

Sygn. akt: KIO 1845/23

WYROK
z dnia 12 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: NIRMAN Sp. z o.o., R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Ogólnobudowlanych R. K., Siekierczyn 315B, 59-818 Siekierczyn** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: „**Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Bolesławcu**” sp. z o.o., ul. Bankowa 6D lokal 11, 59-700 Bolesławiec, przy udziale wykonawcy: **Sigma Instalacje Sanitarne S. Sp.k., ul. Spacerowa 16, 59-700 Bolesławiec** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1845/23 po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1, tj. naruszenia art. 61 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz zarzutu nr 3, tj. naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp;**
- 2. oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów,**
- 3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum: NIRMAN Sp. z o.o., o.o., R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Ogólnobudowlanych R. K., Siekierczyn 315B, 59-818 Siekierczyn, i:**
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum: NIRMAN Sp. z o.o., Zakład Usług Ogólnobudowlanych R. K., Siekierczyn 315B, 59-818 Siekierczyn tytułem wpisu od odwołania.**

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1845/23

Uzasadnienie

Zamawiający, Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Bolesławcu Sp. z o.o. z siedzibą w Bolesławcu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości mniejszej od tzw. progów unijnych, określonych w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na wykonanie roboty budowlanej w przedmiocie: „Budowa 2 budynków mieszkalnych, wielorodzinnych przy ulicy Zwycięstwa w Bolesławcu – II postępowanie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00200611/01.

Zamawiający w dniu 22 czerwca 2023 r. na platformie e-zamówienia zamieścił informację o wyniku postępowania i wyborze oferty złożonej przez wykonawcę SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k., jako najkorzystniejszej.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie – Konsorcjum w składzie: NIRMAN Sp. z o.o., R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Ogólnobudowlanych R. K. z siedzibą w Siekierczynie na podstawie art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1.art. 61 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp, w ten sposób, że komunikował się z wybranym wykonawcą SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k. z pominięciem zasad wynikających z tego przepisu oraz z SWZ, co stanowi o rażącym naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania;

2.art. 118 ust. 2 i 4 w zw. z art. 125 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie dokonania weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k., który dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu powołał się na zasoby J. S., jednocześnie w wyjaśnieniach przyznając, że ten w ramach referencyjnej realizacji nie wybudował budynku mieszkalnego (rozpoczął i zakończył) tylko w ramach tej inwestycji wykonywał określony zakres robót tj. roboty budowlane i instalacyjne;

3.art. 128 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie żądania od wybranego wykonawcy podmiotowych środków dowodowych dot. osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz innych dokumentów w tym zobowiązania do udostępnienia zasobów i przestąpienia na złożeniu tych dokumentów z własnej inicjatywy przez wybranego wykonawcę;

4.art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z pkt 13.2 SWZ, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w efekcie doprowadziło do wyboru oferty SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k.;

5.art. 239 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k., który nie wykazał na moment wyboru spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej po wcześniejszym zastosowaniu przepisu art. 128 ust. 1 w stosunku do brakujących podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów, co do których Zamawiający nie przedstawił żadnego żądania dot. ich złożenia czy też wyjaśnienia.

Odwołujący wyjaśnił, że jest to drugie odwołanie wniesione w nin. postępowaniu przez Odwołującego w związku z dokonaniem przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej. Pierwsze zostało wniesione w dniu 05.06.2023 w sprawie sygn. akt KIO 1589/23, gdzie Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i finalnie unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej oraz zadeklarował wykonanie czynności zaniechanych oraz powtórzenie wyboru oferty najkorzystniejszej – czego de facto nie uczynił.

Zamawiający ponownie uznał za najkorzystniejszą ofertę SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k., pomimo, że wykonawca nie spełnia warunku progowego wymaganego doświadczenia, przez co jego oferta nie może być uznana za najkorzystniejszą. Dokonany przez Zamawiającego w dniu 22.06.2023 roku ponowny wybór oferty SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k. jest zatem wadliwy i narusza przepisy ustawy Pzp.

Naruszenie art. 61 ust. 1, art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp

Sposób, w jaki Zamawiający wypełnił dyspozycję art. 128 ust. 1 w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp, dot. żądania od SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k. podmiotowych środków dowodowych stanowi dowód naruszenia uczciwej konkurencji i wskazuje, że Zamawiający z tym wykonawcą ma kontakt, który wykracza poza przyjęty w SWZi art. 61 ust. 1 Pzp sposób komunikacji.

Zamawiający pismem z dnia 21.06.2023 r. przesłanym e-mailem o godz. 12.05 wezwał SIGMA SK do wyjaśnienia: „Czy zespół trzech budynków wielorodzinnych podpiwniczonych w Zgorzelcu, przy ul. Lubańskiej, działka gruntu nr 20, obręb 0002, AM-6, jest ze sobą połączony funkcjonalnie na poziomie podziemnym lub naziemnym (np. łącznik, garaż podziemny, itp.) ?”

Zamawiający na podstawie złożonego przez SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k. wykazu wykonanych robót i protokołu odbioru robót z dnia 09.11.2021 r. nie mógł mieć wiedzy, że podawana jako referencyjna realizacja stanowi zespół trzech budynków wielorodzinnych; są to budynki podpiwniczone, są usytuowane na działce gruntu nr 20, obręb 0002, AM-6, co świadczy zdaniem Odwołującego o relacjach Zamawiającego z tym wykonawcą w rozmiarze stanowiącym dowód naruszenia uczciwej konkurencji i kontaktów wykraczających poza platformę, na której prowadzone jest postępowanie.

Ponadto, pytanie sugerowało wyrażenie kierunku odpowiedzi. Odpowiedź zaś zaczęła być redagowana jeszcze przed zadaniem pytania – nosi datę 19.06.2023 r., co więcej, zawiera informacje dot. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, oraz zobowiązania do udostępnienia zasobów, o które to osoby i zasoby Zamawiający w ogóle nie zapytał. Dodatkowo, zobowiązanie jest datowane na 20.06.2023 r., tj. na dzień przed otrzymaniem pytania od Zamawiającego.

Naruszenie art. 239 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c, art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp

Wykonawca SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k. jeszcze pod otrzymaniem wezwania od Zamawiającego o wyjaśnienie podmiotowych środków dowodowych zaczął redagować pismo/wyjaśnienie datowane 19.06.2023 r. Data ta mieści się pomiędzy uwzględnieniem odwołania, a wystosowaniem wezwania przez Zamawiającego z dnia 21.06.2021 r. o wyjaśnienia.

Z treści wyjaśnień wynika, że jest to odpowiedź na wezwanie z dnia 12.06.2023 r. – a takie wezwanie Odwołującemu nie zostało udostępnione, co oznacza, że Zamawiający zanim podjął decyzję o uwzględnieniu odwołania kontaktował się z SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k. celem sprawdzenia, czy w przypadku wystosowania wezwania w zakresie braków dokumentów ujawnionych w odwołaniu, SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k. sprostą wyjaśnieniom i złoży brakujące dokumenty.

Wykonawca SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k., odpowiadając na zadane pytanie, przedstawił szereg dokumentów, których Zamawiający nie wymagał, a których treść czyni zupełnie niewiarygodną udzieloną odpowiedź. W ocenie Odwołującego, dokumenty te zostały przedstawione ze z góry powziętym zamiarem wprowadzenia w błąd i zamiar ten został zrealizowany.

Odwołujący ustalił, że decyzją nr 147/2018 Starosta Zgorzelecki zatwierdził projekt budowlany i udzielił pozwolenia na budowę trzech budynków wielorodzinnych na działkach nr 7/2 , 8/2, 9/2 obręb 0002, Zgorzelec; AM 6, jednostka

ewidencyjna 022602_1 Miasto Zgorzelec. Decyzją z dnia 26.11.2018 roku ten sam Starosta przeniósł decyzję z PLUS Development Sp. z o.o. spółka komandytowa na RH Development Sp. z o.o. spółka komandytowa. Zgodnie z danymi z geoportal.gov.pl lokalizacja zamierzenia inwestycyjnego dot. Trzech odrębnych działek nr 7/2 , 8/2, 9/2 obręb 0002, Zgorzelec; AM 6, jednostka ewidencyjna 022602_1 Miasto Zgorzelec.

Odwolujący podniósł, że w panelu porównawczym na 12.2021 roku – tj. na datę odbioru wg protokołu odbioru złożonego przez SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k., było tam pole - zatem w dacie odbioru wg urzędowych danych (mapach rzeczywistych) budynek jeszcze nie istniał.

Odwolujący przyznał, że bryła budynku wg danych w geoportal.gov.pl odpowiada złożonemu wyciągowi z dokumentacji projektowej – jest to jeden budynek. Ma to takie znaczenie, że w wyjaśnieniach SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k. podał, że mamy do czynienia z trzema budynkami połączonymi piwnicami. O ile istnieje taka łączność, to również dotyczy (w zakresie przedstawionego rzutu) dachu, oraz ścian wewnętrznych. Okoliczność ta ma jednak wtórne znaczenie, gdyż ten budynek wg powołanych danych w grudniu 2021 roku nie istniał, zatem nie mógł być wskazywany jako referencyjny.

Wykonawca SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k. przedstawił również umowę, jaka łączyła RH Development Sp. z o.o. spółka komandytowa (po cesji z dnia 19.06.2020 roku) z J. S.. W § 1 umowy z dnia 28.01.2020 roku określona jest lokalizacja inwestycji: działka gruntu nr 20 obręb 0002 obręb AM6 w Zgorzelcu. Jest to inna lokalizacja, aniżeli ta, która wynika z wyżej opisanej decyzji Starosty Zgorzeleckiego.

Istotnie na wydruku widać 3 budynki, jednak ich wzajemne usytuowanie jest zupełnie inne niż wyżej opisanych; jest to kompleks łącznie 6 budynków, które w rzutach niczym nie przypominają przedstawionego przez SIGMA SK wyciągu z dokumentacji projektowej; są to odrębne budynki nie połączone żadnymi częściami wspólnymi.

Z powyższego wynika, że na bazie powszechnie dostępnych urzędowych danych (www.geoportal.gov.pl) Zamawiający miał możliwość zweryfikowania informacji przedstawionych przez SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k. Weryfikacja prowadzi do jednego logicznego wniosku, że są to informacje nieprawdziwe, opierające się na „sklejeniu”, danych z decyzji pozwolenie na budowę z umową o wykonanie budynku 3 elementowego, po to aby wpisywały się w złożone oświadczenie.

Wyjaśnienia wyżej opisane w żaden sposób nie przystają do warunku udziału w postępowaniu. Warunkiem udziału w postępowaniu było min. posiadanie doświadczenia, niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia, tj. wykonanie/zakończenie (rozpoczęcie mogło nastąpić wcześniej) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie, przebudowie lub rozbudowie obiektu użyteczności publicznej, budynku mieszkalnego lub budynku zamieszkania zbiorowego zgodnie z definicją zawartą w § 3 pkt 4 - 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.04.2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. 2019 poz. 1065 z późn. zm.), o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł brutto (słownie: trzy miliony złotych). W przypadku robót, których wartość została wyrażona w umowie w innej walucie niż PLN należy dokonać przeliczenia tej waluty na PLN przy zastosowaniu średniego kursu NBP na dzień zakończenia robót (w przypadku robót rozliczanych wyłącznie w walutach innych niż PLN).

Przedstawione dokumenty są dowodem, że Sp.k. wykonywała w ramach budowy 3 budynków wielorodzinnych wyodrębniony zakres robót (roboty instalacyjne i prace budowlane) – co zostało w wyjaśnieniach przyznane, w sytuacji, gdy roboty te nie mogły doprowadzić do budowy budynku mieszkalnego (rozpoczęcie i zakończenie). Podana w wyjaśnieniach wartość robót (pkt 3 wyjaśnień in fine) odwołuje się do faktury za wykonane roboty, ta zaś opiewa na kwotę nie 3 milionów zł tylko na 300.000,- zł zatem 10 razy mniej.

Odwolujący wskazał, że na tle wyjaśnień z dnia 19.06.2023 r. warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia jest spełniony, gdy podmiot, na zasoby którego wykonawca się powołuje uczestniczył w realizacji inwestycji referencyjnej w sytuacji, gdy nic takiego z opisu warunku nie wynika. Jest wręcz przeciwnie – należy mieć doświadczenie polegające na rozpoczęciu i zakończeniu (...) nie zaś uczestniczeniu jako podwykonawca niewielkiej części robót, w realizacji robót, których efektem było wykonanie budynku mieszkalnego. Warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do podejmowanych czynności oceny ofert wiążą też Zamawiającego i nie ma przestrzeni na ich dowolną interpretację.

Do wykazu robót budowlanych należało dołączyć dowody na okoliczność czy roboty te zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty. W złożonym protokole odbioru nie było żadnego zapisu, z którego wynikałoby, że roboty budowlane zostały wykonane należycie. Z przedstawionego protokołu wynika, że J. S. w zakresie jednej z prowadzonych działalności był na budowie jedynie podwykonawcą i w jego robotach ujawniono wady. Rodzaj wad nie ma znaczenia. Treść protokołu stanowi dowód, że odebrane roboty nie zostały wykonane

należycie. W ramach wyjaśnień SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k. złożyła wykaz / listę usterek, które potwierdzają powyższą tezę. Co więcej lista odnosi się do protokołu z dnia 22.09.2021 roku w sytuacji, gdy na protokole odbioru widnieje data 09.11.2021 roku – zatem lista ta jest dokumentem późniejszym.

Odwołujący wskazał, że brakujące zobowiązanie dot. udostępnienia zasobów w zakresie doświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby: SIGMA Projekty-Instalacje J.S(pkt 10.3 SWZ) zostało podpisane przez J. S. podpisem kwalifikowanym w dniu 20.06.2023 roku o godz. 14.46, wyjaśnienie w tym samym dniu o godz. 14.42, a wykaz osób o godz. 14.51. Podana sekwencja składania podpisów ilustruje, że J. S. reprezentując wybranego wykonawcę oraz będąc jednocześnie podmiotem na zasoby którego ten wykonawca się powołuje, składa oświadczenia „ciągami”, tak aby wpisywały się w wymagania Zamawiającego. W kontekście wymogów prowadzonej procedury powstaje przy tym wątpliwość, czy wskazany podpis na oświadczeniu o udostępnieniu zasobów obrazuje oświadczenie woli udostępniającego, czy też stanowi poświadczenie za zgodność z oryginałem składanego dokumentu? Kwestia ta nie była w ogóle wyjaśniania przez Zamawiającego.

Wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu jest zobowiązany udowodnić, że stosunek łączący go z podmiotem udostępniającym swoje zasoby gwarantuje rzeczywisty do nich dostęp. Składane przez wykonawcę zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, stanowiące podmiotowy środek dowodowy, zawierające oświadczenie woli tego podmiotu, nie może mieć zatem jedynie charakteru dorozumianego. Musi ono potwierdzać, że wykonawca będzie miał rzeczywisty dostęp do określonych zasobów przez czas niezbędny do realizacji zamówienia – nawet o ile Wykonawcę i podmiot udostępniający zasoby reprezentuje ta sama osoba. Wyżej opisana sekwencja składania podpisów przez J. S. budzi wątpliwość co do tego w czyim imieniu były one składane. W układzie wykonawca – podmiot udostępniający zasoby zachodzi bowiem tożsamość reprezentacji.

Wykonawca SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k. z siedzibą w Bolesławcu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 10 lipca 2023 r. przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

1. Zarzut naruszenia art 61 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp,

Odwołujący pominął szereg okoliczności związanych z prowadzonym postępowaniem powołując jedynie te, które pasowały do wymyślonej tezy o rzekomej „zmowie” i naruszeniu zasad uczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu, w związku z pierwszym odwołaniem złożonym przez Odwołującego, Zamawiający w dniu 12 czerwca 2023 r. dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i poinformował, iż przystępuje do ponownego badania ofert złożonych w postępowaniu. W związku z ponownym badaniem ofert, pismem z dnia 12 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący złożył pismo z datą w treści pisma: 19.06.2023 r wraz z załącznikami, w którym wyjaśnił okoliczności związane z cesją Umowy o roboty budowlane z dnia 28.01.2020 r. oraz załączył dowody na potwierdzenie podnoszonych okoliczności. Pismo zostało złożone w formie przewidzianej w SWZ. Wykonawca przedłożył:

- Załącznik nr 4 do SWZ: ZOBOWIĄZANIE PODMIOTU UDOSTĘPNIAJĄCEGO ZASOBY WYKONAWCY NA C KORZYSTANIA Z NICH PRZY WYKONANIU ZAMÓWIENIA w trybie art. 118 ust. 3 ~~R~~potwierdzenie zobowiązania SIGMA Projekty-Instalacje J. S. do oddania do dyspozycji SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k. zasobów w postaci doświadczenia na potrzeby realizacji zamówienia przez cały okres trwania umowy;

- wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, zgodny ze wzorem zamieszczonym w Załączniku nr 7 do SWZ wraz z podaniem rodzaju uprawnień budowlanych dla p. Ł. L. – kierownika budowy i dokumentami na potwierdzenie posiadania uprawnień wymaganych zgodnie z punktem 18.02 SWZ.

- Referencje udzielone przez Generalnego wykonawcę RF CONSTRUCTION Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Grunwaldzkiej 7/3, 59-700 Bolesławiec i potwierdzone przez Inwestora: RH DEVELOPMENT Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Grunwaldzkiej 7/3, 59-700 Bolesławiec, potwierdzające, iż roboty wskazane w Wykazie robót budowlanych (Załącznik nr 6 do SWZ)

wykonane zostały należycie, odebrane bez wad przez Generalnego Wykonawcę i Inwestora, zaś usterki zostały usunięte.

- Oświadczenie Generalnego Wykonawcy RF CONSTRUCTION Sp. z o.o., z którego wynika, iż całość robót budowlanych była wykonywana przez SIGMA Projekty-Instalacje J. S.

Na potwierdzenie należytego wykonania robót Przystępujący przedłożył również Umowę o roboty budowlane z dnia 21.01.2020 r, wraz z Aneksami:

- zawartą przez SIGMA Projekty-Instalacje J. S. z H. P. i A. P. prowadzącymi działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą HZ Firma Developerska s.c. H. P., A. P., NIP 6121830867, na wykonanie zadania pn.: „Budowa budynków wielorodzinnych Nova Północ przy ul. Lubańskiej w Zgorzelcu Obiekty A,B,C”,

- umowę cesji z dnia 19.06.2020 r, na podstawie której prawa i obowiązki Generalnego wykonawcy inwestycji pn.: „Budowa budynków wielorodzinnych Nova Północ przy ul. Lubańskiej w Zgorzelcu Obiekty A,B,C” zostały przejęte przez RF CONSTRUCTION Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Grunwaldzkiej 7/3, 59-700 Bolesławiec wraz z fakturą VAT nr 71/2021 (faktura końcowa) za wykonane prace.

Wezwaniem z dnia 12.06.2023 r Zamawiający zobowiązał Przystępującego do przedłożenia dokumentu będącego Wykazem usterek – załącznikiem do wcześniej przedłożonego Zamawiającemu wraz z ofertą Protokołu odbioru robót.

W związku z tym wezwaniem Przystępujący przedłożył również Załącznik do Protokołu – wykaz usterek oraz poinformował Zamawiającego, że usterki te zostały usunięte, a fakt ten potwierdza treść załączonych Referencji. Dalej Przystępujący wyjaśnił, iż realizacja zadania „Budowa budynków wielorodzinnych Nova Północ przy ul. Lubańskiej w Zgorzelcu Obiekty A,B,C” nastąpiła przy wyłącznym udziale firmy SIGMA Projekty-Instalacje J. S. Generalnym wykonawcą była firma RF CONSTRUCTION Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Grunwaldzkiej 7/3, 59-700 Bolesławiec.

Przystępujący wskazał, że Zamawiający w treści SWZ nie wymagał, aby doświadczenie posiadała firma wykonująca zadania wyłącznie jako wykonawca. Należyte wykonanie robót polegających na budowie budynków w ramach ww. zadania przez SIGMA Projekty-Instalacje J. S. potwierdził zarówno Generalny wykonawca jak i Inwestor w złożonych oświadczeniach.

Przystępujący wyjaśnił, iż:

- pierwotnie Umowa o roboty budowlane z dnia 28.01.2020 r na realizację zadania pn. „Budowa budynków wielorodzinnych Nova Północ przy ul. Lubańskiej w Zgorzelcu Obiekty A,B,C” została zawarta pomiędzy jako Generalnym wykonawcą: H. P. i A. P. prowadzącymi działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą HZ Firma Developerska s.c. H. P., A. P., NIP 6121830867 i Wykonawcą: SIGMA Projekty-Instalacje J. S., NIP 6121783889,
- w trakcie trwania umowy funkcję Generalnego wykonawcy, oraz wszelkie prawa i obowiązki wynikające z ww. Umowy przejął RF CONSTRUCTION Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Grunwaldzkiej 7/3, 59-700 Bolesławiec,
- w związku z przejęciem funkcji Generalnego wykonawcy w miejsce HZ Firma Developerska s.c. H. P., A. P., NIP 6121830867 wstąpiła firma RF CONSTRUCTION Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Grunwaldzkiej 7/3, 59-700 Bolesławiec.

Wraz z pismem został przekazany Zamawiającemu odpis pełny z KRS dot. podmiotu RF CONSTRUCTION Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Grunwaldzkiej 7/3, 59-700 Bolesławiec, z którego wynika zmiana adresu siedziby Spółki z ul. Zgorzeleckiej na ul. Grunwaldzką 7/3 w Bolesławcu na okoliczność wyjaśnienia przyczyn rozbieżności w adresach ww. Spółki.

Przystępujący wskazał, iż załącznikiem do pierwszego pisma datowanego na 19.06.2023 r., złożonego przez Przystępującego po unieważnieniu przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, była Umowa o roboty budowlane z dnia 21.01.2020 r. W treści tejże Umowy, w §1 „Przedmiot umowy” w ustępie 1 Strony wskazały zakres robót tj.: „(...) budowa zespołu trzech budynków wielorodzinnych podpiwniczonych, realizowanego w Zgorzelcu przy ul. Lubańskiej, na działce gruntu nr 20, obręb 0002, AM-6, dla której sąd rejonowy w Zgorzelcu prowadzi księgę wieczystą JG1Z/00024233/7.” Już z treści tego paragrafu wynika zakres budowy, dotyczący budowy trzech budynków (A, B, C) podpiwniczonych.

W kontekście powyższych informacji, udzielonych Zamawiającemu, za racjonalną należy uznać okoliczność, że Zamawiający zwrócił się do Przystępującego z zapytaniem o doprecyzowanie, co strony Umowy o roboty budowlane z dnia 28.02.2020 r. rozumiały przez określenie: „zespół trzech budynków wielorodzinnych podpiwniczonych”. W tym celu Zamawiający pismem z dnia 21.06.2023 r wezwał SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k. do wyjaśnienia: „Czy zespół trzech budynków wielorodzinnych podpiwniczonych w Zgorzelcu, przy ul. Lubańskiej, działka gruntu nr 20, obręb 0002, AM-6, jest ze sobą połączony funkcjonalnie na poziomie podziemnym lub naziemnym (np. łącznik, garaż podziemny, itp.)?” Data na ww. piśmie Zamawiającego to 12.06.2023 r, jednakże Przystępujący otrzymał je w dniu 21.06.2023 r, uznając datę wskazaną w nagłówku pisma jako zwykłą omyłkę pisarską. Zgodnie bowiem w obowiązujących przepisami, dla Wykonawcy wiążącą pod względem terminów jest data otrzymania wezwania od Zamawiającego, nie zaś data uwidoczniona w treści pisma.

Ustosunkowując się do treści pisma, Przystępujący wskazał, iż: „Budowa zespołu trzech budynków wielorodzinnych podpiwniczonych, o których mowa w Umowie o roboty budowlane z dnia 28.01.2020 r, stanowi jedno zamierzenie inwestycyjne, na które Starosta Zgorzelecki wydał jedną Decyzję nr 147/2018 z dnia 24 kwietnia 2018 r o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę. Na całość zadania został wykonany jeden projekt budowlany. Zgodnie z zatwierdzonym projektem, zespół budynków posiada jeden wspólny fundament dla pozostałej konstrukcji naziemnej stanowiącej zróżnicowany pod względem architektonicznym obiekt. Budynek jest w całości podpiwniczony, posiada garaże podziemne, a więc infrastrukturę trwale z budynkiem związaną, która nie może

stanowić odrębnej budowli i jest wspólna dla wszystkich trzech części. Części budynków są połączone konstrukcyjnie i komunikacyjnie. Jest to jeden obiekt, który spełnia definicję budynku wskazaną w prawie budowlanym, gdyż wszystkie segmenty, oraz łącząca je kondygnacja (fundamenty, piwnice i garaż) są wydzielone jako całość z przestrzeni. Wspólna dla wszystkich części jest również instalacja wod-kan, CO i GAZ. Dopiero część naziemna jest wygródzona za pomocą przegród budowlanych tj. ścian oraz dachu. Części budynku posiadają wspólną instalację wod-kan, co i gazową, co obrazuje załączony dokument – wyciąg z projektu „Rzut garażu podziemnego”. Na potwierdzenie powyższych okoliczności Przystępujący przedłożył:

1. Decyzję nr 147/2018 z dnia 24 kwietnia 2018 r Starosty Zgorzeleckiego;
2. Decyzję o zmianie inwestora z dnia 26 listopada 2018 r.;
3. Rzut garażu podziemnego zespołu budynków wraz z instalacjami

Przystępujący wskazał na niezasadność podnoszonych przez Odwołującego zarzutów. Zdaniem Przystępującego, wszystkie czynności Zamawiającego są transparentne, zgodne z obowiązującymi przepisami ustawy prawo zamówień publicznych. Działanie żadnej ze strona postępowania, czy to Zamawiającego czy też Przystępującego Wykonawca nie nosi znamion działań niezgodnych z obowiązującymi przepisami. Komunikacja pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą odbywała się zgodnie z obowiązującymi zapisami SWZ.

2. Zarzut naruszenia art. 239 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c, art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp

Przystępujący wskazał, że Księga wieczysta JG1Z/00024233/7 w której wyróżnione są działki nr 9/2 8/2, /7,2 z których w 2019 r. zostały scalone i wyodrębnione działki nr 20 i 21 oraz 22. Następnie działka nr 20 powstała z wyodrębnienia części z trzech ww. działek, tj.: 20, 21 i 22. Układ działki obrazuje załączona Mapa do celów projektowych z 2018 roku tj. działki

przebiegały pionowo, następnie zostały wydzielone poziomo pod trzy etapy kompleksów budynków po trzy segmenty A,B,C ETAP 1 D,E,F Etap 2 oraz G,H,I Etap 3. Przystępujący przedstawił Mapę do celów projektowych oraz Wyciąg : treści pełnej Księgi Wieczystej JG1Z/00024233/7 Dział I-0. Jak wynika z powyższego, pomiędzy wydaniem Decyzji przez Starostę Zgorzeleckiego o pozwoleniu na budowę a zawarciem umowy z SIGMA Projekty-Instalacje J.S., Inwestor poczynił zmiany jeśli chodzi o układ działek i ich wielkość. Jest to zupełnie naturalna kwestia podczas procesu inwestycyjnego, kiedy Inwestor w sposób jak najbardziej korzystny dla siebie organizuje kwestie związane z układem czy własnością działek. Ponadto do chwili obecnej powstały kompleksy kolejnych budynków. W tym stanie sprawy zarzuty Odwołującego należy uznać za chybione i gołosłowne. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie, jakoby Decyzja 147/2018 i Umowa o roboty budowlane z dnia 28.01.2020 r dotyczyły innych inwestycji.

Ponadto, zgodnie z treścią punktu 18.1 SWZ wykonawca przedłożył na potwierdzenie spełnienia ww. warunku dowody potwierdzające, iż wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego podpiwniczonego o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł brutto (słownie: trzy miliony złotych). Zakres robót został określony Umową o roboty budowlane z dnia 28..01.2020 r i w pełni wykonany przez SIGMA Projekty-Instalacje J. S., co potwierdzają dokumenty w postaci: Protokołu odbioru robót, Referencje i Oświadczenie znajdujące się w dokumentacji postępowania. Zgodnie z ww. Umową SIGMA Projekty-Instalacje J. S. wykonał prace budowlane i instalacyjne (instalacja wod-kan) polegające na budowie budynków wielorodzinnych podpiwniczonych na podstawie dokumentacji projektowej, w tym projektu wykonawczego, będącego załącznikiem do umowy.

Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie, iż SIGMA Projekty- Instalacje J. S. wykonał zakres prac inny, niż przedstawiony w Umowie z dnia

28.01.2020 r, Protokole odbioru robót i Referencjach. Robota budowlana była realizowana przez SIGMA Projekty-Instalacje J. S. etapami, jednakże całość robót została odebrana jednym, końcowym Protokołem odbioru robót. Roboty budowlane były objęte jedną umową, w ramach jednego zadania, zarówno pomiędzy Inwestorem RH DEVELOPMENT Sp. z o.o. i Generalnym wykonawcą RF CONSTRUCTION Sp. z o.o. , jak i pomiędzy RF CONSTRUCTION Sp. z o.o. wykonawcą SIGMA Projekty-Instalacje J. S.

Zamawiający w SWZ nie zawarł definicji roboty budowlanej. Ustawa Pzp nie zawiera takiej definicji. Zgodnie natomiast z definicją zawartą w art. 3 pkt 7 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2021 r. poz. 2351) przez roboty budowlane należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu

budowlanego, a zatem sposób rozumienia roboty budowlanej odnosi się do obiektu budowlanego, przez który, zgodnie z definicją zawartą w pkt 1 tego artykułu, należy rozumieć

budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych. Z kolei zgodnie z definicją obiektu budowlanego, która jest zawarta w ustawie Pzp przez obiekt budowlany należy rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcje gospodarczą lub techniczną. Robota budowlana, którą wykonał SIGMA Projekty-Instalacje J. S. stanowi jeden obiekt

budowlany podzielony w części naziemnej na trzy części określone jako A, B i C.

Zgodnie z art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 z późn. zm.), dalej jako „prawo budowlane”, budynkiem jest „taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach”. Tak więc budynek „kończy się”, czyli ma swoją granicę dokładnie tam, gdzie jego przegrody budowlane wydzielają go z przestrzeni. Wewnątrz tych przegród znajduje się przedmiotowy budynek (jeden budynek), poza nimi – pozostała przestrzeń, w tym również inne budynki. Na gruncie inwestycji polegających na budowie budynków wielorodzinnych składających się z wielu segmentów na poziomie podziemnym lub naziemnym, jak na przykład inwestycja realizowana przez Przystępującego Wykonawcę w ramach Umowy o roboty budowlane z dnia 28.01.2020 r, gdzie mamy do czynienia z 3 obiektami budowlanymi naziemnymi połączonymi kondygnacją podziemną, którą stanowi wspólne piwnice i garaż. „Obiekt składający się z wielu połączonych ze sobą segmentów (na poziomie podziemnym lub naziemnym) spełnia definicję budynku wskazaną w prawie budowlanym, gdyż wszystkie segmenty oraz łącząca je kondygnacja (lub kondygnacje) są wydzielone jako całość z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych w postaci fundamentów, ścian oraz dachu. (...) Jeżeli zatem z jednej kondygnacji można dostać się do dwóch lub więcej „segmentów” danego obiektu, to wykluczonym jest, aby obiekty te składały się na więcej niż jeden budynek w rozumieniu przepisów prawa budowlanego.” (tak w: <https://bruzdakonopka.pl/obiekty-budowlanepolaczone-garazem-podziemnym-a-definicja-budynku-w-prawie-budowlanym/>). Przystępujący wskazał, że prawo nie różnicuje kondygnacji nadziemnych i podziemnych budynku. Kondygnacje naziemne i podziemne są w równym stopniu kwalifikowane przez prawo jako integralne części budynku i tak samo wliczają się do jego łącznej powierzchni, kubatury itd. W przypadku zaś inwestycji, którą realizował SIGMA Projekty-Instalacje J. S., już sam projekt części podziemnej wskazuje, iż mamy do czynienia z obiektem składającym się z trzech segmentów, połączonym na poziomie podziemnym. Przepis rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie precyzuje określonego katalogu dokumentów, które wykonawca powinien przedłożyć na potwierdzenie należytego wykonania a posługuje się jedynie określeniem "dowodów" zastrzegając przy tym, że dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz, którego dostawy lub usługi były wykonywane. Z powyższego jasno wynika, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia oprócz referencji na potrzeby potwierdzenia należytego wykonania danej usługi lub dostawy może posługiwać się nie tylko referencjami, ale również innymi dokumentami wystawionymi przez podmiot. Natomiast w sytuacji, gdy wykonawca z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów to wówczas dopuszczalnym jest posłużenie się oświadczeniem samego wykonawcy.

Przystępujący w sposób nie budzący wątpliwości wykazał, iż wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie lub rozbudowie obiektu użyteczności publicznej, budynku mieszkalnego lub budynku zamieszkania zbiorowego zgodnie z definicją zawartą w § 3 pkt 4 - 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.04.2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. 2019 poz. 1065 z późn. zm.), o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł brutto (słownie: trzy miliony złotych).

Załączona przez Przystępującego faktura VAT jest tzw. fakturę końcową, która opiewa na roboty, które nie zostały rozliczone na wcześniejszym etapie, fakturami częściowymi. Wartość Umowy z dnia 28.01.2020 r po zmianie wprowadzonej Aneksem wyniosła 3.796.200,00 zł brutto i za taką kwotę została zrealizowana. Płatności częściowe są powszechnie stosowane w branży budowlanej i zostały przewidziane w Umowie z dnia 28.01.2020 r.

Zamawiający w SWZ nie zawarł definicji roboty budowlanej. Ustawa Pzp nie zawiera takiej definicji. Zgodnie natomiast z definicją zawartą w art. 3 pkt 7 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2021 r. poz. 2351) przez roboty budowlane należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu

budowlanego, a zatem sposób rozumienia roboty budowlanej odnosi się do obiektu budowlanego, przez który, zgodnie z definicją zawartą w pkt 1 tego artykułu, należy rozumieć

budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych. Z kolei zgodnie z definicją obiektu budowlanego, która jest zawarta w ustawie Pzp przez obiekt budowlany należy rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samodzielnie spełniać funkcje gospodarczą lub techniczną. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza: „Na gruncie p.b. (prawa budowlanego) brak jest jednoznacznego stwierdzenia, kiedy następuje wykonanie robót budowlanych, czyli świadczenia wykonawcy. Każdorazowo o tym kiedy doszło do wykonania robót budowlanych będą decydować okoliczności faktyczne i treść umowy zawartej z inwestorem” (tak: wyrok KIO z dnia 12.03.2013 r, KIO 442/13, Lex: 1298025).

Odwołujący dokonuje własnej, nieuprawnionej interpretacji dotyczącej zarówno warunków określonych w SWZ, jak i obowiązujących przepisów ustawy Pzp. Przystępujący wykazał, iż SIGMA Projekty-Instalacje J. S. rozpoczęła,

wykonała i prawidłowo ukończyła roboty budowlane polegające na budowie budynku wielorodzinnego podpiwniczonego, a zatem został spełniony warunek udziału w postępowaniu.

Przystępujący załączył wykaz usterek stwierdzonych podczas odbioru końcowego. Okoliczność ta jest jednak bez znaczenia w sytuacji, w której usterki zostały usunięte, co potwierdza treść dokumentu referencji. Odwołujący, zarzucając Przystępującemu nienależyte wykonanie przedmiotu Umowy nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie stawianej tezy. Przystępujący przedstawił natomiast dowody na potwierdzenie należytego wykonania robót polegających na budowie budynku wielorodzinnego podpiwniczonego w postaci: Protokołu odbioru robót, Referencji i Oświadczeń złożonych przez Generalnego Wykonawcę i Inwestora. Z treści oświadczenia Generalnego Wykonawcy RF Construction Sp. z o.o. wynika, iż SIGMA Projekty-Instalacje J. S. był jedynym wykonawcą podczas realizacji zadania polegającego na budowie budynku wielorodzinnego podpiwniczonego. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który świadczyłby, iż dokumenty złożone przez Przystępującego zawierają informacje nieprawdziwe lub niezgodne z obowiązującymi przepisami. Z załączonych referencji i oświadczenia jednoznacznie wynika, że SIGMA Projekty-Instalacje J. S. wykonywał prace zgodnie z umową oraz obowiązującymi przepisami i normami. Wobec faktu wydania referencji, a także wskazanie, że prace wykonane przez SIGMA Projekty-Instalacje J. S. były zrealizowane zgodnie z umową oraz obowiązującymi przepisami i normami i brak przy tym dowodów przeciwnych, uznać należy za potwierdzenie należytego wykonania zamówienia.

Przystępujący wskazał, że załączył dokumenty w postaci odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego dot. SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k., z którego wynika prawo J. S. jako współnika do reprezentacji Spółki komandytowej. Przystępujący złożył wyciąg z CeiDG dot. SIGMA Projekty-Instalacje J. S., z którego wynika, iż J.S. prowadzi działalność gospodarczą. Dokumenty w postępowaniu złożone zostały zgodnie z wymogami SWZ, oraz ustawą Pzp. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, iż którykolwiek z dokumentów został złożony w sposób niezgodny z SWZ lub ustawą prawo zamówień publicznych.

Jak wynika z powyższych okoliczności i dowodów, działania Zamawiającego uznać należy za prawidłowe. Natomiast zarzuty Odwołującego są gołosłowne, nie znajdują oparcia w zgromadzonym materiale dowodowym. Odwołujący nie zaoferował żadnego dowodu na potwierdzenie wysuwanych przez siebie teorii.

Zamawiający, pismem z dnia 10 lipca 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że dokonany w dniu 22.06.2023 r. ponowny wybór oferty SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k. nie jest wadliwy i nie narusza przepisów ustawy, z uwagi na to, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający podniósł, że o tym, czy mamy do czynienia z jednym budynkiem lub większą liczbą decyduje to, czy każdy z tych obiektów posiada elementy konstrukcyjne. W ocenie Zamawiającego, wskazany w dokumentach wykonawcy SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k. garaż podziemny stanowi "wspólną" kondygnację podziemną, to z punktu widzenia regulacji rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12.04.2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, przekreśla to możliwość uznania, że mamy do czynienia z odrębnymi budynkami.

Zgodnie z art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2023r. poz. 682 z późn. zm.), dalej jako „prawo budowlane”, budynkiem jest „taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach”. Tak więc budynek „kończy się”, ma swoją granicę dokładnie tam, gdzie jego przegrody budowlane wydzielają go z przestrzeni. Wewnątrz tych przegród znajduje się przedmiotowy budynek (jeden budynek), poza nimi — pozostała przestrzeń, w tym również inne budynki.

Na gruncie inwestycji polegających na budowie budynków wielorodzinnych składających się z wielu segmentów na poziomie podziemnym lub naziemnym (na przykład 3 obiekty budowlane naziemne połączone kondygnacją podziemną, którą stanowi wspólny garaż podziemny) wyraźnie należy stwierdzić, że przedmiotem takiej inwestycji nie jest budowa kilku budynków mieszkaniowych wielorodzinnych połączonych funkcjonalnie, ale jednego budynku mieszkaniowego wielorodzinnego. Obiekt składający się z wielu połączonych ze sobą segmentów (na poziomie podziemnym lub naziemnym) spełnia definicję budynku wskazaną w prawie budowlanym, gdyż wszystkie segmenty oraz łącząca je kondygnacja (lub kondygnacje) są wydzielone jako całość z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych w postaci fundamentów, ścian oraz dachu.

Wbrew spotykanemu stanowisku, definicji budynku zawartej w powołanym przepisie nie spełnia z osobna żaden z poszczególnych segmentów takiego obiektu, albowiem żaden z nich nie jest całkowicie wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych. Normy prawa budowlanego nie pozwalają wskazać, gdzie znajduje się granica między takimi segmentami, tj. gdzie kończyłby się jeden z owych „budynków”, a gdzie zaczynał kolejny. Dokonywane przez niektórych intelektualne „wydzielenie” tych obiektów z przestrzeni następuje w oczywistej sprzeczności z jednoznaczną i klarowną normą art. 3 pkt 2 prawa budowlanego.

Taka (błędna) interpretacja prawa, może generować dalsze problemy. Dotyczą one w szczególności kwalifikacji

prawnej kondygnacji podziemnej, na której mieści się garaż oraz możliwości oznaczenia powierzchni rozgraniczającej ten garaż od rzekomych „budynek” znajdujących się ponad jego poziomem. Naturalnie brak jest przegród budowlanych wydzielających tę podziemną kondygnację od poszczególnych segmentów obiektu, do których prowadzą z poziomu garażu liczne klatki schodowe i windy. Trudno również pomijać okoliczność, że poszczególne segmenty, jeżeli „oddzielić” je od kondygnacji garażowej, pozbawione są własnych fundamentów, co dyskwalifikuje je jako samodzielne budynki w myśl omawianego przepisu prawa budowlanego. Wątpliwym jest również, czy można w takim wypadku mówić o stałym związaniu z gruntem takiego „budynku” pozbawionego fundamentów, lecz „wykorzystującego” fundament kondygnacji garażowej, o bliżej niesprecyzowanym statusie prawnym.

Nie sposób również zgodzić się z twierdzeniami, że połączenie obiektów budowlanych ma charakter jedynie funkcjonalny. Prawo budowlane ani żaden inny akt prawny nie zawiera definicji takiego połączenia. Zgodnie z przedstawionymi poglądem jedynym kryterium decydującym o tym, że w danym przypadku mamy do czynienia z połączeniem „jedynie funkcjonalnym” miałyby być zlokalizowanie kondygnacji „łączącej” na poziomie podziemnym. Połączenie segmentów kondygnacją podziemną miałyby zatem charakter niższej kategorii, tj. „jedynie funkcjonalny”, połączenie kondygnacją naziemną — charakter „rzeczywisty”.

Słabość tego typu argumentacji polega na tym, że prawo nie różnicuje kondygnacji nadziemnych i podziemnych w taki sposób, aby jednym przyznawać szczególny prymat nad drugimi, czyniąc z jednych kondygnację „faktycznie” (architektonicznie?) łączące ze sobą budowle, a z innych jedynie łączące „w sposób funkcjonalny”. Kondygnacje naziemne i podziemne są w równym stopniu kwalifikowane przez prawo jako integralne części budynku i tak samo wliczają się do jego łącznej powierzchni, kubatury, itd.

W istocie zatem tworzenie pozaprawnej kategorii „połączenia funkcjonalnego” integralnych części obiektu, który w świetle przepisu art. 3 pkt 2 pr. bud. spełnia wszystkie kryteria wymagane, aby kwalifikować go jako „budynek”, prowadzi do obejścia normy tego przepisu. Takie odejście od jednoznacznej definicji ustawowej otwiera pole do dowolnej interpretacji każdego układu urbanistycznego i dowolności oceny co budynkiem jest, a co nim nie jest. Wszak, dlaczego nie twierdzić, że w każdym obiekcie budowlanym klatka schodowa łączy ze sobą poszczególne kondygnacje w sposób „wyłącznie funkcjonalny” czyniąc z każdej kondygnacji osobny budynek?

W prezentowanej koncepcji wielu budynków połączonych jedną kondygnacją problem stanowi również brak zgodności z normą § 3 pkt 16 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Zgodnie z tym przepisem, przez „kondygnację” należy rozumieć poziomą część budynku, zawartą pomiędzy powierzchnią posadzki na stropie lub najwyższej położonej warstwy podłogowej na gruncie a powierzchnią posadzki na stropie lub warstwy osłaniającej izolację cieplną stropu, znajdującego się nad tą częścią budynku, przy czym za kondygnację uważa się także poddasze z pomieszczeniami przeznaczonymi na pobyt ludzi oraz poziomą część budynku stanowiącą przestrzeń na urządzenia techniczne, mającą średnią wysokość w świetle większą niż 2m; za kondygnację nie uznaje się nadbudówek ponad dachem, takich jak maszynownia dźwigu, centrala wentylacyjna, centrala klimatyzacyjna, obudowa wyjścia z klatki schodowej, kotłownia lub inne pomieszczenia techniczne. W myśl powołanego przepisu, kondygnacja jest częścią budynku [jednego budynku — przyp. W.B.]. Norma nie dopuszcza zatem sytuacji, w której kondygnacja byłaby częścią wielu budynków, co miałyby miejsce w wypadku zaaprobowania opisanej powyżej oceny prawnej (alternatywnie należałoby tę podziemną kondygnację kwalifikować jako odrębny od segmentów naziemnych obiekt budowlany. Jest to rozwiązanie co najmniej równie kontrowersyjne, o czym była już mowa powyżej). Jeżeli zatem z jednej kondygnacji można dostać się do dwóch lub więcej „segmentów” danego obiektu, to wykluczonym jest, aby obiekty te składały się na więcej niż jeden budynek w rozumieniu przepisów prawa budowlanego.

Stanowisko Głównego Urzędu Nadzoru Budowlanego z dnia 26.05.2015 r. „W sprawie obowiązku prowadzenia książki obiektu budowlanego dla budynków połączonych łącznikiem” stanowi, że istnienie łącznika między kilkoma segmentami - czyli konstrukcji łączącej co najmniej dwa segmenty, przeznaczonej do przemieszczania się ludzi między tymi segmentami - oznacza, że każdy z tych segmentów nie może być kwalifikowany jako samodzielna konstrukcyjnie całość. Tym samym, zespół segmentów - trwale związanych z gruntem, wydzielonych z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiadających fundamenty i dach - należy traktować jako jeden budynek, jeżeli wchodzące w jego skład części są połączone ww. łącznikiem. Dla takiego budynku należy prowadzić jedną książkę obiektu budowlanego, a nie osobno dla każdego segmentu wchodzącego w jego skład.

Zamawiający wyjaśnił, że komunikował się z wybranym wykonawcą SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k. wyłącznie za pomocą platformy eZamówienia, oraz poczty elektronicznej, co zostało wskazane w punkcie 7 SWZ.

Pismem z dnia 11 lipca 2023 r. Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu dwóch zarzutów, tj. zarzutu nr 1 i zarzutu nr 3 wniesionego odwołania. Odwołujący potwierdził powyższe stanowisko na posiedzeniu.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i

wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji materialnoprawnej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp. k. z siedzibą w Bolesławcu skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie ww. wykonawcy wypełnia przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp z uwagi na cofnięcie zarzutów odwołania w zakresie naruszenia przepisów:

- (pkt 1 odwołania) - art. 61 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp, w ten sposób, że Zamawiający komunikował się z wybranym wykonawcą SIGMA INSTALACJE SANITARNE S. Sp.k. z pominięciem zasad wynikających z tego przepisu oraz z SW co stanowi o rażącym naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania;
- (pkt 3 odwołania) - art. 128 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie żądania od wybranego wykonawcy podmiotowych środków dowodowych dot. osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz innych dokumentów w tym zobowiązania do udostępnienia zasobów i poprzestaniu na złożeniu tych dokumentów z własnej inicjatywy przez wybranego wykonawcę.

W zakresie zarzutów rozpoznawanych na rozprawie Izba ustaliła następujący stan faktyczny w sprawie:

Przedmiotem zamówienia jest budowa 2 budynków mieszkalnych wielorodzinnych 4 kondygnacyjnych, niepodpiwniczonych, wraz z wewnętrznymi instalacjami sanitarnymi i elektrycznymi, utwardzeniem terenu. Uzupełnieniem inwestycji jest układ dróg wewnętrznych wraz z miejscami postojowymi, dojścia do budynku oraz zagospodarowanie terenu w zakresie zieleni, obiektów małej architektury, terenu rekreacji dla mieszkańców.

Zgodnie z treścią punktu 18.1 SWZ Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznych i zawodowych. Zamawiający wymagał:

„18.1 Posiadanie doświadczenia, niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia, tj. wykonanie/zakończenie (rozpoczęcie mogło nastąpić wcześniej) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie, przebudowie lub rozbudowie obiektu użyteczności publicznej, budynku mieszkalnego lub budynku zamieszkania zbiorowego zgodnie z definicją zawartą w § 3 pkt 4 - 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.04.2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. 2019 poz. 1065 z późn. zm.), o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł brutto (słownie: trzy miliony złotych).”

Zamawiający w SWZ nie zawarł definicji roboty budowlanej. Zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 7 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2021 r. poz. 2351) przez roboty budowlane należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego, a zatem sposób rozumienia roboty budowlanej odnosi się do obiektu budowlanego, przez który, zgodnie z definicją zawartą w pkt 1 tego artykułu, należy rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych. Z kolei zgodnie z definicją obiektu budowlanego, która jest zawarta w ustawie Pzp w art. 7 pkt 14, przez obiekt budowlany należy rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Zgodnie z art. 3 pkt 2 ww. ustawy Prawo budowlane, budynkiem jest „taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach”.

W związku z powtarzaniem przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert, pismem z dnia 12 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych - zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót oraz do złożenia wyjaśnień w zakresie powziętych przez Zamawiającego wątpliwości co do treści wykazu robót budowlanych.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył pismo z dnia 19 czerwca 2023 r. wraz z następującymi załącznikami:

- Załącznik nr 4 do SWZ - Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby ww. wykonawcy na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia w trybie art. 118 ust. 3 Pzp, na potwierdzenie zobowiązania SIGMA Projekty-Instalacje J. S. oddania do dyspozycji SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k. zasobów w postaci doświadczenia na potrzeby realizacji zamówienia przez cały okres trwania umowy;
- Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia (Załącznik nr 7 do SWZ) wraz z podaniem rodzaju

uprawnień budowlanych p. Ł. L. – kierownika budowy i dokumentami na potwierdzenie posiadania uprawnień wymaganych zgodnie z punktem 18.02 SWZ;

- Referencje z dnia 22 maja 2023 r. udzielone przez Generalnego Wykonawcę RF CONSTRUCTION Sp. z o.o. z siedzibą w Bolesławcu i potwierdzone przez Inwestora - RH DEVELOPMENT Sp. z o.o. z siedzibą w Bolesławcu, n okoliczność, że roboty wskazane w Wykazie robót budowlanych (Załącznik nr 6 do SWZ) wykonane zostały należycie, odebrane bez wad przez Generalnego Wykonawcę i Inwestora, zaś usterki zostały usunięte;

- Oświadczenie z 15 czerwca 2023 r. Generalnego Wykonawcy RF CONSTRUCTION Sp. z o.o., n potwierdzenie, że całość robót budowlanych była wykonywana przez SIGMA Projekty-Instalacje J. S.

Na potwierdzenie należytego wykonania robót Przystępujący przedłożył również Umowę o roboty budowlane z dnia 28.01.2020 r wraz z Anekssem, zawartą przez SIGMA Projekty-Instalacje J. S. z H. P. i A. P. prowadzącymi działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą HZ Firma Developerska s.c. H. P., A. P., na wykonanie zadania pn.: „Budowa budynków wielorodzinnych Nova Północ przy ul. Lubańskiej w Zgorzelcu Obiekty A,B,C”, oraz umowę cesji z dnia 19.06.2020 r., na podstawie której prawa i obowiązki Generalnego Wykonawcy inwestycji pn.: „Budowa budynków wielorodzinnych Nova Północ przy ul. Lubańskiej w Zgorzelcu Obiekty A,B,C” zostały przejęte przez RF CONSTRUCTION Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Grunwaldzkiej 7/3, 59-700 Bolesławiec wraz z fakturą VAT nr 71/2021 za wykonane prace. Przystępujący przedłożył również Załącznik do Protokołu – Wykaz usterek oraz poinformował Zamawiającego, że usterki te zostały usunięte, co zostało potwierdzone w treści Referencji.

Jak wynika z powyższych dokumentów, realizacja zadania „Budowa budynków wielorodzinnych Nova Północ przy ul. Lubańskiej w Zgorzelcu Obiekty A,B,C” nastąpiła przy wyłącznym udziale firmy SIGMA Projekty-Instalacje J. S. Generalnym Wykonawcą była firma RF CONSTRUCTION Sp. z o.o. Należyte wykonanie robót polegających na budowie budynków w ramach ww. zadania przez SIGMA Projekty-Instalacje J. S. potwierdził zarówno Generalny Wykonawca, jak i Inwestor w złożonym oświadczeniu.

W §1 „Przedmiot umowy” w ustępie 1 Umowy o roboty budowlane z dnia 28.01.2020 r. wskazano jednoznacznie zakres robót, tj.: „(...) budowa zespołu trzech budynków wielorodzinnych podpiwniczonych, realizowanego w Zgorzelcu przy ul. Lubańskiej, na działce gruntu nr 20, obręb 0002, AM-6, dla której sąd rejonowy w Zgorzelcu prowadzi księgę wieczystąJG1Z/00024233/7.”

Zamawiający, pismem z dnia 21.06.2023 r., wezwał SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k. do wyjaśnienia: „Czy zespół trzech budynków wielorodzinnych podpiwniczonych w Zgorzelcu, przy ul. Lubańskiej, działka gruntu nr 20, obręb 0002, AM-6, jest ze sobą połączony funkcjonalnie na poziomie podziemnym lub naziemnym (np. łącznik, garaż podziemny, itp.)?”

Przystępujący, odpowiadając na powyższe wezwanie, wyjaśnił, że budowa zespołu trzech budynków wielorodzinnych podpiwniczonych, o których mowa w Umowie o roboty budowlane z dnia 28.01.2020 r, stanowi jedno zamierzenie inwestycyjne, na które Starosta Zgorzelecki wydał jedną Decyzję nr 147/2018 z dnia 24 kwietnia 2018 r. o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę. Na całość zadania został wykonany jeden projekt budowlany. Zgodnie z zatwierdzonym projektem, zespół budynków posiada jeden wspólny fundament dla pozostałej konstrukcji naziemnej stanowiącej zróżnicowany pod względem architektonicznym obiekt. Budynek jest w całości podpiwniczony, posiada garaże podziemne, a więc infrastrukturę trwale z budynkiem związaną, która nie może stanowić odrębnej budowli i jest wspólna dla wszystkich trzech części. Części budynków są połączone konstrukcyjnie i komunikacyjnie. Wspólna dla wszystkich części jest również instalacja wod-kan, CO i GAZ. Dopiero część naziemna jest wygródzona za pomocą przegród budowlanych, tj. ścian oraz dachu. Części budynku posiadają wspólną instalację wod-kan, c.o. i gazową. Przystępujący przedstawił na potwierdzenie powyższych okoliczności:

1. decyzję nr 147/2018 z dnia 24 kwietnia 2018 r Starosty Zgorzeleckiego;
2. decyzję o zmianie inwestora z dnia 26 listopada 2018 r.;
3. rzut garażu podziemnego zespołu budynków wraz z instalacjami.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że niezasadny jest zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 118 ust. 2 i 4 w zw. z art. 125 ust.

1 Pzp, poprzez zaniechanie dokonania weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę SIGMA Instalacje Sanitarne SSp.k., który dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu powołał się na zasoby SIGMA Projekty-Instalacje J. S., jednocześnie w wyjaśnieniach przyznając, że ten w ramach referencyjnej realizacji nie wybudował budynku mieszkalnego (rozpoczął i zakończył) tylko w ramach tej inwestycji wykonywał określony zakres robót, tj. roboty budowlane i instalacyjne.

Zgodnie z art. 118 ust. 2 Pzp, 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.

Zgodnie z art. 118 ust. 4 Pzp, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3,

potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
- 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
- 3) 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.

Twierdzenie Odwołującego, że wykonawca SIGMA Instalacje Sanitarne S.Sp.k. w złożonych wyjaśnieniach przyznał, że podmiot trzeci udostępniający mu swoje zasoby w postaci doświadczenia, tj. SIGMA Projekty-Instalacje J. S., w ramach referencyjnej realizacji nie wybudował budynku mieszkalnego, a jedynie wykonywał w ramach tej inwestycji określony zakres robót, tj. roboty budowlane i instalacyjne, nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym. Złożone przez Przystępującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmiotowe środki dowodowe oraz dodatkowe dokumenty i oświadczenia, w tym przede wszystkim kopia umowy na wykonanie robót, referencje, oświadczenia inwestora i wykonawcy w swojej treści potwierdzają, że podmiot ten wykonał roboty budowlane polegające na budowie 3 budynków mieszkalnych wielorodzinnych podpiwniczonych wskazane w wykazie robót. Jednocześnie Odwołujący nie przedstawił dowodu na potwierdzenie stawianych tez, nie wykazał, że przedłożone przez Przystępującego dokumenty, w tym oświadczenia zawierają informacje nieprawdziwe lub stwierdzają nieprawdę.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z pkt 13.2 SWZ, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k., który w wyniku zamierzonego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w efekcie doprowadziło do wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej.

Przedłożone przez Przystępującego w postępowaniu w celu wykazania spełniania warunku zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia dokumenty i oświadczenia zawierają informacje, których nieprawdziwość nie została przez Odwołującego wykazana. Odwołujący nie wykazał, że przedstawione przez Przystępującego podmiotowe środki dowodowe oraz dodatkowe dokumenty i wyjaśnienia wprowadziły Zamawiającego w błąd co do okoliczności wykazanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Izba zważyła, że stawiane przez Odwołującego tezy nie zostały poparte stosownymi dowodami, zatem zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu należało uznać za nieuzasadniony. W szczególności Odwołujący nie wykazał, że wykonawca SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k., pismem z dnia 19.06.2023 r. stanowiącym odpowiedź na wezwanie z dnia 12.06.2023 r., złożył wyjaśnienia i dokumenty, które, jak podnosił Odwołujący, zostały przedstawione ze z góry powziętym zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd i zamiar ten został zrealizowany.

Odwołujący na potwierdzenie zarzutu podnosił, że w panelu porównawczym w serwisie geoportal.gov.pl na datę odbioru wg protokołu odbioru złożonego przez SIGMA Sp.k. (12.2021 r.) na działkach nr 7/2, 8/2, 9/2 obręb 0002, Zgorzelec; AM 6, jednostka ewidencyjna 022602_1 Miasto Zgorzelec wymieniony budynek nie istniał. Odwołujący nie wykazał jednak, z jaką częstotliwością dane w tym serwisie są aktualizowane. Przeczą temu również przedstawione przez Przystępującego dokumenty.

I tak, przedstawiona przez Przystępującego Umowa na wykonanie robót budowlanych z dnia 28 stycznia 2020 r. jest jednoznacznym dowodem potwierdzającym zakres robót, których wykonawcą był SIGMA Projekty-Instalacje J. S.. Fakt ten został też potwierdzony w referencjach oraz w oświadczeniu złożonym przez Inwestora. Wartość robót została wskazana zarówno w ww. Umowie o roboty budowlane, jak też w referencjach. Odwołujący natomiast nie wykazał, że podmiot ten był jedynie uczestnikiem robót, jako podwykonawca niewielkiej części robót, których efektem było wykonanie budynku mieszkalnego.

Co do potwierdzenia, że wskazane w Wykazie roboty budowlane zostały wykonane należycie, zostało to potwierdzone jednoznacznie w przedłożonych referencjach.

Fakt, że zobowiązanie dotyczące udostępnienia zasobów w zakresie doświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby: Sigma Projekty-Instalacje J. S.(pkt 10.3 SWZ) zostało podpisane przez J. S. podpisem kwalifikowanym w dniu 20.06.2023 roku o godz. 14.46, a wyjaśnienie w tym samym dniu o godz. 14.42, natomiast Wykaz osób o godz. 14.51, nie ma istotnego znaczenia dla oceny skuteczności złożonego zobowiązania lub wyjaśnień. J.S., reprezentując wybranego wykonawcę oraz podmiot na zasoby którego ten wykonawca się powołuje, złożył oświadczenia, które zostały popisane elektronicznie niemalże jednocześnie. W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości również fakt, że wskazany podpis na zobowiązaniu o udostępnieniu zasobów potwierdza oświadczenie woli podmiotu udostępniającego zasoby.

Reasumując, wykonawca SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k. przedłożył na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w punkcie 18.1. SWZ dowody potwierdzające, iż dysponuje doświadczeniem podmiotu trzeciego, który wykonał należycie robotę budowlaną polegającą na budowie zespołu trzech budynków mieszkalnych wielorodzinnych podpiwniczonych o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł brutto. Zakres robót został określony Umową o roboty budowlane z dnia 28.01.2020 r. i wykonany przez SIGMA Projekty-Instalacje J. S., co potwierdzają przedłożone dokumenty w postaci: protokołu odbioru robót, referencji i oświadczenia znajdujących się w dokumentacji postępowania. Wykonane roboty budowlane były objęte jedną umową, w ramach jednego zadania. Odwołujący natomiast nie przedstawił dowodów na potwierdzenie, iż SIGMA Projekty-Instalacje J. S. wykonał zakres prac inny, niż przedstawiony w Umowie z dnia 28.01.2020 r, protokole odbioru robót i referencjach.

W ocenie Izby, nie potwierdził się w związku z powyższym zarzut naruszenia art. 239 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

Przedstawione Zamawiającemu przez Przystępującego w postępowaniu dokumenty dowodzą, że wykonawca SIGMA Projekty-Instalacje J. S. – podmiot udostępniający swoje zasoby -wykonał robotę budowlaną polegającą na budowie zespołu 3 budynków wielorodzinnych. Przedłożony przez wykonawcę projekt części podziemnej zespołu budynków wskazuje, iż dotyczy on obiektu składającego się z trzech segmentów (A,B i C), połączonym na poziomie podziemnym, co przyznał także Odwołujący. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, iż SIGMA Projekty-Instalacje J. S. nie wykonał prac polegających na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego podpiwniczonego zgodnie z Umową z dnia 28.01.2020 r za kwotę wskazaną w Umowie. Ponadto, treść przywołanej przez Odwołującego Księgi Wieczystej nr. JG1Z/00024233/7 – stan z dnia 7 lipca 2023 r. prowadzonej przez Sąd Rejonowy w Zgorzelcu V Wydział Ksiąg Wieczystych zawierającej informacje w Dziale 1, że referencyjne 3 budynki mają oddzielne adresy i oddzielnie w tych budynkach zostały wyodrębnione lokale mieszkalne, nie dowodzi faktu, że w rozumieniu prawa budowlanego nie stanowią one zespołu budynków połączonych wspólną kondygnacją podziemną garażową. Właściwym dowodem, który mógłby potwierdzić całkowitą odrębność budynków, powinna być informacja z Rejestru (Kartoteki) budynków, jednak taki dowód nie został w niniejszej sprawie złożony.

Ponadto, Izba podkreśla, że niezależnie od tego, czy wskazany przez wykonawcę SIGMA Instalacje Sanitarne S. Sp.k. garaż podziemny stanowi „wspólną” kondygnację podziemną z punktu widzenia przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12.04.2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, oraz że mamy tym samym do czynienia z obiektem budowlanym składającym się z połączonych ze sobą segmentów, który spełnia definicję budynku określoną w art. 3 ust. 2 Prawa budowlanego, treść badanego w ramach zarzutu warunku udziału w postępowaniu określona w SWZ powinna być interpretowana w zgodzie z brzmieniem warunku oraz z zakresem i charakterem przedmiotu zamówienia.

W powyższym kontekście podkreślić należy, że w treści warunku Zamawiający wymienił rodzaje roboty budowlanej łącząc je spójnikiem „lub”, który stanowi tzw. alternatywę łączną, polegającą na tym, że warunek spełnia jeden rodzaj albo drugi oraz jeden i drugi, tj. oba łącznie. Zatem, progowa wartość wymaganej roboty budowlanej referuje do min. jednej roboty budowlanej, w skład której może wchodzić budowa lub przebudowa lub rozbudowa obiektu użyteczności publicznej lub budynku mieszkalnego lub budynku zamieszkania zbiorowego albo niektóre z ww. albo wszystkie łącznie. Wymagana robota budowlana może zatem obejmować obiekt użyteczności publicznej i budynek mieszkalny i budynek zamieszkania zbiorowego, albo wskazane obiekty w dowolnej konfiguracji.

Skoro zatem jest możliwe wykazanie spełnienia warunku za pomocą roboty budowlanej obejmującej jednocześnie różne rodzaje budynków, to również dopuszczalne jest wskazanie roboty obejmującej kilka budynków jednego rodzaju. W tych okolicznościach, nawet gdyby uznać, że robota budowlana wskazana przez Przystępującego obejmuje trzy oddzielne budynki, to jako jedna robota budowlana (zadanie), objęta jedną umową, jednym pozwoleniem na budowę i jednym projektem, spełnia warunek określony w SWZ w niniejszym postępowaniu.

Powyższa interpretacja treści warunku, jest zgodna z zasadami określania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 1 Pzp, tj. zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności, biorąc pod uwagę charakter i zakres robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu

od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: