża sanitarna (podwykonawcy nie są na dziś znani)

- branża elektryczna (podwykonawcy nie są na dziś znani)

- podwykonawstwo podmiotu trzeciego (ZAB-BUD sp. z o.o.) udzielającego zasoby w zakresie określonym w pkt 9.1.4,

ppkt 1) lit. a) SWZ niniejszego postępowania:

9.1.4. zdolności technicznej lub zawodowej:

opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku:

1) dla Części I zamówienia – Termomodernizacja budynku Kutnowskiego Szpitala Samorządowego w Kutnie – wykonanie prac projektowych i robót budowlanych: Zamawiający uzna, iż Wykonawcy spełniają niniejszy warunek, jeżeli wykażą, że:

a) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonali (tj. zakończyli) co najmniej:

jedną robotę budowlaną (tj. jedna umowa/ jedno zlecenie) w formule „zaprojektuj i wybuduj” polegającą na budowie, przebudowie lub remoncie budynku/budynków, obejmującą ocieplenie/docieplenie ścian oraz wymianę/montaż stolarki okiennej lub drzwiowej, prowadzoną w czynnym obiekcie/kompleksie, o wartości minimum 20 000 000,00 zł brutto (każda robota); oraz

jedną robotę budowlaną (tj. jedna umowa/ jedno zlecenie) polegającą na budowie, przebudowie lub remoncie budynku/budynków, obejmującą ocieplenie/docieplenie ścian oraz wymianę/montaż stolarki okiennej lub drzwiowej, o wartości minimum 15 000 000,00 zł brutto (każda robota).”

W załączniku nr 3A do oferty Odwołujący wskazał:

„1.Oświadczamy, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w pkt 9.1.4, ppkt 1) lit. a) Specyfikacji Warunków Zamówienia (wskazać właściwą jednostkę redakcyjną Specyfikacji Warunków Zamówienia) polegamy, na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp, na zasobach następującego/ych podmiotu/ów: ZAB-BUD sp. z o.o., w następującym zakresie:

9.1.4. zdolności technicznej lub zawodowej:

opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku:

1) dla Części I zamówienia – Termomodernizacja budynku Kutnowskiego Szpitala Samorządowego w Kutnie – wykonanie prac projektowych i robót budowlanych: Zamawiający uzna, iż Wykonawcy spełniają niniejszy warunek, jeżeli wykażą, że:

a) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonali (tj. zakończyli) co najmniej:

jedną robotę budowlaną (tj. jedna umowa/ jedno zlecenie) w formule „zaprojektuj i wybuduj” polegającą na budowie, przebudowie lub remoncie budynku/budynków, obejmującą ocieplenie/docieplenie ścian oraz wymianę/montaż stolarki okiennej lub drzwiowej, prowadzoną w czynnym obiekcie/kompleksie, o wartości minimum 20 000 000,00 zł brutto (każda robota); oraz

jedną robotę budowlaną (tj. jedna umowa/ jedno zlecenie) polegającą na budowie, przebudowie lub remoncie budynku/budynków, obejmującą ocieplenie/docieplenie ścian oraz wymianę/montaż stolarki okiennej lub drzwiowej, o wartości minimum 15 000 000,00 zł brutto (każda robota);

(wskazać podmiot i określić odpowiedni zakres dla wskazanego podmiotu).”

Wraz z ofertą Odwołujący złożył zobowiązanie firmy ZAB-BUD sp. z o.o. do oddania mu swoich zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia (załącznik nr 3B).

Z pkt 4 zobowiązania ZAB-BUD sp. z o.o. oświadczył:

„Oświadczam, iż zrealizuję roboty budowlane, do realizacji których wymagane są udostępniane zdolności techniczne lub zawodowe (wykształcenie, kwalifikacje zawodowe, doświadczenie). W ramach realizacji niniejszego zamówienia - w związku z udostępnieniem niezbędnego doświadczenia będziemy bezpośrednio zaangażowani w wykonanie robót budowlanych na obiekcie objętym Zamówieniem. Przewidujemy, że będzie to około 20% wartości wszystkich przewidzianych robót budowlanych.”

06 września 2024 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień.

11 września 2024 r. Odwołujący udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na skierowane do niego przez Zamawiającego wezwanie.

12 września 2024 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

18 września 2024 r. Przystępujący skierował do Zamawiającego pismo zastrzeżenia dotyczące oferty złożonej przez Odwołującego.

18 września 2024 r. Odwołujący złożył podmiotowe środki dowodowe.

19 września 2024 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień.

25 września 2024 r. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie skierowane do niego przez Zamawiającego złożył wyjaśnienia.

4 października 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do poprawienia podmiotowych środków dowodowych.

8 października 2024 r. Odwołujący złożył poprawione zobowiązanie ZAB-BUD sp. z o.o.

12 listopada 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący składając odwołanie.

Przedmiotowe postępowanie dotyczyło tego, czy Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez:

- niezgodne z ustawą odrzucenie oferty Odwołującego w części I zamówienia, pomimo że oferta wykonawcy jest zgodna z ustawą Pzp oraz niezgodne z ustawą odrzucenie oferty Odwołującego w części I zamówienia z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechania wskazania tej podstawy prawnej w uzasadnieniu prawnym, pomimo że wykonawca wykazał, że będzie realnie dysponował zasobem w postaci doświadczenia podmiotu trzeciego, a w efekcie naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania

- wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza w świetle przepisów ustawy Pzp i wskazanych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert

ewentualnie

- zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści oferty w pkt 3, pomimo wystąpienia po stronie Zamawiającego nie dających się usunąć wątpliwości co do wykładni oświadczenia woli Odwołującego;

- zaniechanie unieważnienia wezwania z 3.10.2024 r. do poprawienia zobowiązania podmiotu trzeciego, pomimo że Zamawiający w piśmie z 12.11.2024 r. w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał, że było „bezpiermiotowe i zbędne” przez co zaniechał zastosowania art. 122 ustawy Pzp i wezwania Odwołującego do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że odwołujący samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutów nr 1 i 2 Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego było złożenie oferty niezgodnej z ustawą Pzp tj. art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ z treści oferty Odwołującego wynika, że podmiot, na którego zdolnościach polega w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej dotyczącej doświadczenia, nie wykona robót budowlanych, do których jego zdolności są wymagane. Zgodnie zaś z treścią art. 118 ust. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane, do realizacji których zdolności te są wymagane.

Odwołujący w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu polegał na zasobach ZAB-BUD sp. z o.o. w zakresie określonym w pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a) SWZ Jak wskazał Zamawiający istotę podjętej przez niego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego stanowiła treść pkt 4 zobowiązania ZAB-BUD sp. z o.o. do oddania Odwołującemu swoich zasobów w zakresie doświadczenia, a szczególnie fragment wskazujący, że firma ZAB-BUD sp. z o.o. przewiduje zakres swojego udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia na około 20 % wartości wszystkich przewidzianych robót budowlanych, a także treść pkt 3 Formularza ofertowego. Zamawiający uznał, że zawarte w treści pkt 4 zobowiązania oświadczenie ZAB-BUD sp. z o.o. w kontekście przewidywanych tam około 20 % wartości wszystkich przewidzianych robót budowlanych świadczy o tym, że zakres realizacji przez taki podmiot nie jest realny i nie gwarantuje prawidłowej realizacji zamówienia przez podmiot posiadający wymagane kwalifikacje.

Z uwagi na przedmiot zamówienia doświadczenie w zakresie robót budowlanych obejmujących ocieplenie/docieplenie ścian oraz wymianę/montaż stolarki okiennej lub drzwiowej było dla Zamawiającego kluczowe. Aby możliwe było stwierdzenie realności udostępnianych zasobów cały zakres robót wskazanych w warunku powinien być wykonany przez podmiot, na zasobach którego polegał Odwołujący. Nie jest wystarczające wykonanie tych robót jedynie w części. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że gdyby Odwołujący nie dostrzegł niespójności i nieprecyzyjności pierwotnego oświadczenia podmiotu udostępniającego swoje zasoby to nie składałby poprawionego oświadczenia, a zaskarżyłby czynność Zamawiającego polegającą na wezwaniu go do złożenia poprawionego zobowiązania. W pkt 3 Formularza ofertowego Odwołujący wskazał, że zamierza wykonać zamówienie z udziałem podwykonawstwa ZAB-BUD sp. z o.o., tj. podmiotu udostępniającego mu zasoby w zakresie określonym w pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a) SWZ Nie został tam wskazany zakres podwykonawstwa. Zasoby przez ZAB-BUD Sp. z o.o. zostały udostępnione w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W swoim zobowiązaniu podmiot ten określił swój udział w realizacji zamówienia na poziomie około 20 % wartości wszystkich przewidzianych robót. Izba wskazuje, że to Odwołujący składał ofertę i ubiegał się o udzielenie zamówienia. To on przedkładał dokumenty Zamawiającemu i to od niego jako od profesjonalisty w obrocie wymaga się szczególnej staranności. Nie sposób w związku z tym zgodzić się z Odwołującym, że ZAB-BUD Sp. z o.o. nie miał wiedzy, jaki procent miały stanowić wykonywane przez niego roboty we wszystkich robotach budowlanych.

To wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi wykazać w jakim zakresie będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego. Powinien on w związku z tym zweryfikować zobowiązanie przed jego złożeniem Zamawiającemu. To on odpowiada za prawidłowe określenie zakresu udostępnianych zasobów i to on ponosi negatywne konsekwencje w przypadku błędu lub jak to określił Odwołujący „niezręczności składniowych”. Odwołujący przygotowując ofertę powinien mieć świadomość, jaki procentowy udział w wartości wszystkich zaplanowanych robót stanowią roboty dookreślone w warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a) SWZ. Powinien mieć w związku z tym świadomość, że udział ZAB-BUD sp. z o.o. w realizacji zamówienia na poziomie około 20 % wartości wszystkich przewidzianych robót nie pozwoli na wykonanie całości robót budowlanych wskazanych w pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a) SWZ. Należy w związku z tym uznać, że na etapie składania ofert Odwołujący nie zamierzał, wykorzystać zasobów podmiotu trzeciego w celu wykonania całości robót budowlanych wskazanych w warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a) SWZ. Późniejsze modyfikacje stanowiska przez Odwołującego stanowią próbę powołania się na zdolności firmy ZAB-BUD sp. z o.o. w szerszym zakresie, niż czynił to Odwołujący na etapie składania ofert. Świadczy o tym chociażby przedłożenie zobowiązania, w którym 20% wszystkich robót poprawiono na 100% robót w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a) SWZ. Działanie takie jest niezgodne z art. 123 ustawy Pzp, ponieważ prowadzi do zwiększenia zakresu korzystania z zasobów. Wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach tych podmiotów. W przedmiotowej sprawie Odwołujący składając ponowne zobowiązanie próbował rozszerzyć zakres udostępnionych zasobów.

Mając na uwadze prawidłowość dokonanego odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego, również dokonanie wyboru oferty Przystępującego należy uznać za właściwe.

Odnosząc się do zarzutów ewentualnych tj. zarzutów nr 3 i 4 w zakresie błędnej wykładni oświadczenia Odwołującego w pkt 3 Formularza ofertowego, Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że wezwanie do wyjaśnień treści oświadczenia z pkt 3 Formularza ofertowego mogłoby doprowadzić do istotnej zmiany treści oferty sprzecznie z normą wynikającą z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Oświadczenie z pkt 3 Formularza ofertowego jak słusznie wskazał Zamawiający, ze względu na fakt, że ma dotyczyć zakresu bezpośredniego udziału (podwykonawstwa) podmiotu udostępniającego Odwołującemu zasoby w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu należy odczytywać literalnie, biorąc pod uwagę, że jego treść wraz z treścią zobowiązania podmiotu udostępniającego Odwołującemu swoje zasoby, stanowią dla Zamawiającego istotne elementy w celu przeprowadzenia oceny, czy zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp podmiot, który udostępni Odwołującemu swoje zdolności w celu wykazania, przez Odwołującego spełniania warunków udziału w postępowaniu istotnie wykona roboty budowlane, do których wykonania zdolności te są wymagane. Zgodnie z art. 122 ustawy 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.

Izba wskazuje, co potwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że Zamawiający nie kwestionował doświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby ZAB-BUD sp. z o.o. O odrzuceniu oferty Odwołującego zadecydował zakres udziału tego podmiotu w realizacji robót budowlanych, do wykonania których niezbędne są zasoby podmiotu udostępniającego zasoby nie zaś brak odpowiedniego doświadczenia w realizacji robót wskazanych przez Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt 9.1.4. ppkt 1 lit. a) SWZ. Mając na uwadze powyższe art. 122 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania w przedmiotowej sprawie, ponieważ przepis ten nie może być stosowany w celu zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby tak, aby rozszerzyć zakres w jakim podmiot udostępniający zasoby zadeklarował udostępnienie swoich zasobów. Ma on zastosowanie, gdy zdolności podmiotu udostępniającego nie potwierdzą spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, a tego Zamawiający nie kwestionował.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i

sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą, czyli Odwołującego. Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca: