Sygn. akt KIO 2348/23

WYROK

z dnia 28 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Jodłowska

Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 23 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 07 sierpnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **LK INWEST Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, KB INWEST Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Komenda Powiatowa Państwowej Straży Pożarnej w Bolesławcu**

przy udziale

wykonawcy **TERLAN Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **LK INWEST Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, KB INWEST Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania

2.2.zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześć złotych, zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca: ……

Sygn. akt KIO 2348/23

UZASADNIENIE:

Komenda Powiatowa Państwowej Straży Pożarnej w Bolesławcu (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Budowa Komendy Powiatowej PSP z Jednostką Ratowniczo – Gaśniczą w Bolesławcu – etap budowy stanu surowego zamkniętego w latach 2023-2025"", nr postępowania: PTT.2370.1.2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp".

Szacunkowa wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 30 czerwca 2023 pod numerem: 2023/BZP 00284194.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia LK INWEST Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, KB INWEST Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Odwołujący") 07 sierpnia 2023 wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na:

wyborze jako najkorzystniejszej oferty: TERLAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (ul. Lutycka 95, 60-478 Poznań, dalej jako wykonawca) pomimo, iż do oferty wykonawca dołączył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby – WEZAMBUD sp. z o.o. – niezgodne z art. 118 ust. 4 pkt 3 p.z.p. oraz art. 118 ust. 2 p.z.p., a przedłożone przez wykonawcę referencje dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)naruszenie art. 128 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 118 ust. 4 pkt 3 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, pomimo iż z zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby nie wynika, w jakim dokładnie zakresie podmiot udostępniający zasoby zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą,

2)naruszenie art. 128 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 118 ust. 2 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, pomimo iż z zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby wynika, że wykona on roboty budowlane objęte przedmiotem zamówienia jedynie w części,

a w konsekwencji Wykonawca może polegać na jego doświadczeniu jedynie w odniesieniu do części przedmiotu zamówienia, które podmiot ten faktycznie zrealizuje,

ewentualnie – na wypadek uznania, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby nie narusza art. 118 ust. 4 pkt 3 p.z.p. oraz art. 118 ust. 2 p.z.p. – zarzucam zamawiającemu:

3)naruszenie art. 122 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub wykazania, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, pomimo iż przedłożone przez wykonawcę referencje dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie należytego wykonania co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na budowie lub/i remoncie lub/i przebudowie obiektów, odpowiadających swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia o wartości nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł brutto za każdą robotę.

Odwołujący wniósł o:

1.nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez TERLAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością;

2.nakazanie zamawiającemu:

a)wezwania TERLAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p. do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby lub złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających, że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu;

b)wezwanie TERLAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie art. 122 p.z.p. do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub wykazania, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu,

3.nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert;

4.zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (art. 505 ust. 1 p.z.p.). Gdyby zamawiający dokonał prawidłowej oceny oferty złożonej przez TERLAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, wskutek zastosowania art. 128 ust. 1 p.z.p. lub art. 122 p.z.p. mogłoby dojść do ustalenia, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co uzasadniałoby odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p., a to mogłoby doprowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego. Nie jest bowiem wykluczone, że wykonawca, który złożył kolejną pod względem wysokości ofertę wycofa się z postępowania, zostanie wykluczony lub też nie złoży podmiotowych środków dowodowych lub jego oferta zostanie odrzucona z innych przyczyn.

Uzasadnienie zarzutu nr 1

Zgodnie z postanowieniami zawartymi w pkt V.1.4.a SWZ zamawiający postawił wykonawcom ubiegającym się o udział w postępowaniu warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej polegający na wykazaniu, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie lub/i remoncie lub/i przebudowie obiektów, odpowiadających swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia o wartości nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł brutto za każdą robotę, przy czym wykonawca nie mógł sumować wartości kilku robót o mniejszym zakresie dla uzyskania wymaganej wartości porównywalnej. Celem potwierdzenia spełnienia ww. warunku wykonawca w całości powołał się na zdolności techniczne i zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby, tj. WEZAMBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, przekładając w tym celu wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów. W treści oświadczenia WEZAMBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością:

1)zobowiązał się udostępnić wykonawcy zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia nabytego w ramach realizacji wskazanych w oświadczeniu zadań inwestycyjnych na potrzeby spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu;

2)określił zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;

3)określił sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów, w tym poprzez wykonanie części robót, które wchodzą w zakres postępowania, udostępnienie pracowników, którzy nabyli doświadczenie w realizacji podobnych inwestycji, udostępnienie pracowników, posiadających odpowiednie uprawnienia budowlane oraz doświadczenie w realizacji robót zakresem podobnych do niniejszego postępowania, udostępnienie pracowników odpowiedzialnych za organizację zakupów materiałów niezbędnych do wykonania umowy oraz usług innych podmiotów, jak i również swoje kontakty handlowe;

4)wskazał, że wykonawcę oraz podmiot trzeci będzie łączyła umowa podwykonawcza na wykonanie części robót objętych zamówieniem;

5)nie sprecyzował w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą.

Ustawodawca w art. 118 ust. 4 p.z.p. szczegółowo określił warunki, jakie spełniać powinno zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przy czym zgodnie z pkt 3 powinno ono obejmować również określenie „czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą".

Tymczasem, jak wskazano wyżej, podmiot zobowiązany nie sprecyzował zakresu, w jakim zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą. W treści oświadczenia podmiot zobowiązany wskazał, że „zakres udziału Podmiotu Trzeciego będzie polegać na: – wykonaniu części robót wchodzących w zakres niniejszego postępowania, – doradztwie oraz uczestniczeniu w czynnościach związanych z realizacją niniejszego Postępowania, – uczestnictwie w kluczowych z technologicznego punktu widzenia czynnościach na terenie budowy, przy czym należy uwzględnić, iż szczegółowy zakres prac zostanie ustalony w przypadku wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, przed przystąpieniem Wykonawcy do realizacji zamówienia.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 sierpnia 2022 r., KIO 1861/22, „samo oświadczenie o udostępnieniu doświadczenia nie może zastępować oświadczenia o zakresie robót, jakie podmiot trzeci będzie wykonywał w ramach umowy. Zgodnie z art. 118 ust. 4 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych w zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby, podmiot trzeci oprócz zakresu dostępnych mu zasobów, powinien określić, czy i w jakim zakresie zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą. Są to dwa osobne oświadczenia – oświadczenie wiedzy o zakresie posiadanych zasobów i oświadczenie woli wskazujące na zakres robót, które mają być przez podmiot trzeci zrealizowane."

W kontekście powyższego należy stwierdzić, że zobowiązanie podmiotu trzeciego przedłożone przez Wykonawcę wraz z ofertą nie spełnia warunków, jakim powinno odpowiadać na podstawie art. 118 ust. 4 pkt 3 p.z.p. Przede wszystkim należy mieć na uwadze, że treść zobowiązania nie pozwala na rzetelną ocenę realnego udostępnienia zasobów przez podmiot zobowiązany, a w konsekwencji ocenę, w jakim zakresie wykonawca z udostępnianego doświadczenia może korzystać celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 118 ust. 2 p.z.p. W treści zobowiązania podmiot udostępniający powinien szczegółowo określić, jaki zakres robót wykona w ramach umowy podwykonawczej (lub w inny sposób gwarantujący bezpośrednią realizację zamówienia przez podmiot udostępniający). Jak bowiem wskazuje się w doktrynie „posłużenie się zdolnościami innych podmiotów przez wykonawcę jest dopuszczalne pod warunkiem wykazania przez niego realnego charakteru udostępnienia wymaganych zasobów, w zakresie gwarantującym wykorzystanie tych zasobów na etapie realizacji zamówienia. Wykonawca, powołując się na potencjał podmiotu trzeciego, ma zatem obowiązek wykazania, że realizując zamówienie, będzie faktycznie i w wymaganym zakresie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu. W przeciwnym razie powoływanie się na potencjał podmiotu trzeciego miałoby jedynie „papierkowy" charakter, tj. służyłoby tylko formalnemu wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu, bez faktycznego zaangażowania udostępnionego potencjału na etapie realizacji zamówienia". (M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych, Komentarz, art. 118).

Trzeba mieć na uwadze, że zakres robót rzeczywiście wykonywanych przez podmiot udostępniający zasoby bezpośrednio rzutuje na ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Zastrzeżenie jego doprecyzowania „po wyborze oferty wykonawcy" nie pozwala na dokonanie takiej oceny. Przedłożone wraz z ofertą zobowiązanie do udostępnienia zasobów jest więc wadliwe i nie może stanowić podstawy do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu jako niepodlegające weryfikacji. Co więcej, można podejrzewać, że takie określenie zakresu robót ma na celu ukrycie, że w rzeczywistości zakres ten nie będzie odpowiadał art. 118 ust. 2 p.z.p. Taka ocena uzasadniona jest również treścią wniosku o wyjaśnienie SWZ w zakresie braku możliwości zmiany podmiotu udostępniającego zasoby na etapie wykonania zamówienia (pismo wykonawcy z dnia 18 lipca 2023 r.).

Mając na względzie powyższe, z uwagi na wadliwość zobowiązania o udostępnieniu zasobów, zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia tego zobowiązania w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p., czego nie uczynił.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

Niezależnie od wadliwości zobowiązania do udostępnienia zasobów, na szczególną uwagę zasługuje, że wykonawca w zakresie wykonania robót budowlanych powołał się wyłącznie na doświadczenie WEZAMBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Tymczasem podmiot udostępniający zasoby w treści zobowiązania wskazał, że jego udział w realizacji zamówienia, obok udostępniania wykonawcy wiedzy i technologii, będzie polegać na wykonaniu jedynie części robót w zakresie postępowania.

Zgodnie z art. 118 ust. 2 p.z.p. „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."

Aby więc aby wykonawca mógł skutecznie powołać się na doświadczenie podmiotu udostępniającego w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia obejmującego roboty budowlane, podmiot udostępniający winien wykonać cały zakres robót budowlanych. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wymóg wykonania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub przy udziale wykonawcy, np. poprzez oddelegowanie przez podmiot trzeci swoich pracowników wraz z niezbędnym know-how do bezpośredniej realizacji zamówienia. Takie rozwiązanie uzasadnione jest specyfiką tych zasobów, jako integralnie związanych z danym podmiotem. Określone kwalifikacje lub wykształcenie świadczą o posiadaniu wiedzy wymaganej dla należytego wykonania zamówienia, doświadczenie zaś – o posiadaniu odpowiednich, praktycznych umiejętności, wyuczonych i ugruntowanych w praktyce. W przypadku tych zasobów brak jest zatem możliwości realnego ich przekazania, a następnie wykorzystania w trakcie świadczenia usług lub wykonywania robót budowlanych jedynie za pomocą np. szkoleń, konsultacji, doradztwa czy nadzoru. Ich realne wykorzystanie na etapie realizacji takiego zamówienia możliwe jest wyłącznie przez wykonanie robót budowlanych lub usług, do realizacji których określone zdolnością są w postępowaniu wymagane (wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2022 r., KIO 1861/22). W konsekwencji nie jest dopuszczalne posługiwanie się w toku postępowania o udzielenia zamówienia publicznego w celu wykazania spełniania warunków wiedzy i doświadczenia referencjami podmiotu trzeciego, jeżeli podmiot ten nie będzie brał udziału w wykonaniu zamówienia w zakresie tożsamym z tym udostępnianym.

Nadto w wyroku z dnia 20 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2846/12, Krajowa Izba Odwoławcza słusznie wskazała, że do spełnienia przesłanki czynnego udziału podmiotu udostępniającego zasoby nie są wystarczające konsultacje mające polegać na przekazywaniu wiedzy pracownikom wykonawcy. O ile w drodze konsultacji można nabyć wiedzę teoretyczną potrzebną do wykonania zamówienia, o tyle niemożliwym jest w ten sposób nabycie wymaganego przez zamawiającego doświadczenia w wykonywaniu robót budowlanych. O ile w efekcie konsultacji można przekazać teorię, którą można utożsamić z pojęciem „wiedza", to jednak pojęcie „doświadczenia", zwłaszcza w odniesieniu do robót budowlanych, odnosi się nie tylko do znajomości praktycznej danego zagadnienia, ale także wynikającej z niej umiejętność reakcji w warunkach zmieniających się okoliczności, której nie da się uzyskać w sposób inny, aniżeli wcześniej osobiście wykonując takie roboty budowlane.

Ponadto, w wyroku z dnia 1 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3545/20 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „ustawodawca zastrzegł zatem, że powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego jest dopuszczalne, jeżeli podmiot ten wykona roboty budowlane, do których wymagane są zdolności, na które się powołał wykonawca. Ustawa nie stanowi, że podmiot trzeci ma "wziąć udział" czy "wykonać znaczącą część". (...) Zobowiązanie do wykonania jedynie części zamówienia, gdy wykonawca powoływał się na doświadczenie w zakresie całości nie może być bowiem uznane za wystarczające".

Tym samym, podmiot udostępniający zasoby udostępniając pełne doświadczenie wymagane w postępowaniu w zakresie realizacji dwóch inwestycji (z czego jednej nie spełniającej całkowicie warunków wskazanych SWZ, o czym mowa w dalszej części uzasadnienia) powinien wykonać wszelkie roboty objęte przedmiotem niniejszego postępowania, tak by jego udział uznać za realny i rzeczywisty - co jednocześnie stoi w sprzeczności z treścią oświadczenia podmiotu trzeciego, który oświadczył że roboty te wykona jedynie w części. Podmiot zobowiązany w treści zobowiązania do udostępnienia zasobów wskazał w zasadzie dwie formy udostępnienia zasobów: wykonanie części robót oraz udostępnienie pracowników posiadających odpowiednie doświadczenie i/lub uprawnienia budowlane. Jednocześnie podmiot zobowiązany wskazał, że oddelegowanie jego pracowników na teren budowy nastąpi celem „udzielenia konsultacji organizacyjnych, technicznych, a przede wszystkim technologicznych". W żadnym jednak razie pracownicy ci nie będą uczestniczyć w bezpośredniej realizacji zadania. Skoro więc z samej treści zobowiązania podmiotu trzeciego wynika jednoznacznie, że nie będzie on realizował całości przedmiotu zamówienia, to tym samym, podmiot zobowiązany nie wykona pełnego zakresu robót, do realizacji których udostępnił swoje zasoby.

W konsekwencji, na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p. zamawiający był zobowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia realizować taki sposób, aby odpowiadało ono treści art. 118 ust. 2 p.z.p.

Uzasadnienie zarzutu nr 3

Jak wskazywano wyżej, zamawiający postawił wykonawcom ubiegającym się o udział w postępowaniu warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej polegający na wykazaniu, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie lub/i remoncie lub/i przebudowie obiektów, odpowiadających swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia o wartości nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł brutto za każdą robotę, przy czym wykonawca nie mógł sumować wartości kilku robót o mniejszym zakresie dla uzyskania wymaganej wartości porównywalnej.

W pkt. III SWZ zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia (z zastrzeżeniem, że jego sprecyzowanie nastąpiło w załączniku nr 3 – katalog do SWZ w pliku OPZ oraz w przedmiarach i projekcie budowlanym). Zgodnie z pkt III.2 SWZ zakres robót budowlanych obejmował m.in. roboty w zakresie przygotowania terenu pod budowę i roboty ziemne (pkt 1.1.), fundamenty (pkt 1.2.), roboty izolacyjne fundamentów (pkt 1.3.) oraz wykonanie pokryć i konstrukcji dachowych (pkt 1.7.).

Celem wykazania spełnienia warunku udziału w postepowaniu, wykonawca, korzystając z zasobów WEZAMBUD sp. z o.o., przedłożył wykaz robót wykonanych przez podmiot udostępniający zasoby zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ oraz dowody wykonania tych robót należycie w postaci referencji:

1)wystawionych przez AMW Sinevia z dnia 18 lutego 2021 r. dot. przebudowy budynku szkoleniowego nr 31 w Centrum Szkolenia Artylerii i Uzbrojenia w Toruniu", oraz

2)referencji wystawionych przez PALLMED sp. z o.o. z dnia 10 grudnia 2021 r. pn.: „Budowa Zakładu Opiekuńczo–Leczniczego wraz z niezbędną infrastrukturą na 4 kondygnacji budynku zlokalizowanego przy ul. Szpitalnej 32 w Żninie".

Treść referencji z dnia 10 grudnia 2021 r. wystawionych przez PALLMED sp. z o.o. nie potwierdza spełnienia ww. warunku. Istotną przesłanką spełnienia ww. warunku jest wymóg, aby roboty budowlane, na które powołuje się wykonawca, odpowiadały swym rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia. Zakres przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu obejmuje w szczególności wyodrębnione w pkt III SWZ elementy robót budowlanych. Zauważyć należy, że z referencji dotyczących zadania pn.: „Budowa Zakładu Opiekuńczo-Leczniczego wraz z niezbędną infrastrukturą na 4 kondygnacji budynku zlokalizowanego przy ul. Szpitalnej 32 w Żninie", nie wynika, aby zakres robót wykonanych przez podmiot udostępniający w ramach tej inwestycji obejmował wykonanie pokrycia i konstrukcji dachowych (pkt III.2.1.7. SWZ), ani robót w zakresie przygotowania terenu pod budowę i robót ziemnych (pkt III.2.1.1. SWZ). Nadto, pomimo uwzględnia w treści referencji wykonania robót polegających na „robotach rozbiórkowych, konstrukcyjnych i murowych", mając na uwadze, że roboty dotyczyły 4 kondygnacji budynku (co wynika z samej nazwy zadania), nie można uznać, że wskazane w referencjach roboty polegały na wykonaniu fundamentów wraz z ich izolacją (pkt III.2.1.2–3 SWZ).

Należy mieć na uwadze, że przedmiot zamówienia dotyczy wzniesienia nowego budynku, wobec czego w szczególności prace konstrukcyjne związane z wykonaniem nowych fundamentów i ich odpowiednią izolacją, a nadto wykonanie konstrukcji dachu i pokrycia dachowego oraz prace ziemne mają dla wykonania przedmiotu zamówienia kluczowe znaczenie. Zgodnie z zasadą proporcjonalności warunki udziału w postępowaniu powinny być adekwatne do zakresu zamówienia publicznego – adekwatność taka wymaga, aby wykonawca legitymował się doświadczeniem zapewniającym należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, co z kolei uzasadnia stawiane wykonawcy oczekiwania związane z doświadczeniem w zakresie konstrukcji budynku, w tym w szczególności fundamentów i dachu.

Tymczasem zadanie wykonane przez podmiot udostępniający zasoby, objęte referencjami dotyczącymi zadania pn.: „Budowa Zakładu Opiekuńczo-Leczniczego wraz z niezbędną infrastrukturą na 4 kondygnacji budynku zlokalizowanego przy ul. Szpitalnej 32 w Żninie", nie spełnia warunku zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy z uwagi na niezgodność zakresu wykonanych robót z przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu. W konsekwencji wykaz robót złożony przez wykonawcę nie potwierdza, aby wykonawca – z powołaniem się na doświadczenie podmiotu trzeciego – spełniał opisany powyżej warunek zdolności technicznej i zawodowej z uwagi na fakt, że zakres robót wykonanych w ramach zadania objętego referencjami, nie odpowiada zakresowi przedmiotu zamówienia, wobec czego zamawiający powinien wezwać wykonawcę na podstawie art. 122 p.z.p. do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub wykazania, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W złożonej pismem z 22 sierpnia 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in:

Ad. Zarzut 1

1. Warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Zamawiający przytoczył treść warunku - zgodnie z SWZ - Rozdział V Warunki udziału w postępowaniu.

Treść warunku o którym mowa w pkt V.1.4) SWZ wskazuje wyłącznie na konieczność legitymowania się przez wykonawcę wykonaniem co najmniej 2 robotami budowlanymi o następujących cechach:

- budowa lub/i remont lub/i przebudowa,
- obiektów odpowiadających swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia,
- o wartości każdej z nich min. 7 mln zł brutto.

Warunek nie precyzuje poza rodzajem robót oraz wartością pojęć takich jak *„obiekt odpowiadający swoim rodzajem i zakresem"* w stosunku do przedmiotu zamówienia. Warunek nie wskazuje żadnych konkretnych szczegółowych robót warunkujących uznanie zamówienia referencyjnego za spełniające wymagania.

Przedmiot zamówienia w postępowaniu obejmuje zgodnie z Załącznikiem do SWZ - OPZ – roboty budowlane oraz instalacje sanitarne i elektryczne.
Roboty budowlane:
•w zakresie przygotowania terenu pod budowę i roboty ziemne
•fundamenty
•roboty izolacyjne fundamentów
•konstrukcje z betonu zbrojonego
•konstrukcja stalowa
•roboty murarskie i murowe
•wykonywanie pokryć i konstrukcji dachowych oraz podobne roboty
Instalacje sanitarne w zakresie:
•sieci sanitarne-drenaż terenu
•sieci sanitarne -drenaż wokół budynku
•przyłącza sanitarne: przyłącze wodociągowe, przyłącze kanalizacji deszczowej, przyłącze kanalizacji sanitarnej
budynek główny-kanalizacja sanitarna podposadzkowa.
Dodatkowo OPZ przewiduje wykonanie instalacji elektrycznych wewnętrznych.
Analogiczny podział zakresu rzeczowego zawiera SWZ - Rozdział III Opis przedmiotu zamówienia s.3.
Tak również Wzór umowy - Załącznik nr 3 do SWZ.
Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu w BZP - nr 2023/BZP 00284194 z dnia 2023-06-30
4.2.6.) Główny kod CPV: 45000000-7 - Roboty budowlane
4.2.7.) Dodatkowy kod CPV:
45216121-8 - Roboty budowlane w zakresie obiektów straży pożarnej
45300000-0 - Roboty instalacyjne w budynkach
Analogicznie SWZ:
III. Opis przedmiotu zamówienia:
1. Przedmiotem zamówienia jest: Budowa Komendy Powiatowej PSP z Jednostką Ratowniczo - Gaśniczą w Bolesławcu - etap budowy stanu surowego zamkniętego w latach 2023 - 2025.
Kod CPV:
– 45000000-7 Roboty Budowlane,
– 45216121-8 Roboty Budowlane w zakresie obiektów Straży Pożarnej,
– 45300000-0 Roboty instalacyjne w budynkach
Treść warunku podmiotowego nie stawia wobec wykonawców wymogu w zakresie doświadczenia zawodowego, który miałby powielać dokładnie całkowity zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia zawarty w OPZ jednak wskazuje na wymóg doświadczenia wyłącznie w zakresie wykonania robót budowlanych polegających na budowie/przebudowie/remoncie obiektów - nie zaś w odniesieniu do doświadczenia w wykonaniu instalacji sanitarnych czy elektrycznych.
Warunek został określony w sposób, który nie wymagał od wykonawców aby każdy element opisu przedmiotu zamówienia miał obligatoryjnie znaleźć się w zakresie rzeczowym każdego zamówienia referencyjnego.
Dopiero gdyby faktycznie brzmienie warunku udziału wskazywało wprost na konieczność uwzględnienia w zakresie zamówienia referencyjnego każdego elementu opisu przedmiotu zamówienia (np. fundamentowania czy poszyć dachowych) dopuszczalna byłaby weryfikacja pod tym kątem zamówień referencyjnych.
Zadaniem warunku udziału w jego obowiązującym brzmieniu było dopuszczenie do realizacji zamówienia podmioty, których doświadczenie zawodowe odpowiada rodzajem i zakresem zasadniczemu przedmiotowi zamówienia tj. zgodnie z tytułem zadania - budowy obiektu kubaturowego - etap budowy stanu surowego zamkniętego - dodatkowo poza samą budową dopuszczając również remonty i przebudowy takich obiektów. Podkreślenia wymaga, że warunek odnosi się *stricte* do wykonawstwa robót budowlanych nie zaś prac instalacyjnych.
Zamawiający kierując się zasadą proporcjonalności nie ograniczył dostępu do postępowania
wyłącznie do podmiotów, które uprzednio zrealizowały roboty tożsame z przedmiotem zamówienia i obejmujące jego całkowity zakres rzeczowy 1:1 a wyłącznie do takich które wykonały roboty odpowiadające swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia. Potwierdza powyższe także wartość zamówień referencyjnych - 7 mln zł brutto przy wartości zamówienia 13 350 000 PLN brutto.
2. Spełnienie warunku udziału pkt V.1.4) SWZ przez Przystępującego
Wykonawca Terlan Sp.zo.o. spełnia w postępowaniu warunek w zakresie doświadczenia posługując się w trybie art. 118 Pzp potencjałem podmiotu trzeciego WEZAMBUD sp. z o.o. ul. Mickiewicza 37A, 88-400 Żnin. Terlan wraz z ofertą złoży

zobowiązanie WEZAMBUD z dnia 20.07.2023 r. na podstawie którego podmiot użyczający udostępnił Terlan potencjał dla spełnienia warunku udziału o którym mowa w pkt V.1.4) SWZ.
Treść zobowiązania, w ocenie Zamawiającego, wskazuje w sposób pozwalający na ocenę spełniania warunku i realność udostępnienia potencjału na zakres, sposób i okres udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego.
Użyczający udostępniając wiedzę i doświadczenie w zakresie potwierdzającym spełnianie warunku w zakresie wykonawstwa robót budowlanych i zobowiązując się do wykonania robót budowlanych z jednej strony potwierdził warunek z drugiej wskazał na zobowiązanie wykonania w ramach umowy robót budowlanych- poza zobowiązaniem pozostają zatem instalacje sanitarne i elektryczne.
Zobowiązanie w odniesieniu do poszczególnych jego elementów wskazuje:
a) Zakres dostępnych Wykonawcy zasobów Podmiotu Trzeciego:
zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia w wykonywaniu inwestycji podobnych do tych, które wchodzą w zakres przedmiotu Postępowania, Podmiot Trzeci udostępnia Wykonawcy poprzez przekazanie wiedzy oraz doświadczenia, jaką zdobyło podczas realizacji Zadań Inwestycyjnych, które niezbędne są do wykonania zamówienia pozyskanego w ramach Postępowania w szczególności poprzez:
- *wykonanie części robót, które wchodzą w zakres Postępowania,*
- *udostępnienie pracowników, którzy nabyli doświadczenie w realizacji podobnych inwestycji,*
- *udostępnienie pracowników posiadających odpowiednie uprawnienia budowlane oraz doświadczenie w realizacji robót zakresem podobnych do niniejszego Postępowania,*
- *udostępnieniu pracowników odpowiedzialnych za organizację zakupów materiałów niezbędnych do wykonania umowy oraz usług innych podmiotów jak i również swoje kontakty handlowe.*

Podmiot Trzeci będzie realizował powyższe prace na warunkach uzgodnionych przez Strony, na podstawie umowy podwykonawczej na wykonanie robót.
Wskazany zakres zasobów Użyczającego potwierdza zarówno zakres udostępnianej wiedzy i doświadczenia (wskazane zamówienia referencyjne) jak również realność udziału tego podmiotu w wykonaniu robót budowlanych w ramach umowy podwykonawczej połączone z udostępnieniem doświadczonego personelu tak wykonawczego jak również kierowniczego i logistycznego.
W przypadku personelu, w ocenie Zamawiającego, wobec faktu, że doświadczenie zawodowe to niematerialny składnik przedsiębiorstwa, udział personelu Użyczającego w realizacji zamówienia potwierdza jedynie poza podwykonawstwem realność udostępnienia potencjału związanego z faktyczną realizacją robót w ramach wykonania zamówienia. Wskazać przy tym należy, że w przypadku Kierownika budowy Terlan zgodnie ze złożonym Wykazem osób dysponuje własnym Kierownikiem i nie korzysta w tym zakresie z użyczenia a zatem pozostały personel z uprawnieniami to przykładowo kierownicy robót branżowych wobec których nie stawiano odrębnych warunków jednak z pewnością będą uczestniczyli w realizacji zamówienia.
b) Sposób wykorzystania zasobów Podmiotu Trzeciego, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia:
Podmiot Trzeci przekaże Wykonawcy swoje zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia poprzez realizację części zamówienia w zakresie wykonania robót budowlanych polegających na budowie komendy Powiatowej PSP z Jednostką Ratowniczo-Gaśniczą na podstawie umowy podwykonawczej.
Ponadto Podmiot Trzeci będzie przekazywał Wykonawcy posiadaną wiedzę i doświadczenie w zakresie wykonania robót, które są również objęte niniejszym Postępowaniem poprzez doradztwo techniczne w trakcie realizacji inwestycji.
Poza zakresem robót wykonywanych na podstawie umowy podwykonawczej, Podmiot Trzeci oddeleguje również swoich pracowników na teren budowy, celem udzielania konsultacji organizacyjnych, technicznych a przede wszystkim technologicznych w ramach wykonania prac wchodzących w zakres niniejszego Postępowania.
Zespół Podmiotu Trzeciego będzie dostępny Wykonawcy przez cały okres trwania inwestycji. Osoby oddelegowane na teren budowy uczestniczyć będą również w ramach potrzeb Wykonawcy:
- *w kluczowych, z technologicznego punktu widzenia czynnościach na terenie budowy,*
- *w naradach budowy.*

Użyczający po raz kolejny wyraźnie potwierdza, że zobowiązuje się do realizacji robót budowlanych związanych z budową w ramach umowy podwykonawczej jak również do udostępnienia dodatkowo własnego Zespołu osobowego do udziału w realizacji robót.
W ocenie Zamawiającego mamy do czynienia z kompleksowym udostępnieniem potencjału w sposób realny, poprzez zobowiązanie do realizacji robót w charakterze podwykonawcy robót budowlanych.
Dodatkowo udostępnienie przez Użyczającego własnego Zespołu wykonawczego i specjalistycznego co najwyżej jedynie wzmacnia realność udostępnienia potencjału i gwarantuje, że Użyczający faktycznie wykona w ramach realizacji zamówienia roboty konieczne do spełnienia warunku udziału.
c) Charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z Podmiotem Trzecim:

Wykonawcę oraz Podmiot Trzeci będzie łączyła umowa podwykonawcza na wykonanie części robót objętych zamówieniem - opisanych w pkt. b powyżej, a dotyczących inwestycji pn.: „Budowa Komendy Powiatowej PSP z Jednostką Ratowniczo - Gaśniczą w Bolesławcu - etap budowy stanu surowego zamkniętego w latach 2023 - 2025".
W wykonywaniu zamówienia Podmiot Trzeci uczestniczyć będzie w następującym czasie i zakresie:
Podmiot Trzeci będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia przez cały okres realizacji inwestycji. Wykonawca będzie również korzystał z zasobów Podmiotu Trzeciego w okresie gwarancji i rękojmi.
Zakres udziału Podmiotu Trzeciego będzie polegać na:
- *wykonaniu części robót wchodzących w zakres niniejszego Postępowania,*
- *doradztwie oraz uczestniczeniu w czynnościach związanych z realizacją niniejszego Postępowania,*
- *uczestnictwie w kluczowych, z technologicznego punktu widzenia czynnościach na terenie budowy,*

W ocenie Zamawiającego treść złożonego zobowiązania spełnia wymagania o których mowa w Pzp warunkujące skuteczność użyczenia. Mamy do czynienia ze zobowiązaniem wystarczająco realnym i skonkretyzowanym dla potrzeb oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu.
Należy podkreślić, że treść warunku udziału odnosi się do wykonania robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia na poziomie wartości 7 mln zł brutto.
Cena oferty Terlan w postępowaniu to 11.439.000,00 zł brutto a zatem różnica ceny ofertowej w stosunku do poziomu wystarczającego dla potrzeb spełniania warunku to 4 439 000 zł.
Byłoby inaczej gdyby poziom wartościowy warunku udziału w zakresie doświadczenia pokrywał w całości cenę oferty wykonawcy - w takim przypadku istotnie można byłoby zasadnie oczekiwać, aby podmiot spełniający warunek udziału faktycznie wykonał samodzielnie w całości przedmiot zamówienia.
W świetle treści oferty Terlan, treści zobowiązania Użyczającego oraz warunku udziału, nie może być mowy, wbrew twierdzeniom Odwołującego, o konieczności wykonania całości zamówienia przez Użyczającego. Zarzuty odwołania pomijają całkowicie faktyczną treść zobowiązania podmiotu Użyczającego. Skoro zatem treść złożonego wraz z ofertą zobowiązania potwierdza zamiar udziału Użyczającego w realizacji zamówienia w zakresie robót koniecznych dla spełnienia warunku udziału, w ocenie Zamawiającego dalsze dodatkowe precyzowanie i uszczegóławianie zakresu robót jest na aktualnym etapie zbędne.
Zamawiający wskazuje także, że poza Zobowiązaniem także treść oferty Terlan (Formularz ofertowy - Załącznik nr 1) potwierdza powyższe okoliczności (podwykonawstwo robót budowlanych polegających na budowie komendy PSP). (…)
W ocenie Zamawiającego treść zobowiązania Użyczającego jest wystarczająco konkretna, jednoznaczna i wprost potwierdzająca zamiar faktycznego udziału Użyczającego w realizacji robót budowlanych jako podwykonawcy – nie może być zatem mowy o fikcyjności zobowiązania czy też jego niedookreślonym czy też fikcyjnym charakterze. Zobowiązanie identyfikuje udostępniany potencjał, potwierdza wymagany dla użyczenia doświadczenia zamiar udziału w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy robót budowlanych.
Zgodnie z art. 118 ust 3 Pzp zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, winno obejmować również określenie *„czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą".* Zobowiązanie Użyczającego złożone z ofertą Terlan potwierdza, że wykona on w ramach realizacji przedmiotu zamówienia roboty budowlane wystarczające dla potrzeb oceny spełniania warunku podmiotowego udziału w postępowaniu, co jest zgodne z Pzp, a jednocześnie w trakcie realizacji zamówienia proces ten będzie weryfikowalny i poddany kontroli Zamawiającego.
W ocenie Zamawiającego Pzp nie stoi na przeszkodzie aby szczegółowy zakres prac został ustalony w przypadku wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, przed przystąpieniem Wykonawcy do realizacji zamówienia. Kluczowe z punktu widzenia Zamawiającego jest aby Udostępniający potencjał faktycznie wykonał roboty budowlane objęte przedmiotem zamówienia na poziomie wystarczającym dla potrzeb spełniania warunku udziału w postępowaniu co z jednej strony pozwala na pozytywną ocenę spełniania warunku podmiotowego w trakcie postępowania a z drugiej potwierdza realność użyczenia w fazie realizacji umowy przez wykonawcę.
Odnosząc się do kwestii podnoszonej przez Odwołującego a związanej z wyjaśnieniami do SWZ (pytanie z dnia 18.07.br. - wyjaśnienia z dnia 19.07.br) Zamawiający wskazuje, że wprowadzona modyfikacja Projektu umowy, zgodnie z sugestią pytającego potwierdziła na etapie realizacji zamówienia możliwość zmiany podmiotu użyczającego, co jest w pełni zgodne z Pzp, jednak pozostaje bez związku z zarzutami odwołania.
Zamawiający przytoczył treść pytania nr 3 oraz odpowiedzi na pytanie nr 3.

Ad. Zarzut 2

Zarzut jest powiązany z Zarzutem 1 i wynika z wadliwego i zawężającego rozumienia przez Odwołującego treści warunku udziału w postępowaniu w zw z art. 118 Pzp. (…)
Przedmiot warunku udziału dotyczy wyłącznie określonego rodzaju robót o wskazanej wartości. SWZ nie przewiduje

wymogu osobistego wykonania zamówienia - Rozdział XIX SWZ
Podwykonawstwo (…)
Jak wskazano powyżej w uzasadnieniu do Zarzutu 1, podmiotowy warunek udziału dotyczący doświadczenia został określony na poziomie połowy wartości przedmiotu zamówienia. Z kolei zestawiając poziom warunku udziału (7 mln zł brutto) z ceną oferty Terlan (ok. 11,4 mln zł brutto) wynika z powyższego, że podmiot udostępniający potencjał nie musi w celu skutecznego wykazania warunku przez Terlan, wykonać całości przedmiotu zamówienia.
Zamawiający przytoczył treść art. 118 ust 2 Pzp.
Przepisy Pzp ani treść warunku udziału w Postępowaniu nie nakładają na podmiot udostępniający potencjał, obowiązku wykonania całego przedmiotu zamówienia a jedynie zobowiązują do wykonania robót do realizacji których zdolności są wymagane - w przedmiotowym postępowaniu roboty budowlane (budowa, przebudowa, remont) o wartości min 7 mln zł brutto.
Ponadto gdyby faktycznie każdorazowo udostępniający potencjał doświadczenia musiał dla spełniania warunku przez wykonawcę wykonywać w całości przedmiot zamówienia, instytucja użyczenia byłaby całkowicie zbędna bowiem i tak użyczający w każdym przypadku musiałby samodzielnie wykonać przedmiot zamówienia w całości za wykonawcę. W takim przypadku złożenie oferty przez wykonawcę nie miałoby żadnego racjonalnego uzasadnienia.
Odwołujący w końcowej części uzasadnienia zarzuca Użyczającemu, że ten poza podwykonawstwem robót dodatkowo przewiduje udostępnienie potencjału osobowego na rzecz Wykonawcy. W ocenie Zamawiającego kluczowe znaczenie z punktu oceny spełniania warunku doświadczenia ma zobowiązanie Użyczającego do wykonania robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia w charakterze podwykonawcy.
Fakt, że Użyczający dodatkowo przewiduje udostępnienie personelu zarówno wykonawczego (konieczny do realizacji robót) jak również posiadającego niezbędne uprawnienia zawodowe – który będzie uczestniczył w realizacji robót, trudno uznać za niedozwolone. W ocenie Zamawiającego deklarowany zamiar Użyczającego udostępnienia w fazie realizacji zamówienia na rzecz Terlan także personelu potwierdza jedynie realny i faktyczny nie zaś formalny i „papierowy" zamiar udziału w wykonaniu zamówienia i przeczy twierdzeniom Odwołującego.

Zarzut 3 (ewentualny)

Udostępniający potencjał powołał się w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału na dwa zamówienia referencyjne w tym w szczególności na zadanie pn:
2. Budowa Zakładu Opiekuńczo – Leczniczego wraz z niezbędną infrastrukturą na 4 kondygnacji budynku zlokalizowanego przy ul. Szpitalnej w Żninie"
Zgodnie z danymi zawartymi w Wykazie robót (Załącznik nr 4 do SWZ) złożonym przez Terlan, zakres robót wykonanych przez Udostępniającego obejmował w szczególności: *wymianę stolarki okiennej, montaż stolarki okiennej, roboty rozbiórkowe, konstrukcyjne i murowe, prace wykończeniowe, wykonanie instalacji elektrycznych (wew. I zewn.), sanitarnych (wew.), teletechnicznych, elektrycznych (wew. I zewn.),zagospodarowanie terenu.*
Załączone do Wykazu robót referencje zawierają szczegółowy zakres rzeczowy wykonanych robót. Zgodnie z publicznie dostępnymi danymi zamówienia referencyjnego (postępowanie zakupowe prowadzone było za pomocą Bazy Konkurencyjności) zakres rzeczowy zamówienia obejmował:
Przedmiot zamówienia stanowi realizację projektu pn. ,,Budowa Zakładu Opiekuńczo-Leczniczego wraz z niezbędną infrastrukturą na 4 kondygnacji budynku zlokalizowanego przy ul. Szpitalnej 32 z Żninie" nr RPKP.06.01.01-04-0099/17 współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Osi Priorytetowej 6: Solidarne społeczeństwo i konkurencyjne kadry, Działania 6.1: Inwestycje w infrastrukturę zdrowotną i społeczną, Poddziałanie 6.1.1: Inwestycje w infrastrukturę zdrowotną, Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko - Pomorskiego na lata 2014 - 2020.
Przedmiotem niniejszego Zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w systemie "zaprojektuj i wybuduj", a w szczególności:
a) wykonanie Projektu Budowlanego, na podstawie otrzymanego od Zamawiającego Zaktualizowanego Programu Funkcjonalno-Użytkowego oraz uzyskanie w imieniu Zamawiającego prawomocnego pozwolenia na budowę przedmiotowego zadania inwestycyjnego na podstawie ww. projektu lub zmiany prawomocnego pozwolenia na budowę z dnia 11 września 2018 r. nr 451 wydanego przez Starostę Żnińskiego, oraz przeniesienie autorskich praw majątkowych do Projektu Budowlanego,
b) wykonanie wielobranżowych Projektów Wykonawczych, na podstawie otrzymanego od Zamawiającego Zaktualizowanego Programu Funkcjonalno-Użytkowego, oraz przeniesienie autorskich praw majątkowych do tych projektów,
c) wykonanie robót budowlanych na zasadach Generalnego Wykonawstwa, zgodnie z uzyskaną w imieniu

Zamawiającego prawomocną decyzją o zmianie pozwolenia na budowę, w ramach zadania inwestycyjnego pod nazwą: ,,Budowa Zakładu Opiekuńczo - Leczniczego wraz z niezbędną infrastrukturą na 4 kondygnacji budynku zlokalizowanego przy ul. Szpitalnej 32 w Żninie" oraz sprawowanie Nadzoru Autorskiego.

W ocenie Zamawiającego zakres rzeczowy robót wykonanych przez Udostępniającego w ramach powołanego zamówienia referencyjnego „Budowa Zakładu Opiekuńczo-Leczniczego wraz z niezbędną infrastrukturą na 4 kondygnacji budynku zlokalizowanego przy ul. Szpitalnej 32 w Żninie", spełnia warunek zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy.

Odwołujący zarzuca, że zakres wykonanych robót miał być niezgodny z przedmiotem zamówienia w aktualnym postępowaniu - w szczególności podnosząc, że: *Należy mieć na uwadze, że przedmiot zamówienia dotyczy wzniesienia nowego budynku, wobec czego w szczególności prace konstrukcyjne związane z wykonaniem nowych fundamentów i ich odpowiednią izolacją, a nadto wykonanie konstrukcji dachu i pokrycia dachowego oraz prace ziemne mają dla wykonania przedmiotu zamówienia kluczowe znaczenie.*

Zamawiający podtrzymuje stanowisko prezentowane na wstępie odpowiedzi odnośnie brzmienia warunku udziału w postępowaniu. W szczególności SWZ nie warunkowała uznania zamówienia referencyjnego za spełniające wymagania o ile ich zakres rzeczowy wchodziły prace związane z wykonaniem nowych fundamentów czy konstrukcji dachu i poszycia dachowego.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący na aktualnym etapie postępowania usiłuje dokonać modyfikacji treści warunku nadając mu brzmienie, które nie wynika z dokumentów zamówienia. Ponadto w odniesieniu do np. wykonania nowych fundamentów i ich izolacji należy pamiętać, że Zamawiający dopuścił jako referencyjne nie tylko budowę obiektu ale także rozbudowę oraz remont już istniejącego. W tym ostatnim przypadku trudno racjonalnie oczekiwać że w ramach remontu ma powstać fundament.

Orzecznictwo KIO jednolicie stoi na stanowisku, że na etapie po złożeniu ofert w postępowaniu za niedopuszczalne jest dokonywanie interpretacji warunków podmiotowych w sposób inny niż językowy i ścisły. Jak potwierdza orzecznictwo KIO, na aktualnym etapie postępowania próby interpretacji brzmienia warunku udziału w postępowaniu, nie są dozwolone, a Zamawiający jak i wykonawcy są związani treścią SWZ i warunków w ich ostatecznym kształcie. Na etapie po złożeniu ofert w przetargu dokonywana jest wyłącznie ocena spełnienia warunku w jego obowiązującym kształcie.

O ile faktycznie Odwołujący uznawał, że warunek winien otrzymać inne brzmienie lub winien być uszczegółowiony i doprecyzowany winien był w trybie czy to procedury wyjaśniającej SWZ czy też na drodze środków ochrony prawnej wnosić o modyfikację warunku, co jednak w sprawie nie miało miejsca.

Zamawiający przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 września 2021 r. KIO 2264/21 oraz z dnia 4 marca 2022 r. KIO 434/22.

Reasumując w ocenie Zamawiającego Przystępujący skutecznie wykazał spełnianie warunku udziału a przedstawione zamówienie referencyjne spełnia wymagania w ich obowiązującym brzmieniu.

Dodatkowo Zamawiający podnosi, że zgodnie z rankingiem ofert w postępowaniu z kwestionowanej odwołaniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, oferta Odwołującego znajduje się aż na 4 pozycji zatem przed nią poza Przystępującym są jeszcze 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. Powyższe potwierdza, poza samymi w ocenie Zamawiającego bezzasadnymi zarzutami, że celem odwołania może być wyłącznie przedłużenie procedury wyboru oferty najkorzystniejszej a wykazywany interes Odwołującego we wniesieniu odwołania *(„Nie jest bowiem wykluczone, że wykonawca, który złożył kolejną pod względem wysokości ofertę wycofa się z postępowania, zostanie wykluczony lub też nie złoży podmiotowych środków dowodowych lub jego oferta zostanie odrzucona z innych przyczyn.”*) jest czysto pozorny i hipotetyczny.

Wykonawca TERLAN Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniuzgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego W złożonej pismem z 22 sierpnia 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, jak Zamawiający, wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu Zgłaszający przystąpienie wskazał m.in:

Zarzut nr 1

Oświadczenie Wezambudu zawarte w Zobowiązaniu jest jasne, precyzyjne i zawiera wszystkie elementy wymagane postanowieniem art. 118 ust. 4 Pzp, tj. precyzyjnie określa: zakres udostępnianych zasobów, sposób i okres udostępnienia zasobów na potrzeby realizacji zamówienia oraz czy i w jakim zakresie Wezambud zrealizuje roboty budowlane, których przekazywane zdolności dotyczą.

Przystępujący wskazuje, że aparat pojęciowy lub nomenklaturę opisującą przedmiot zamówienia na potrzeby tego postępowania o zamówienie publiczne określił Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia. Natomiast Przystępujący oraz Podmiot Udostępniający w oświadczeniach składanych w postepowaniu posłużyli się ta nomenklaturą.

Zamawiane roboty Zamawiający podzielił na zadania i elementy określone tabelą zawartą w ust. 2 rozdziału III pt. Opis przedmiotu zamówienia SWZ:
Zgodnie z tą tabelą na zamawiane roboty składają się 3 części: (1) Roboty budowlane, (2) Instalacje sanitarne – budynek główny oraz (3) Instalacje elektryczne wewnętrzne – budynek główny.
W odniesieniu do robót, które wejdą w zakres podwykonawstwa Podmiot Udostępniający w Zobowiązaniu odniósł się do robót, które zobowiązała się wykonać w ramach podwykonawstwa odniósł się w 3 zdaniach tego oświadczenia. Na stronie 2 Zobowiązania w części a) *Zakres dostępnych Wykonawcy zasobów Podmiotu Trzeciego* Wezambud oświadcza, że przekazanie wiedzy i doświadczenia odbędzie się (…) *w szczególności przez wykonanie części robót, które wchodzą w zakres Postępowania (…).* Dalej, w części b) *Sposób wykorzystania zasobów Podmiotu Trzeciego, przez Wykonawcę, przy wykonaniu zamówienia* Wezambud jasno wskazuje zakres robót, które ma realizować w ramach podwykonawstwa oświadczając, że *Podmiot Trzeci przekaże Wykonawcy swoje zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia poprzez realizację części zamówienia w zakresie wykonania robót budowlanych polegających na budowie komendy Powiatowej PSP z Jednostką Ratowniczo-Gaśniczą na podstawie umowy podwykonawczej.* W końcu, na stronie 3 Zobowiązania, w części c) *Charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z Podmiotem Trzecim* Wezambud wskazał, że *Wykonawcę z Podmiotem Trzecim będzie łączyła umowa podwykonawcza na wykonanie części robót objętych zamówieniem (…).*
W pkt XIII oferty Przystępujący zawarł oświadczenie korespondujące z ww. oświadczeniem Podmiotu Udostępniającego, że zamierza zlecić podwykonawcy Wezambud *następującą część zamówienia: - roboty budowlane polegające na budowie komendy Powiatowej PSP z Jednostką Ratowniczo-Gaśniczą.*
W tym miejscu Przystępujący wskazuje, że użyte w Zobowiązaniu Wezambudu i ofercie Przystępującego pojęcie *robót budowlanych* wprost odnosi się do aparatu pojęciowego użytego przez Zamawiającego w tabeli ust. 2 rozdziału III pt. Opis przedmiotu zamówienia SWZ. Przystępujący i Podmiot Udostępniający ustalili, że Podmiot Udostępniający wykona *roboty budowlane polegające na budowie komendy Powiatowej PSP z Jednostką Ratowniczo-Gaśniczą,* natomiast Przystępujący wykona pozostałe dwie części zamówienia wg systematyki z ww. tabeli, tj. Instalacje sanitarne – budynek główny oraz Instalacje elektryczne wewnętrzne – budynek główny.
Znamiennym jest, że w uzasadnieniu odwołania Odwołujący w ogóle pomija jasne oświadczenie Podmiotu Udostępniającego nt. zakresu zamówienia, które ma wykonywać w ramach podwykonawstwa z części b) Zobowiązania. Odwołujący konstruuje cały bezpodstawny zarzut odwołania w oparciu o elementy oświadczenia z części a) i c) Zobowiązania nie odnoszące się do zakresu robót, które ma wykonać Podmiot Udostępniający w ramach podwykonawstwa. Tymczasem elementy Zobowiązania, o które Odwołujący opiera zarzut, odnoszą się do sposobu przekazania zasobu oraz charakteru stosunku prawnego, w ramach którego podwykonawstwo ma być realizowane.
W ten sposób, pomijając jasne i kluczowe oświadczenie w kwestii zakresu robót do zrealizowania w ramach podwykonawstwa z części b) Zobowiązania, na podstawie pośrednio tylko związanych z kwestią zakresu podwykonawstwa elementów oświadczenia, Odwołujący konstruuje nietrafne uzasadnienie zarzutu o rzekomym braku sprecyzowania zakresu podwykonawstwa oraz wywodzi bezpodstawny wniosek, jakoby w Zobowiązaniu kryło się zastrzeżenie określenia zakresu podwykonawstwa po wyborze oferty. (…)

zarzut nr 2

(…)
Z art. 118 ust. 2 Pzp w żaden sposób nie wynika zasada, że jedynie adekwatne czy rzeczywiste przekazanie zasobu doświadczenia na wykazanie pełnego warunku udziału w postępowaniu, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest realizacja tych robót objętych takim zamówieniem w 100% przez podmiot udostępniający zasoby. Taka wykładania art. 118 ust. 2 Pzp wypacza zupełnie istotę instytucji udostępniania zasobów lub świadczy o jej niezrozumieniu. Taka wykładania art. 118 ust. 2 Pzp, jak zaprezentowania przez Odwołującego, w tym przypadku byłoby jakimś wymuszaniem czy legalizowaniem firmanctwa.
Zarzut w swej istocie, tj. z uwagi na szeroki zakres podwykonawstwa, do którego zobowiązał się Podmiot Udostępniający, jest bezpodstawny. Przede wszystkim jednak zarzut został oparty o zupełnie błędną wykładnię art. 118 ust. 2 Pzp.

zarzut nr 3

(…)
W uzasadnieniu zarzutu Odwołujący wywodzi, że drugie z wykonań referencyjnych wskazanych przez Przystępującego p n . *Budowa Zakładu Opiekuńczo-Leczniczego wraz z niezbędną infrastrukturą na 4 kondygnacji budynku zlokalizowanego przy ul. Szpitalnej 32 w Żninie* o wartości robót 9.738.059,99 zł nie wypełnia wymagań ww. warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wywodzi, że treść warunku udziału o treści „odpowiadających swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia" odnosi się do robót budowlanych objętych wykonaniem referencyjnym. Z uwagi na takie zastrzeżenie oraz fakt, że przedmiot zamówienia opiewa na realizację nowego budynku, to referencyjne roboty

budowlane powinny obejmować wykonanie fundamentów budynku, wykonanie izolacji fundamentów oraz wykonanie pokryć i konstrukcji dachowych, co jest m.in. przedmiotem zamówienia pisanym w rozdziale III pn. *Opis przedmiotu zamówienia* SWZ.

Zaprezentowania w odwołaniu wykładnia tego warunku udziału jest zupełnie oderwana od jego gramatycznego brzmienia. Zaprezentowane przez Odwołującego rozumienie warunku udziału nie znajduje żadnego uzasadnienia w jego brzmieniu.

Przede wszystkim należy wskazać, że nie można z całą pewnością uznać, jakoby wyrażenie *odpowiadających swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia* odnosiło się do pojęcia *dwie roboty budowlane* użytego w zapisie warunki. Do dopełnienia w bierniku *dwie roboty budowlane* z pewnością odnosi się określenie *polegające na budowie lub/i remoncie lub/i przebudowie obiektów.* Określenie to posiada adekwatną formę do dopełnienia w bierniku *dwie roboty budowlane.* Natomiast określenie w formie *odpowiadających swoim rodzajem i zakresem* nie referuje gramatycznie formą do wyrażenia *dwie roboty budowane* (*dwie roboty budowlane (?) odpowiadających formą swoim rodzajem i zakresem*).

Nawet jeśli przyjąć, że owo wskazanie odpowiadania rodzajem i zakresem odnosi się do wymaganych robót budowlanych, to z treści warunku udziału nie da się wywieść, co Zamawiający miał namyśli przez określenie *odpowiadania swoim zakresem i rodzajem przedmiotowi zamówienia*. W warunku udziału Zamawiający wskazał tylko, że dopuszcza roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowanie lub remoncie obiektów o wartości robót minimum 7.000.000,00 zł.

Biorąc pod uwagę powyższe wyznaczniki, jeśli Zamawiający dopuścił jako uznawane doświadczenie m.in. przebudowę lub remont istniejących obiektów, to z uwagi na te pojęcia nie można twierdzić, że w zakres robót referencyjnych musi wchodzić realizacja nowych fundamentów lub dachu. (…)

Zatem, skoro Zamawiający za spełniający jego wymóg doświadczenia dopuszcza remont obiektu, który ze swej istoty nie obejmuje realizacji nowych fundamentów czy konstrukcji dachowych, to wymaganie takich robót w ramach doświadczenia referencyjnego byłoby nieuzasadnionym zawężaniem rozumienia tego warunku udziału, nie znajdującego uzasadnienia w jego treści. (…)

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty wykonawcy TERLAN Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zobowiązania o oddanie wykonawcy niezbędnych zasobów, referencji jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone w odwołaniu, odpowiedziach na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Wykonawca TERLAN Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający - Komenda Powiatowa Państwowej Straży Pożarnej w Bolesławcu prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Budowa Komendy Powiatowej PSP z Jednostką Ratowniczo – Gaśniczą w Bolesławcu – etap budowy stanu surowego zamkniętego w latach 2023-2025"", nr postępowania: PTT.2370.1.2023.

Opisany w treści odwołania oraz w odpowiedziach na odwołanie stan faktyczny sprawy odpowiada rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać jego powtarzanie.

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wiarygodny i wszechstronny oraz umożliwiający wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego odnośnie braku interesu we wniesieniu odwołania ponieważ oferta Odwołującego znajduje się na czwartym miejscu w rankingu ofert. Zamawiający oświadczył, że nie dokonał weryfikacji podmiotowej pozostałych wykonawców. Co za tym idzie, brak takiej weryfikacji stwarza możliwość Odwołującemu zakwestionowania czynności Zamawiającego w drodze przysługujących mu środków prawnych, bez względu na zajmowane przez Odwołującego miejsce w rankingu. W przypadku uwzględnienia odwołania przy ponownym badaniu ofert, Odwołujący miałby szansę podnoszenia zarzutów wobec wybranego wykonawcy.

Odnosząc się do zarzutu oznaczonego nr 1 i 2 w petitum odwołania, rozważania prawne Zamawiającego w tym zakresie są prawidłowe i jako takie również Krajowa Izba Odwoławcza uznaje je za własne. Biorąc pod uwagę treść ogłoszenia, jak również treść SWZ wraz z załącznikami, na przedmiot zamówienia składają się roboty budowlane, instalacje sanitarne i elektryczne będące „częściami" przedmiotowego zamówienia. Co za tym idzie przedmiotem zamówienia nie są wyłącznie roboty budowlane. Z kolei warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie doświadczenia wykonawcy odnosił się wyłącznie do robót budowlanych polegających na budowie lub/i remoncie lub/i przebudowie obiektów (…).

W świetle powyższego zawarte w zobowiązaniu sformułowania „wykona część robót", „część zamówienia", na które wskazuje Odwołujący, należy rozumieć w ten sposób, że podmiot udostępniający zasoby WAZAMBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Żninie udostępnił je w zakresie tej „części zamówienia", które dotyczą robót budowlanych wskazanych w SWZ oraz wzorze umowy. W ocenie Izby treść zobowiązania nie oznacza, że zasoby zostały udostępnione w niedookreślonym zakresie, czy też w zbyt wąskim. W opisie warunku udziału Zamawiający nie wskazał żadnego konkretnego rodzaju robót budowlanych, których realizację wykonawca miał wykazać, a jedynie (jak już wyżej wielokrotnie wskazywano) robotę budowlaną polegającą na budowie lub/i remoncie lub/i przebudowie obiektów. Taki też zakres został wynika z zobowiązania podmiotu WAZAMBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Żninie.

W konsekwencji powyższego, nie można podzielić stanowiska Odwołującego, w którym sugeruje, że podmiot udostępniający winien wykonać zamówienie w całości. Podmiot udostępniający zasoby zobowiązany wykonać roboty do realizacji których zdolności są wymagane - w przedmiotowym postępowaniu roboty budowlane polegające na budowie lub/i przebudowie lub/i remoncie.

W związku z tym, że zarzut nr 1 i nr 2 nie został przez Izbę uwzględniony, zarzut ewentualny wskazany jako zarzut nr 3 podlegał rozpoznaniu i również nie zasługiwał na uwzględnienie.

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że *z referencji powinien wynikać zakres wykonanych robót tożsamy z zakresem robót w przedmiotowym postępowaniu*. W orzecznictwie wielokrotnie podkreślano i z tym należy się zgodzić, że rolą referencji jest potwierdzenie należytego wykonania umowy, co wynika z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia ministra rozwoju, pracy i technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020, poz. 2415). Podkreślenia wymaga fakt, iż wykonawca nie ma wpływu na treść referencji.

W przedmiotowej sprawie bez znaczenia pozostaje fakt, że *przedmiot zamówienia dotyczy wzniesienia nowego budynku wobec czego w szczególności prace konstrukcyjne związane z wykonaniem nowych fundamentów i ich odpowiednią izolacją, a nadto wykonanie konstrukcji dachu i pokrycia dachowego oraz prace ziemne mają dla wykonania przedmiotu zamówienia kluczowe znaczenie (…) uzasadnia stawiane wykonawcy oczekiwania związane z doświadczeniem w zakresie konstrukcji budynku,* skoro Zamawiający nie wymagał doświadczenia wyłącznie w zakresie budowy, ale również remoncie czy też przebudowie.

W ocenie Izby, Odwołujący na etapie postępowania odwoławczego dokonuje interpretacji warunku udziału w postępowaniu wbrew literalnej treści tego warunku. Sformułowanie "odpowiadających swoim rodzajem i zakresem" oznacza, iż wykazywane roboty budowlane polegające na budowie lub/i przebudowie lub/i remoncie powinny być jedynie zbieżne z przedmiotem zamówienia w podstawowym zakresie czy charakterze. Rację ma Zamawiający, że *SWZ nie warunkowała uznania zamówienia referencyjnego za spełniające wymagania o ile ich zakres rzeczowy wchodziły prace związane z wykonaniem nowych fundamentów czy konstrukcji dachu i poszycia dachowego*.

Niejako na marginesie, postanowienia zawarte w SWZ są wiążące dla uczestników oraz zamawiającego. Zamawiający nie może, po upływnie terminu składania ofert, zmienić czy też doprecyzować postanowień SWZ.Jeśli wykonawca ma jakiekolwiek wątpliwości co do tego, w jaki sposób zapisy SWZ należy interpretować ma możliwość zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ. Odwołujący miał również możliwość kwestionowania w drodze odwołania treść warunku. Skoro Odwołujący tego nie zrobił, zapisy te stały się wiążące dla wszystkich i zamawiający ma obowiązek egzekwować powyższe na etapie dokonywania oceny ofert.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku, nie stwierdzając naruszenia przepisów ustawy Pzp., które miałyby jakikolwiek wpływ na wynik postępowania, a co dałoby podstawę do uwzględnienia odwołania w myśl art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. i co przekłada się na stwierdzenie, że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1) lit. a) i 2) i lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez

Odwołującego w kwotę 10 000 PLN i zasądzając kwotę 3 600 PLNtytułem wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Przewodnicząca: ...……..