

Sygn. akt: KIO 1261/23

## WYROK

z dnia 19 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2023 r. przez wykonawców:

**Firma Budowlana EKOINBUD Sp. z o.o. Sp. k. w Gdańsku; EKOINBUD Sp. z o.o. w Gdańsku** ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

**Miasto Mszana Dolna**, z udziałem wykonawcy

**E. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: E. K. BUDOWNICTWO w Spytkowicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

### 1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1. zalicza w ich poczet poniesione przez odwołującego kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu, 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, 589 zł 93 gr (słownie: pięćset osiemdziesiąt dziewięć złotych dziewięćdziesiąt groszy) tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz 434 zł 56 gr (słownie: czterysta trzydzieści cztery złote pięćdziesiąt sześć groszy) tytułem innych uzasadnionych kosztów (noclegu) oraz poniesione przez zamawiającego kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz 338 zł 00 gr (słownie: trzysta trzydzieści osiem złotych zero groszy);

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 938 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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:.....**

### UZASADNIENIE

Miasta Mszana Dolna (ul. Marsz. Józefa Piłsudskiego 2, 34-730 Mszana Dolna) (dalej również: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: „Ustawa” lub „PZP”) postępowanie na: ochronę osób i mienia w budynkach sądowych w Zielonej Górze przy Placu Słowiańskim 12 oraz ul. Kożuchowskiej 8 wraz z zapewnieniem grupy interwencyjnej. Numer referencyjny: OG.374.02.23 (dalej również: „Postępowanie”). Warunki i zasady prowadzenia Postępowania opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również : „SWZ”)

W dniu 4 maja 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawców: Firma Budowlana EKOINBUD Sp. z o.o. Sp. k. oraz EKOINBUD Sp. z o.o. (ul. Geodetów 29, 80-298 Gdańsk) ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego w Postępowaniu.

W dniu 8 maja 2023 r. do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca E. K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: E. K. BUDOWNICTWO (Spytkowice nr 115, 34-74: Spytkowice) (dalej: „Przystępujący”). Izba, wobec spełnienia przesłanek przystąpienia z art. 525 Ustawy uznała skuteczność zgłoszenia przystąpienia po stronie zamawiającego.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego z dnia 28 kwietnia 2023r. wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu Przystępującego, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale VII pkt 2 ppkt 3) lit. a) SWZ i zaniechania Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego

niespełniającego warunków udziału w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 57 pkt 1) i pkt 2) PZP, art. 118 ust.1 PZP, art. 118 ust.2 PZP, art. 119 PZP w zw. z art. 266 PZP poprzez uznanie, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII pkt 2 ppkt 3) lit. a) SWZ,

2.art. 57 pkt 1) i pkt 2) PZP, art. 116 ust.1 PZP w zw. z art. 266 PZP w zw. z art. 61 ust.2 PZP w zw. z §2 ust.1 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452) w zw. z Rozdziałem IX pkt 4 ppkt 3) poprzez uznanie, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII pkt 2 ppkt 3) lit. a) SWZ,

3.art. 226 ust.1 pkt 2) lit. b) PZP w zw. z art. 266 PZP poprzez nie odrzucenie oferty Przystępującego, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale VII pkt 2 ppkt 3) lit. a) SWZ.

Odwołujący wobec udostępnienia mu dokumentów złożonych przez Przystępującego Zamawiającemu w postaci Wykazu robót budowlanych stwierdził, że zmienia faktyczne uzasadnienie na niezgodność z SWZ zobowiązania podmiotu udostępniającego zgodnego, co do formy z Ustawą.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; powtórzenia czynności oceny ofert i odrzucenie oferty Przystępującego.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Przystępujący przyłączył się do żądania Zamawiającego.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba oddaliła odwołanie. Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika - oparła się na dokumentacji Postępowania, oraz innych złożonych dokumentach. Izba pominęła dowód w postaci kosztorysu sporządzonego przez Odwołującego wskazującego na wycenę przez Odwołującego robót konstrukcyjnych oraz ścianek modułowych Budynku1 na poziomie 30 % całości objętych kosztorysem prac jako nieprzydatnego dla rozstrzygnięcia sporu.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania nie był sporny. Sporna była ocena treści złożonych dokumentów w świetle postanowień SWZ i Ustawy.

Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem VII pkt 2 ppkt 3) lit. a) SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania zdolności technicznej i zawodowej. Zamawiający uzna ten warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że Wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie tzn. w okresie ostatnich 7 lat - (przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie) wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną w zakresie budowy lub przebudowy budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 5 000 000 złotych. Jednocześnie zgodnie z art. 118 ust.1 PZP i rozdziału X pkt 1 SWZ wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. W takim wypadku, zgodnie z art. 118 ust.2 PZP i rozdziałem X pkt 2 SWZ, w odniesieniu do warunku doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Izba ustaliła również, że SWZ nie zawiera doprecyzowania ww. warunku.

Izba ustaliła dalej, że Przystępujący wykazywał spełnianie warunku doświadczenia opierając się na doświadczeniu podmiotu trzeciego - Przedsiębiorstwa Handlowo Remontowo Budowlanego ECCO- System W. K. (dalej jako Podmiot udostępniający).

Przystępujący wskazał tutaj dla wykazania warunku udziału określonego w rozdziale VII 2 pkt 3a) SWZ dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, realizację dwóch (2) robót budowlanych, powołując się na zdolności techniczną lub zawodową innego podmiotu - Przedsiębiorstwa Handlowo Remontowo Budowlanego ECCO-SYSTEM W K., wykazując:

1) przebudowę pomieszczeń IV pietra szpitala w Suchoj Beskidzkiej, zakończoną 31.05.2020 r. o wartości 6 930 000 zł brutto w zakresie budowy lub przebudowy budynku użyteczności publicznej;

2) budowę przedszkola samorządowego w Sułkowicach, zakończoną 30.09.2017 r. o wartości 5 955 323,86 zł brutto.

Zamawiający uznał, że roboty spełniają warunek SWZ.

Samo przedstawione doświadczenie dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie było kwestionowane odwołaniem.

Odwołujący kwestionował zakres udziału Podmiotu udostępniającego w realizacji przedmiotu zamówienia, jako nieobejmujący całości robót dotyczących Budynku1, i w konsekwencji powodujący, że warunek udziału w postaci zdolności technicznej i zawodowej nie został przez Przystępującego skutecznie wykazany dla całości robót dotyczących Budynku1, co winno skutkować odrzuceniem oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy. Odwołujący podkreślał, że zakres udostępnienia zasobów został ograniczony przez Przystępującego w ofercie, w której określono zakres podwykonawstwa Podmiotu udostępniającego zasoby do realizacji w zakresie dotyczącym Budynku1 robót fundamentowych i wykonywania konstrukcji drewnianej, zaś doradztwo i udostępnianie personelu, sprzętu i wiedzy i doświadczenia przez cały okres realizacji zamówienia nie jest wystarczający dla uznania, że warunek został spełniony. Ponadto roboty instalacyjne są szczególnie istotne. Odwołujący podnosił fakt zapewnienia kierownika budowy i kierowników branżowych bezpośrednio przez osoby będące personelem Przystępującego oraz fakt zwrócenia się przez Podmiot udostępniający zasoby do podmiotu trzeciego o ofertę na wykonanie przez podmiot trzeci konstrukcji dachu wraz ze ścianami systemowymi zgodnie z projektem dla Budynku1, co w jego ocenie dodatkowo wskazuje na to że roboty dotyczące Budynku1 nie będą wykonywane przez podmiot posiadający wymagane doświadczenie i w konsekwencji świadczy to o nie spełnieniu warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego.

Izba ustaliła, że w ofercie Przystępujący w pkt. 7a” część powierzonego zadania i firma podwykonawcy” określił zakres zasobów podmiotu, na jakich zamierza polegać jako: **doradztwo techniczne, udostępnienie wykwalifikowanych pracowników, udostępnienie sprzętu oraz wiedzy i doświadczenia przez cały okres realizacji zamówienia, trwania umowy wraz z okresem gwarancyjnym oraz realizując roboty budowlane związane z budową budynku tj. roboty fundamentowe i wykonanie konstrukcji drewnianej budynku** (pkt 7.a oferty „część powierzonego zadania i firma podwykonawcy).

Jednocześnie Izba ustaliła, że Podmiot udostępniający zobowiązał się do udostępnienia Przystępującemu zasobów i zdolności technicznej i zawodowej, jak również w zakresie sposobu i okresu udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów przy wykonywaniu zamówienia. **Udostępniający zasoby zobowiązał się do świadczenia na rzecz Przystępującego doradztwa techniczne, udostępnienia wykwalifikowanych pracowników, udostępnienia sprzętu oraz wiedzy i doświadczenia przez cały okres realizacji zamówienia, i również przez okres trwania umowy wraz z okresem gwarancyjnym oraz realizacji robót budowlanych związanych z budową budynku stanowiącą przedmiot Postępowania.**

Izba ustaliła również, że Przystępujący wykazał samodzielne spełnienie warunku w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia określonym w Rozdziale VII 2 pkt 3b) poprzez wykazanie dysponowaniem personelem kierowniczym w odpowiednich branżach, zgodnie z załącznikiem nr 7 do SWZ tj. w zakresie kierownika budowy i kierowników robót branżowych (sanitarnych, elektrycznych, drogowych, teletechnicznych).

Uznając wyjaśnienia Przystępującego za wiarygodne, także w świetle treści zobowiązania Podmiotu udostępniającego zasoby, Izba przyjęła, że świadczone przez cały okres trwania umowy doradztwo techniczne oraz udostępnianie zasobów, w tym także w zakresie osobowym obejmować będzie w szczególności pracowników branżowych, technicznych, brygadzystów i operatorów maszyn posiadających wymagane doświadczenie i wiedzę.

Podmiot udostępniający występował z zapytaniem o oferty na wykonanie drewnianych konstrukcji dachowej oraz ścian systemowych w Budynku1 do podmiotów trzecich. Izba ustaliła również, uznając wyjaśnienia Przystępującego za wiarygodne, także w świetle udzielonych odpowiedzi na pytania, że zwrócenie się z zapytaniem nie oznacza powierzenia wykonania konstrukcji dachu wraz ze ścianami modułowymi podmiotowi trzeciemu ani tego, że roboty nie będą wykonywane przez Podmiot udostępniający czy też nie posiadający doświadczenia.

Izba ustaliła w oparciu o dokumentację postępowania – odpowiedź na pytania część 2- że Zamawiający dopuszcza na etapie realizacji zamówienia za zgodą projektanta zmianę rozwiązań technicznych opisanych OPZ w zakresie Budynku 1 dotyczących konstrukcji dachu, stosowania stalowych usztywnień konstrukcji modułowej dachu, zmiany systemu ścian działowych z systemu na podkonstrukcji drewnianej na podkonstrukcję aluminiową, zmianę układu ścian nośnych z systemu, gdzie płyta GK jest montowana bezpośrednio do konstrukcji drewnianej na system oparty na przedściankach na stelażu aluminiowym, zamianę wypełnienia ścian systemowych z płyt z włókna drzewnego na wypełnienie wełną mineralną czy też zmianę konstrukcji drewnianej na murową i żelbetową.

Izba ustaliła też, w świetle wiarygodnych w jej ocenie wyjaśnień Zamawiającego i Przystępującego, i stwierdziła że zakres robót do jakich wykonania zobowiązany jest w świetle treści oferty Podmiot udostępniający dotyczących Budynku1 tj. **roboty fundamentowe, wykonanie konstrukcji drewnianej budynku obejmującej ściany, dachy i stropy oraz doradztwo, udostępnianie personelu, w tym branżowego, sprzętu, wiedzy i doświadczenia zarówno w punktu widzenia ich wartości (około 70% wartości prac przy Budynku1 bez uwzględnia prac związanych z zagospodarowaniem terenu,**

instalacjami zewnętrznymi) jak i zakresu i charakteru są istotne dla realizacji robót dotyczących Budynku1.

### **Izba stwierdza, co następuje**

Zgodnie z art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt. 5 Ustawy : Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Dalej Izba stwierdza, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz innych warunków zamówienia, co nie zostało wykazane w postępowaniu. Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z ust. 1 pkt 5 konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie polega niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia (patrz: Gawrońska-Baran Andrzeła i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany Opublikowano: LEX/el. 2023).

Jednocześnie zgodnie z art. 118 Ustawy Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. 2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. 3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. 4. 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.

Zgodnie z art. 119. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

**Mając na uwadze treść SWZ, oferty Przystępującego, ustalenia oraz przywołane powyżej normy prawne Izba stwierdza, że roboty, do jakich wykonania zobowiązany jest Podmiot udostępniający w świetle zobowiązania do ich udostępnienia ograniczonego treścią oferty (fundamenty i wykonanie konstrukcji drewnianej Budynku1 oraz doradztwo techniczne, udostępnienie wykwalifikowanych pracowników, sprzętu oraz wiedzy i doświadczenia przez cały okres realizacji zamówienia) są wystarczające dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu obejmującego budowę i przebudowę budynku użyteczności publicznej o określonej wartości robót.**

**Izba wskazuje tutaj, że Zamawiający dopuścił wykazanie wykonania roboty budowlanej zarówno w zakresie wykonania jak i przebudowy budynku.**

### **Ustawa ani SWZ nie definiuje pojęcia budynku, budowy ani przebudowy.**

Jednocześnie źródło definicji pojęcia budynku odnaleźć można w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2023.682 t.j. z dnia 2023.04.121) art. 3 pkt. 2, zgodnie z którym budynkiem jest obiekt budowlany **trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych, a jego wyróżnikiem jest fundament i dach.**

Ustawa i prawo budowlane definiują zaś pojęcie obiektu budowlanego:

- art. 3 pkt 1 Prawa budowlanego jako **budynek wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych;**

- art. 7 pkt. 14 Ustawy jako **wynik całości robót budowlanych** w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, **który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.**

Zestawienie obu pojęć, przy braku innych wskazówek, dotyczących stopnia wykonania budowy lub przebudowy (np. pod klucz) pozwala na przyjęcie, że zakres robót Podmiotu udostępniającego zasoby jest wystarczający w świetle normy art. 118 w zw. z art. 119 Ustawy dla uznania, że podmiot ten wykona roboty budowlane do realizacji, których te zdolności są wymagane.

Zestawienie obu pojęć – budynek i obiekt budowlany – pozwalają na przyjęcie, że dla wykazania doświadczenia w realizacji robót budowlanych polegających na wykonaniu budynku, nie jest konieczne wykazanie wykonania całości robót budowlanych zapewniających możliwość użytkowania budynku zgodnie z jego przeznaczeniem w tym wykonania instalacji zapewniających możliwość użytkowania obiektu zgodnie z przeznaczeniem.

Dodatkowo intencjonalne założenie przez Zamawiającego dopuszczenia do udziału w Postępowaniu podmiotów mających doświadczenie zarówno w budowie jak i przebudowie, umacnia, w ocenie Izby, stanowisko przemawiające za uznaniem decyzji Zamawiającego za prawidłową, jako zakładające dopuszczenie do udziału w Postępowaniu wykonawców, którzy nie wykonali całości prac jakie wiążą się z wznoszeniem budynku czy kompletnego obiektu budowlanego.

Izba wskazuje, że Ustawa ani SWZ nie definiowały pojęcia budowy i przebudowy. Jednocześnie, wobec charakteru przedmiotu zamówienia wskazówek szukać należy w Prawie budowlanym, zgodnie z którym w zakresie robót budowlanych mieszczą się, w zakresie relewantnym dla Postępowania: budowa (obejmująca wznoszenie nowego obiektu budowlanego, rozbudowę, nadbudowę oraz odbudowę budynku) i przebudowa (czyli robota budowlana zmieniająca parametry użytkowe lub techniczne istniejącego obiektu przy zachowaniu tej samej kubatury, powierzchni użytkowej, powierzchni zabudowy, wymiarów i liczby kondygnacji, parametry związane z jego użytkowaniem).

**Powyższe, w świetle treści warunku udziału w postępowaniu, wskazuje w ocenie Izby na niemożność odrzucenia oferty Przystępującego, w której Podmiot udostępniający realizować będzie roboty obejmujące wykonanie fundamentów oraz konstrukcji drewnianej budynku (obejmującej ściany, dachy i stropy budynku) wraz z doradztwem i udostępnianiem zasobów (personelu i sprzętu) oraz wiedzy i doświadczenia.**

Izba dodatkowo wskazuje, że bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostaje kwestia wystąpienia z zapytaniem ofertowym, co w żaden sposób nie oznacza wykonania robót przez podmiot inny niż Udostępniającego zasoby lub wykonania przez podmiot nie spełniający warunku udziału w Postępowaniu. Analogicznie bez znaczenia dla oceny prawidłowości decyzji Zamawiającego pozostaje okoliczność zapewnienia kierowników budowy i branżowych w ramach własnego personelu wykonawcy. Uprawnienia budowlane związane są z konkretnymi osobami – na marginesie, których status zatrudnienia na osi czasu może się zmieniać - podczas gdy doświadczenie i wiedza powiązane zostały z wykonawcą przedmiotu zamówienia. Ponad to w niniejszym przypadku Podmiot udostępniający zasoby robi to także w zakresie personelu posiadającego doświadczenie. W niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał istnienia sprzeczności z jednoznacznie skwantyfikowanym postanowieniem SWZ, co spowodowało oddalenie zarzutów odwołania.

Izba stoi na stanowisku, że niejednoznaczność zapisów SWZ nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawców a wątpliwości powinny być, co do zasady, rozstrzygane na ich korzyść.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i 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).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący .....