

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2025 r. przez wykonawcę **Lucmar sp. z o.o. w Toruniu**

w postępowaniu prowadzonym przez **21. Bazę Lotnictwa Taktycznego w Świdwinie**

na *Remont budynku nr 2 w Jednostce Wojskowej w Trzebiatowie*

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Lucmar sp. z o.o. w Toruniu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Lucmar sp. z o.o. w Toruniu tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1521/25

Uzasadnienie

21. Baza Lotnictwa Taktycznego w Świdwinie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest remont budynku nr 2 w Jednostce Wojskowej w Trzebiatowie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 18 lutego 2025 r., nr 2025/BZP 00109608.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu 22 kwietnia 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Lucmar sp. z o.o. w Toruniu, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp przez dokonanie odrzucenia jego oferty i uznanie, że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, mimo iż odwołujący dysponował doświadczeniem nabytym przez pana T.H., będącego jednocześnie współnikiem, członkiem zarządu uprawnionym do samodzielnej reprezentacji odwołującego oraz pracownikiem odwołującego na stanowisku Koordynatora inwestycji,
- 2) art. 118 ust. 1 i 2 Pzp przez uznanie, że w sytuacji gdy osoba fizyczna która nabyła doświadczenie jako prowadząca jednoosobową działalność gospodarczą, a która następnie zostaje współnikiem, członkiem zarządu uprawnionym do samodzielnej reprezentacji i pracownikiem wykonawcy zatrudnionym na stanowisku Koordynatora inwestycji i bierze realny, rzeczywisty udział w wykonaniu przedmiotu zamówienia, to nie następuje wniesienie tegoż zasobu doświadczenia i wiedzy do wykonawcy – spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i wykonawca nie może korzystać z tej wiedzy i doświadczenia, gdyż między osobą prowadzącą działalność gospodarczą a spółką z ograniczoną odpowiedzialnością nie istnieje następstwo prawne pomiędzy działalnością gospodarczą "EL-TOM" T.H. a spółką z ograniczoną odpowiedzialnością Lucmar, w rozumieniu art 158 ksh., mimo że przepis art. 118 ust 1 i 2 Pzp wskazuje, że 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 i wykonawca musi wykazać jedynie to, że podmiot udostępniający doświadczenie wykona roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane,
- 3) art 255 pkt 3 Pzp przez dokonanie czynności unieważnienia postępowania na tej podstawie faktycznej że zamawiający nie dysponuje środkami na wykonanie zamówienia albowiem cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, mimo że cena oferty brutto zaproponowana przez jednego z oferentów którego oferty zamawiający nie odrzucił wynosi 7.406.054,20 zł, a zamawiający wskazał iż kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 8.600.000,00 zł, a zatem podana przez zamawiającego przyczyna unieważnienia postępowania jest nieprawdziwa.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego, z uwzględnieniem konsekwencji stawianych zamawiającemu zarzutów.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, oferty wykonawców złożone w postępowaniu, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców w toku postępowania, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu oferty odwołującego, załączniki do pism procesowych stron, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

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

Art. 118 Pzp stanowi, że:

1. *Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.*
2. *W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują 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.*

Art. 128 ust. 1 Pzp stanowi, że *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

- 1) *wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub*
- 2) *zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.*

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

- 2) *została złożona przez wykonawcę:*
 - b) *niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.*

Art. 255 pkt 3 Pzp stanowi, że *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest remont budynku nr 2 w Jednostce Wojskowej w Trzebiatowie.

Kolejno ustalono, że w SWZ zamawiający przewidział m.in.:

Rozdział 6 Warunki udziału w postępowaniu

1. *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:*

1.3. *zdolności technicznej lub zawodowej.*

a) *Opis spełnienia warunku:*

Warunek ten spełniają Wykonawcy, którzy wykonali należycie w okresie ostatnich 5 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, minimum dwie roboty budowlane

polegające na wykonaniu robót ogólnobudowlanych, o wartości minimum 3 000 000,00 zł brutto każda, w ramach jednego kontraktu, zlecenia lub umowy.

- W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum, spółka cywilna), przynajmniej jeden z Wykonawców musi spełniać warunek dotyczący posiadanych zdolności zawodowych, o których mowa w pkt. 1 ppkt. 1.3. lit. a) w pełni samodzielnie.

- Nie dopuszcza się sumowania mniejszych, częściowych robót objętych odrębnymi umowami Wykonawcy, bądź wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wykonawców, w celu wykazania spełnienia danego warunku.

- Roboty budowlane należyście wykonane oznacza roboty wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

- Jako robotę budowlaną wykonaną – należy rozumieć wykonane roboty, dla których wystawiono Protokół odbioru robót lub Świadcstwo Przejęcia lub równoważny dokumenty w przypadku zamówień, w których nie wystawiono Protokołu odbioru lub Świadcstwa Przejęcia.

- Wartości podane w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku w walutach innych niż złoty polski, Wykonawca przeliczy wg średniego kursu Narodowego Banku Polskiego (NBP) na dzień opublikowania ogłoszenia o zamówieniu dotyczącego niniejszego postępowania w BZP lub ostatniego kursu sprzed dnia opublikowania ogłoszenia o niniejszym zamówieniu – w przypadku gdyby w tym dniu kurs nie był podawany.

UWAGA: Zamawiający uwzględni tylko prace zakończone.

b) Opis spełnienia warunku:

Warunek ten spełniają Wykonawcy, którzy wykonali należyście w okresie ostatnich 5 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, minimum jedną robotę polegającą na wykonaniu prac konserwatorskich* na zabytku nieruchomym wpisanego do rejestru zabytków, lub innego właściwego ze względu na miejsce położenia zabytku, rejestru, o wartości minimum 500 000,00 zł brutto każda, w ramach jednego kontraktu, zlecenia lub umowy.

- W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum, spółka cywilna), przynajmniej jeden z Wykonawców musi spełniać warunek dotyczący posiadanych zdolności zawodowych, o których mowa w pkt. 1 ppkt. 1.3. lit. b) w pełni samodzielnie.

- Nie dopuszcza się sumowania mniejszych, częściowych robót objętych odrębnymi umowami Wykonawcy, bądź wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wykonawców, w celu wykazania spełnienia danego warunku.

- Roboty budowlane należyście wykonane oznacza roboty wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

- Jako robotę budowlaną wykonaną – należy rozumieć wykonane roboty, dla których wystawiono Protokół odbioru robót lub Świadcstwo Przejęcia lub równoważny dokumenty w przypadku zamówień, w których nie wystawiono Protokołu odbioru lub Świadcstwa Przejęcia.

- Wartości podane w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku w walutach innych niż złoty polski, Wykonawca przeliczy wg średniego kursu Narodowego Banku Polskiego (NBP) na dzień opublikowania ogłoszenia o zamówieniu dotyczącego niniejszego postępowania w BZP lub ostatniego kursu sprzed dnia opublikowania ogłoszenia o niniejszym zamówieniu – w przypadku gdyby w tym dniu kurs nie był podawany.

UWAGA: Zamawiający uwzględni tylko prace zakończone.

3. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków, o których mowa w niniejszym rozdziale, w pkt. 1 ppkt 1.3, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych,

4. Zamawiający jednocześnie informuje, iż „stosowna sytuacja”, o której mowa w pkt. 3 wystąpi wyłącznie w przypadku gdy:

a) Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów udowodni zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

b) Zamawiający oceni, czy udostępniane Wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 i art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy.

c) w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Rozdział 8 Informacja o podmiotowych środkach dowodowych, jeżeli Zamawiający będzie wymagał ich złożenia

1. Do oferty każdy Wykonawca musi dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w zakresie wskazanym w załączniku nr 2 do SWZ. Informacje zawarte w oświadczeniu będą stanowić wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

5. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów:

a) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty – zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ.

ROZDZIAŁ 16. Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów, i sposobu oceny ofert

1. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, uzyska najwyższą liczbę punktów obliczonych z zastosowaniem kryterium odpowiednio:

a) Cena za wykonanie przedmiotu zamówienia - 60 pkt.

Cena najniższa

Cena = ----- x 60 (pkt)

Cena badanej oferty

Oferty zostaną przeliczone według powyższego wzoru. Uzyskana liczba punktów badanej oferty zostanie pomnożona przez wagę tego kryterium, tj. 60. Wynik będzie traktowany jako wartość punktowa oferty w kryterium cena oferty.

b) Dodatkowa gwarancja – 40 pkt.

najdłuższy zaoferowany okres gwarancji spośród ofert

Gwarancja = ----- x 40 (pkt)

okres gwarancji w badanej ofercie

Oferty zostaną przeliczone według powyższego wzoru. Uzyskana liczba punktów badanej oferty zostanie pomnożona przez wagę tego kryterium tj. 40. Wynik będzie traktowany jako wartość punktowa oferty w kryterium dodatkowa gwarancja w ofercie. Minimalny okres gwarancji wynosi 60 miesięcy od dnia podpisania protokołu końcowego odbioru robót. Jeżeli Wykonawca zaoferuje gwarancję na okres krótszy niż 60 miesięcy, oferta zostanie odrzucona jako niezgodna z SWZ. Maksymalny okres gwarancji wynosi 72 miesiące od dnia podpisania protokołu końcowego odbioru robót. Jeżeli Wykonawca zaoferuje gwarancję na okres dłuższy niż 72 miesiące, do oceny ofert w kryterium „okres gwarancji” zostanie przyjęty okres 72-miesięczny, jako maksymalny zgodny z żądaniem i możliwościami Zamawiającego, natomiast do umowy zostanie wpisany okres gwarancji i zgodny z oświadczeniem Wykonawcy. W przypadku braku w formularzu ofertowym deklaracji ze strony Wykonawcy, dotyczącej dodatkowej gwarancji zamawiający nie przyzna wykonawcy punktów w tym kryterium (0 pkt.).

(por. SWZ, w aktach sprawy)

Kolejno ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty.

Nr oferty	Nazwa i adres wykonawcy	Cena oferty brutto	Okres gwarancji
1	odwołujący	9 651 439,94	Nie zadeklarowano dodatkowej gwarancji
2	AM-BUD A.B.	7 668 761,66	Nie zadeklarowano dodatkowej gwarancji
3	CJMS sp. z o.o.	8 259 212,44	Nie zadeklarowano dodatkowej gwarancji
4	Balticbud sp. z o.o. sp. k.	7 406 054,20	Nie zadeklarowano dodatkowej gwarancji
5	Hydratec sp. z o.o.	13 271 720,59	72 miesiące

(por. oferty, w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono także, że na sfinansowanie zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 8.600.000 zł brutto.

(por. informacja o ww. kwocie, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że odwołujący w formularzu ofertowym złożył m.in. następujące oświadczenia:

12. Zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy nie polegam, na zdolnościach technicznych lub zawodowych, sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotu udostępniającego.

14. Przedmiot zamówienia wykonam samodzielnie.

Do swejej oferty odwołujący załączył także wniosek o wykreślenie przedsiębiorcy z CEIDG z dnia 2 grudnia 2024 r. złożony przez przedsiębiorcę T.H., „EL-TOM”. We wniosku jako ostatni dzień prowadzenia działalności gospodarczej wpisano 29 listopada 2024 r.

Do swejej oferty odwołujący załączył także wykaz robót. W wykazie tym odwołujący wymienił:

- 1)w wierszu 1 - *Roboty remontowo-budowlane w budynku nr 7 w kompleksie wojskowym K-0799 – magazyn ZLT*, o wartości 4.770.699,23 zł, wykonane w okresie 01.03.2023 r. – 15.05.2023 r. na rzecz 23. Baza Lotnictwa Taktycznego 05-300 Mińsk Mazowiecki,
- 2)w wierszu 2 - *Roboty remontowo budowlane w kompleksie wojskowym K-6031 w Janowie związane z pozyskaniem statków powietrznych FA-50*, o wartości 11.713.220,01 zł, wykonane w okresie 20.03.2023 r. – 30.05.2023 r. na rzecz 23. Baza Lotnictwa Taktycznego 05-300 Mińsk Mazowiecki.

Ustalono także, że do ww. wykazu robót odwołujący załączył:

- 1)w odniesieniu do roboty z pkt 1 wykazu – referencje 23. Bazy Lotnictwa Taktycznego z 16 sierpnia 2023 r., w których zleceniodawca oświadczał, że firma *EL-TOM T.H. z siedzibą w Toruniu, ul. Przybyłów 1C/39, 87-100 Toruń realizowała Umowę o roboty budowlane nr 39/23 na zadanie pn. "roboty remontowo budowlane w budynku nr 7 w kompleksie wojskowym K-0799 - magazyn ZLT*

Zakres wykonanych prac:

- roboty ogólnobudowlane i konstrukcyjne

- posadzki przemysłowe

- termoizolacje budynku

- hydroizolacje budynku

- wymiana pokrycia dachowego

- roboty wentylacyjne i klimatyzacyjne

- roboty sanitarne wewnętrzne i zewnętrzne

- roboty elektryczne

- roboty teletechniczne

- okablowanie strukturalne

- instalacja p.poż i alarmowa

Realizacja przedmiotu ww. Umowy w terminie od 01.03.2023r. do 15.05.2023r.

Wartość wykonanych robót według umowy: 4.770.699,23 zł brutto

Wszystkie roboty zostały wykonane terminowo zgodnie z Umową, z należytą starannością i zgodnie ze sztuką budowlaną oraz obowiązującymi przepisami techniczno-budowlanymi;

- 2)w odniesieniu do roboty z pkt 2 wykazu – referencje 23. Bazy Lotnictwa Taktycznego z 16 sierpnia 2023 r., w których zleceniodawca oświadczał, że firma *EL-TOM T.H. z siedzibą w Toruniu, ul. Przybyłów 1c/30 realizowała umowę o roboty budowlane nr 34/23 na zadanie pn. "roboty remontowo budowlane w kompleksie wojskowym K-6031 w Janowie związane z pozyskaniem statków powietrznych FA-50*

Zakres wykonanych prac:

roboty ogólnobudowlane i konstrukcyjne

- posadzki przemysłowe

- roboty elewacyjne

- roboty sanitarne

- roboty elektryczne

- roboty teletechniczne

Realizacja przedmiotu ww. Umowy w terminie od 20.03.2023r. do 30.05.2023r.

Wartość wykonanych robót według Umowy: 11.713.220,01 zł brutto

Wszystkie roboty zostały wykonane terminowo zgodnie z Umową, z należytą starannością i zgodnie ze sztuką budowlaną oraz obowiązującymi przepisami techniczno-budowlanymi.

Ustalono także, że odwołujący załączył do swejej oferty plik zatytułowany „wyjaśnienia do oferty”. W pliku tym odwołujący oświadczył, co następuje.

W przedmiotowej sprawie zamówienia publicznego na wykonanie Robót budowlanych – w Jednostce Wojskowej w Trzebiatowie administrowanej przez 21. Bazę Lotnictwa Taktycznego u Zamawiającego Skarbu Państwa – 21. Baza Lotnictwa Taktycznego w Świdwinie, Wykonawca składający ofertę – LUCMAR sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu przedstawia dokumenty na dowód spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania doświadczenia zgodnie z wymogami wskazanymi w rozdziale 6 SWZ „WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU”. Wykonawca zobowiązany jest do wykazania, iż Wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu

zamówienia, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch robót ogólnobudowlanych o wartości minimum 3 000 000,00 zł.

W celu wykazania spełniania tego warunku, Wykonawca zobowiązany jest do załączenia dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są: referencje, protokoły odbiorów końcowych, bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane.

Zgodnie z rozdziałem 8 SWZ „INFORMACJA O PODMIOTOWYCH ŚRODKACH DOWODOWYCH, JE ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE WYMAGAŁ ICH ZŁOŻENIA”, punkt 4, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia. Wzór zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia określa Załącznik nr 5 do SWZ.

Zgodnie z treścią art 118 ust. 1 ustawy PZP, 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.

Wykonawca w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniego doświadczenia, przedstawia dwa dokumenty – referencje wystawione dla T.H., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T.H. "EL-TOM", Regon REGON 341277393, NIP 8911577665.

Jednocześnie jednak, wykonawca NIE przedstawia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia według wzoru zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia - Załącznika nr 5 do SWZ.

Takie postępowanie wykonawcy, pozornie logicznie sprzeczne wewnętrznie, jest wynikiem następujących okoliczności :

– po pierwsze, podmiot ten, na którego doświadczenie wykonawca powołuje się w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu, czyli T.H., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T.H. "EL-TOM", Regon REGON 341277393, NIP 8911577665 z dniem 29 listopada 2024r. zaprzestał wykonywania działalności gospodarczej, co wynika z załączonego odpisu z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej. Tym samym, udział T.H. w wykonaniu przedmiotowego zamówienia w charakterze podmiotu prowadzącego oddzielną działalność gospodarczą jest niemożliwy, a złożenie przez niego zobowiązania oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia w charakterze podmiotu prowadzącego oddzielną działalność gospodarczą byłoby nieskuteczne.

– po drugie, i co ważniejsze, Pan T.H. jest obecnie współnikiem i członkiem zarządu Wykonawcy - LUCMAR spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu.

Nastąpiła więc sytuacja, w której, mówiąc technicznie, nośnik danego zasobu, jakim jest doświadczenie, czyli Pan T.H., stał się zasobem własnym wykonawcy. Tym samym, w momencie wykonywania robót i nabywania doświadczenia jako osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą formalnie Pan T.H. był wobec LUCMAR spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu podmiotem trzecim w rozumieniu art 118 ustawy PZP, jednakże wobec faktu, iż wiedza i doświadczenie osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą związane jest immanentnie właśnie z osobą, i nie może jej być „odebrane” w sytuacji gdy osoba ta stanie się współnikiem i członkiem zarządu osoby prawnej, oczywistym jest iż taka osoba prawna może korzystać z wiedzy i doświadczenia takiej osoby fizycznej jak zasobu własnego.

Jest to tym bardziej uzasadnione, że w wypadku zbycia przedsiębiorstwa powszechnie uznana jest możliwość postępowania się doświadczeniem zbywcy przedsiębiorstwa w rozumieniu przedmiotowym przez nabywcę. (...)

Skoro zatem zbycie przedsiębiorstwa powoduje przeniesienie na nabywcę doświadczenia zawodowego i organizacyjnego (know-how), którego emanacją są referencje, to tym bardziej uzasadnione jest uznanie, że w momencie, gdy „nośnik” tegoż oświadczenia zawodowego i organizacyjnego (know-how), którego emanacją są referencje, jakim jest

osoba fizyczna staje się członkiem zarządu i współnikiem osoby prawnej, to osoba prawna ma możliwość korzystania z tego doświadczenia i staje się ono zasobem własnym tej osoby prawnej. Można by mieć ewentualnie w tym zakresie jakiegokolwiek wątpliwości, gdyby dana osoba fizyczna była jedynie współnikiem spółki, gdyż współnik może w spółce być „bierny” i ograniczać swoje wykonywanie praw i obowiązków w spółce do kwestii uprawnień czysto korporacyjnych, ale w sytuacji gdy dana osoba fizyczna jest jednocześnie członkiem zarządu czyli prowadzi na bieżąco sprawy spółki, oczywistym jest, iż spółka korzysta z doświadczenia tej osoby fizycznej, a osoba fizyczna wykorzystuje swoje

doświadczenie przy prowadzeniu spraw spółki.

Powyższe rozumowanie, aczkolwiek przeprowadzone w odniesieniu nie do osób prawnych, ale jednak spółek zarejestrowanych w rejestrach handlowych państwa, potwierdza Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 listopada 2022 r., C-631/21, w którym wskazano że „Artykuł 59 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE w związku z art. 2 ust. 1 pkt 10 i art. 63 tej dyrektywy, jak również w związku z załącznikiem 1 do rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia należy interpretować w ten sposób, że wspólne przedsiębiorstwo, które nie będąc osobą prawną, ma formę spółki podlegającej prawu krajowemu państwa członkowskiego, która jest wpisana do rejestru handlowego tego państwa członkowskiego, która mogła zostać utworzona zarówno tymczasowo, jak i na stałe, i której wspólnicy działają na tym samym rynku co ta spółka oraz są solidarnie odpowiedzialni za właściwe wykonanie zobowiązań przez nią zaciągniętych, powinno przedstawić instytucji zamawiającej jedynie swój własny jednolity europejski dokument zamówienia (JEDZ), gdy zamierza indywidualnie uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub złożyć ofertę, pod warunkiem że wykáže, iż może wykonać dane zamówienie przy wykorzystaniu jedynie własnych zasobów osobistych i materialnych.”

Stan opisany w powyższym wyroku TS jest analogiczny do przedmiotowej sprawy – spółka LUCMAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu może wykonać dane zamówienie przy wykorzystaniu jedynie własnych zasobów osobistych i materialnych.

Z tych więc względów, wypełniając punkty 10, 11 i 12, wykonawca LUCMAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu wskazała, że :

– wykona zadanie samodzielnie – pkt 12 formularza ofertowego

– podmiot udostępniający zasoby czyli T.H. jako osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą pod firmą T.H. "EL-TOM", Regon REGON 341277393, NIP 8911577665 NIE będzie brał udziału w wykonaniu części zamówienia

– Wykonawca NIE polega na zdolnościach technicznych podmiotu udostępniającego czyli doświadczeniu T.H. jako osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą T.H. "EL-TOM", Regon REGON 341277393, NIP 8911577665, ale polega obecnie w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu na doświadczeniu T.H. jako osoby fizycznej będącej członkiem organu spółki i zasób ten stał się zasobem własnym wykonawcy.

(por. oferta odwołującego, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego)

Kolejno ustalono, że 28 marca 2025 r. zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego do wyjaśnień treści złożonej oferty. W wezwaniu tym zamawiający wskazał, co następuje.

Z otrzymanego od Wykonawcy wraz z ofertą wykazu robót wynika, że LUCMAR sp. z o.o. powołuje się na doświadczenie Pana T.H. nabyte w trakcie prowadzenia działalności gospodarczej pod nazwą EL-TOM T.H., NIP: 8911577665, która jak wynika z informacji zawartych w CEIDG od dnia 29.11.2024 r. zaprzestała wykonywania działalności gospodarczej.

W odniesieniu do załączonych do oferty wyjaśnień dotyczących „przeniesienia na nabywcę doświadczenia zawodowego i organizacyjnego (know-how)”, tj. do spółki LUCMAR, Zamawiający uznał, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie wskazują sposobu wniesienia do spółki zasobów innego podmiotu. Zgodnie z art. 158 § 1 KSH „jeżeli wkładem do spółki z o.o. ma być w całości albo w części wkład o charakterze niepieniężnym to umowa spółki powinna szczegółowo określać jego przedmiot oraz osobę współnika wnoszącego aport, jak również liczbę i wartość nominalną objętych w zamian udziałów”.

W związku z powyższym, Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnień, w jaki sposób Pan T.H. wniósł do spółki LUCMAR ww zasoby.

(por. ww. wezwanie, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z 1 kwietnia 2025 r. W wyjaśnieniach tych wskazał, co następuje.

Błędne jest stwierdzenie Zamawiającego, iż w przedmiotowej sprawie należy powołać się na przepis art 158 Ksh. Zamawiający stwierdza, iż „W odniesieniu do załączonych do oferty wyjaśnień dotyczących „przeniesienia na nabywcę

doświadczenia zawodowego i organizacyjnego (know-how)", tj. do spółki LUCMAR, Zamawiający uznał, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie wskazują sposobu wniesienia do spółki zasobów innego podmiotu. Zgodnie z art. 158 § 1 KSH „jeżeli wkładem do spółki z o.o. ma być w całości albo w części wkład o charakterze niepieniężnym to umowa spółki powinna szczegółowo określać jego przedmiot oraz osobę współnika wnoszącego aport, jak również liczbę i wartość nominalną objętych w zamian udziałów”.

W związku z powyższym, Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnień, w jaki sposób Pan T.H. wniósł do spółki LUCMAR w/w zasoby.

Odpowiadając na to pytanie należy wskazać, iż Pan T.H. wniósł do spółki LUCMAR w/w zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia stając się członkiem zarządu tejże spółki LUCMAR sp. z o.o. albowiem nabył to doświadczenie i wiedzę jako jednoosobowy przedsiębiorca – osoba fizyczna, a pojęcie "niezbędna wiedza i doświadczenie" w rozumieniu przepisów pzp obejmuje zarówno składniki niematerialne przedsiębiorstwa, jak i dobra osobiste związane z przedsiębiorcą, które zaliczyć należy do dóbr osobistych, jako zbliżone do wymienionych w art. 23 KC takich dóbr jak twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska. Takie cechy, jak wiedza i doświadczenie pozostają przy przedsiębiorcy i nie podlegają zbyciu.

(...)

Przenosząc wywody Izby zawarte w powyższym wyroku na kanwę przedmiotowej sprawy, wskazać należy, iż skoro „wiedza i doświadczenie" nie zostały zaliczone w art. 551 KC do składników niematerialnych przedsiębiorstwa, a w orzecznictwie i doktrynie nie wyróżnia się również takiego składnika. Są to bowiem przymioty związane nie z przedsiębiorstwem, ale z przedsiębiorcą lub pracownikami przedsiębiorstwa, które zaliczyć należy do dóbr osobistych, jako zbliżone do wymienionych w art. 23 KC takich dóbr jak twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska" - to nie sposób uznać aby wiedza i doświadczenie mogło być przedmiotem wkładu do spółki w rozumieniu art. 158 ksh, a to z uwagi na ich oczywistą niezbywalność. Podzielić zatem należy podkreślane w doktrynie jak i orzecznictwie poglądy, że wiedza i doświadczenie to te elementy przedsiębiorstwa, które są związane z posiadającym je podmiotem, niezbywalne i nieprzenaszalne samodzielnie. W odniesieniu do kategorii „wiedzy i doświadczenia”, o której mowa w ustawie Prawo zamówień publicznych akcentuje się ich nierozdzielność z podmiotem, który je posiada. Ten silny związek wiedzy i doświadczenia z podmiotem, który je posiada podkreślono: „Tak w doktrynie, jak i w orzecznictwie nie wyróżnia się składnika niematerialnego przedsiębiorstwa w postaci „wiedzy i doświadczenia”.

Wobec powyższego, skoro Pan T.H. jest obecnie współnikiem i członkiem zarządu Wykonawcy - LUCMAR spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu, to nastąpiła sytuacja, w której, mówiąc technicznie, „nośnik” danego zasobu, jakim jest doświadczenie, czyli Pan T.H., stał się zasobem własnym wykonawcy. Tym samym, w momencie wykonywania robót i nabywania doświadczenia jako osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą formalnie Pan T.H. był wobec LUCMAR spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu podmiotem trzecim w rozumieniu art 118 ustawy PZP, jednakże wobec faktu, iż wiedza i doświadczenie osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą związane jest immanentnie właśnie z osobą, i nie może jej być „odebrane” w sytuacji gdy osoba ta stanie się współnikiem i członkiem zarządu osoby prawnej, oczywistym jest iż taka osoba prawna może korzystać z wiedzy i doświadczenia takiej osoby fizycznej jak zasobu własnego.

W momencie, gdy „nośnik” tegoż oświadczenia zawodowego i organizacyjnego (know-how), którego emanacją są referencje, jakim jest osoba fizyczna staje się członkiem zarządu i współnikiem osoby prawnej, to osoba prawna ma możliwość korzystania z tego doświadczenia i staje się ono zasobem własnym tej osoby prawnej. Można by mieć ewentualnie w tym zakresie jakiegokolwiek wątpliwości jedynie w takiej sytuacji, gdyby dana osoba fizyczna była jedynie współnikiem spółki, gdyż współnik może w spółce być „bierny” i ograniczać swoje wykonywanie praw i obowiązków w spółce do kwestii uprawnień czysto korporacyjnych, ale w sytuacji gdy dana osoba fizyczna jest jednocześnie i współnikiem i członkiem zarządu czyli prowadzi na bieżąco sprawy spółki, oczywistym jest, iż spółka korzysta z doświadczenia tej osoby fizycznej, a osoba fizyczna wykorzystuje swoje doświadczenie przy prowadzeniu spraw spółki.

(...)

(por. ww. wyjaśnienia, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że 3 kwietnia 2025 r. zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego do wyjaśnień treści złożonej oferty. W wezwaniu tym zamawiający wskazał, co następuje.

Zamawiający pismem z dnia 28.03.2025 r. wezwał Wykonawcę LUCMAR Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, w zakresie sposobu wniesienia przez Pana T.H. zasobów w postaci doświadczenia.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie pismem z dnia 01.04.2025 r. złożył wyjaśnienia oparte na licznie przytaczanym orzecznictwie, w którym przyjmuje się jednak stan faktyczny polegający na następstwie prawnym pomiędzy podmiotami - przejmowanym i przejmującym. Z dokumentów będących w posiadaniu Zamawiającego oraz przedłożonych przez Wykonawcę wyjaśnień nie wynika sytuacja uregulowanego przepisami prawa następstwa prawnego pomiędzy działalnością gospodarczą "EL-TOM" T.H. a spółką z ograniczoną odpowiedzialnością LUCMAR.

W związku z powyższym, Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnień, w jaki sposób uregulował następstwo prawne pomiędzy działalnością gospodarczą "EL-TOM" T.H. a spółką LUCMAR Sp. z o.o., czego konsekwencją miałyby być nabycie zasobu w postaci doświadczenia Pana T.H. przez w/w spółkę.
(por. ww. wezwanie, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z 7 kwietnia 2025 r. W wyjaśnieniach tych wskazał, co następuje. (...)

Wykonawca wyjaśnia, iż błędna jest teza którą wskazuje Zamawiający, jakoby jedyną drogą którą Wykonawca może dysponować doświadczeniem osoby fizycznej jest następstwo prawne pomiędzy tą osobą fizyczną a Wykonawcą będącym spółką z o.o. - osobą prawną i przejmującym. Błędne jest stwierdzenie Zamawiającego, iż w przedmiotowej sprawie należy powołać się na przepis art 158 Ksh.

Zamawiający stwierdza, iż „W odniesieniu do załączonych do oferty wyjaśnień dotyczących „przeniesienia na nabywcę doświadczenia zawodowego i organizacyjnego (know-how)”, tj. do spółki LUCMAR, Zamawiający uznał, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie wskazują sposobu wniesienia do spółki zasobów innego podmiotu. Zgodnie z art. 158 § 1 KSH „jeżeli wkładem do spółki z o.o. ma być w całości albo w części wkład o charakterze niepieniężnym to umowa spółki powinna szczegółowo określać jego przedmiot oraz osobę współnika wnoszącego aport, jak również liczbę i wartość nominalną objętych w zamian udziałów”.

W związku z powyższym, Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnień, w jaki sposób Pan T.H. wniósł do spółki LUCMAR w/w zasoby.

Odpowiadając na to pytanie należy wskazać, iż Pan T.H. wniósł do spółki LUCMAR w/w zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia stając się członkiem zarządu tejże spółki LUCMAR sp. z o.o. albowiem nabył to doświadczenie i wiedzę jako jednoosobowy przedsiębiorca – osoba fizyczna, a pojęcie "niezbędna wiedza i doświadczenie" w rozumieniu przepisów pzp obejmuje zarówno składniki niematerialne przedsiębiorstwa, jak i dobra osobiste związane z przedsiębiorcą, które zaliczyć należy do dóbr osobistych, jako zbliżone do wymienionych w art. 23 KC takich dóbr jak twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska. Takie cechy, jak wiedza i doświadczenie pozostają przy przedsiębiorcy i nie podlegają zbyciu. (...)

Przenosząc wywody Izby zawarte w powyższym wyroku na kanwę przedmiotowej sprawy, wskazać należy, iż skoro „wiedza i doświadczenie” nie zostały zaliczone w art. 551 KC do składników niematerialnych przedsiębiorstwa, a w orzecznictwie i doktrynie nie wyróżnia się również takiego składnika. Są to bowiem przymioty związane nie z przedsiębiorstwem, ale z przedsiębiorcą lub pracownikami przedsiębiorstwa, które zaliczyć należy do dóbr osobistych, jako zbliżone do wymienionych w art. 23 KC takich dóbr jak twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska” - to nie sposób uznać aby wiedza i doświadczenie mogło być przedmiotem wkładu do spółki w rozumieniu art. 158 ksh, a to z uwagi na ich oczywistą niezbywalność. Podzielić zatem należy podkreślane w doktrynie jak i orzecznictwie poglądy, że wiedza i doświadczenie to te elementy przedsiębiorstwa, które są związane z posiadającym je podmiotem, niezbywalne i nieprzenaszalne samodzielnie. W odniesieniu do kategorii „wiedzy i doświadczenia”, o której mowa w ustawie Prawo zamówień publicznych akcentuje się ich nierozdzielność z podmiotem, który je posiada. Ten silny związek wiedzy i doświadczenia z podmiotem, który je posiada podkreślono: „Tak w doktrynie, jak i w orzecznictwie nie wyróżnia się składnika niematerialnego przedsiębiorstwa w postaci „wiedzy i doświadczenia”.

Wobec powyższego, skoro Pan T.H. jest obecnie współnikiem i członkiem zarządu Wykonawcy - LUCMAR spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu, to nastąpiła sytuacja, w której, mówiąc technicznie, „nośnik” danego zasobu, jakim jest doświadczenie, czyli Pan T.H., stał się zasobem własnym wykonawcy. Tym samym, w momencie wykonywania robót i nabywania doświadczenia jako osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą formalnie Pan T.H. był wobec LUCMAR spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu podmiotem trzecim w rozumieniu art 118 ustawy PZP, jednakże wobec faktu, iż wiedza i doświadczenie osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą związane jest immanentnie właśnie z osobą, i nie może jej być „odebrane” w sytuacji gdy osoba ta stanie się współnikiem i członkiem zarządu osoby prawnej, oczywistym jest iż taka osoba prawna może korzystać z wiedzy i doświadczenia takiej osoby fizycznej jak zasobu własnego.

W momencie, gdy „nośnik” tegoż oświadczenia zawodowego i organizacyjnego (know-how), którego emanacją są referencje, jakim jest osoba fizyczna staje się członkiem zarządu i współnikiem osoby prawnej, to osoba prawna ma możliwość korzystania z tego doświadczenia i staje się ono zasobem własnym tej osoby prawnej. Można by mieć ewentualnie w tym zakresie jakiegokolwiek wątpliwości jedynie w takiej sytuacji, gdyby dana osoba fizyczna była jedynie współnikiem spółki, gdyż współnik może w spółce być „bierny” i ograniczać swoje wykonywanie praw i obowiązków w spółce do kwestii uprawnień czysto korporacyjnych, ale w sytuacji gdy dana osoba fizyczna jest jednocześnie i współnikiem i członkiem zarządu czyli prowadzi na bieżąco sprawy spółki, oczywistym jest, iż spółka korzysta z doświadczenia tej osoby fizycznej, a osoba fizyczna wykorzystuje swoje doświadczenie przy prowadzeniu spraw spółki.

Powyższe rozumowanie, aczkolwiek przeprowadzone w odniesieniu nie do osób prawnych, ale jednak spółek

zarejestrowanych w rejestrach handlowych państwa, potwierdza Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 listopada 2022 r., C-631/21, w którym wskazano że „Artykuł 59 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE w związku z art. 2 ust. 1 pkt 10 i art. 63 tej dyrektywy, jak również w związku z załącznikiem 1 do rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia należy interpretować w ten sposób, że wspólne przedsiębiorstwo, które nie będąc osobą prawną, ma formę spółki podlegającej prawu krajowemu państwa członkowskiego, która jest wpisana do rejestru handlowego tego państwa członkowskiego, która mogła zostać utworzona zarówno tymczasowo, jak i na stałe, i której wspólnicy działają na tym samym rynku co ta spółka oraz są solidarnie odpowiedzialni za właściwe wykonanie zobowiązań przez nią zaciągniętych, powinno przedstawić instytucji zamawiającej jedynie swój własny jednolity europejski dokument zamówienia (JEDZ), gdy zamierza indywidualnie uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub złożyć ofertę, pod warunkiem że wykaze, iż może wykonać dane zamówienie przy wykorzystaniu jedynie własnych zasobów osobistych i materialnych.”

Stan opisany w powyższym wyroku TS jest analogiczny do przedmiotowej sprawy – spółka LUCMAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu może wykonać dane zamówienie przy wykorzystaniu jedynie własnych zasobów osobistych i materialnych.

(por. ww. wyjaśnienia, w aktach sprawy).

Następnie ustalono, że 15 kwietnia 2025 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp i unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, z uwagi na to, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W zawiadomieniu tym zamawiający wskazał na następujący ranking wykonawców i uzyskaną punktację:

Nr oferty	Nazwa i adres wykonawcy	Liczba punktów w kryterium cena i gwarancja
1	odwołujący	Nie przyznano punktów
2	AM-BUD A.B.	Nie przyznano punktów
3	CJMS sp. z o.o.	Nie przyznano punktów
4	Balticbud sp. z o.o. sp. k.	60,00
5	Hydratec sp. z o.o.	73,48

W zawiadomieniu tym zamawiający poinformował także, że odrzucił oferty złożone przez wykonawców:

a) odwołującego,

b) wykonawcę AM-BUD A.B.,

c) CJMS sp. z o.o.

i podał uzasadnienie faktyczne prawne odrzucenia ofert tych wykonawców.

W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, co następuje.

Wykonawca wraz z ofertą złożył następujące dokumenty: wykaz robót, stanowiący załącznik nr 3 do SWZ oraz referencje wystawione dla przedsiębiorstwa EL-TOM T.H. wraz z wyjaśnieniami.

W toku badania oferty Wykonawcy, Zamawiający ustalił, że Wykonawca w przedstawionym wykazie robót powołuje się na doświadczenie Pana T.H. nabyte w trakcie prowadzenia działalności gospodarczej pod nazwą EL-TOM T.H.. Zamawiający ustalił na podstawie informacji zawartych w CEIDG, że w/w osoba zaprzestała wykonywania działalności gospodarczej od dnia 29.11.2024 r.

Z wyjaśnień załączonych do oferty wynika, że doświadczenie zawodowe i organizacyjne (know-how) nabyte przez Pana T.H., zostało przeniesione do spółki LUCMAR Sp. z o.o. Zamawiający, po analizie w/w wyjaśnień uznał, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie wskazują sposobu wniesienia do spółki zasobów innego podmiotu. Zgodnie z art. 158 § 1 KSH „jeżeli wkładem do spółki z o.o. ma być w całości albo w części wkład o charakterze niepieniężnym to umowa spółki powinna szczegółowo określać jego przedmiot oraz osobę wspólnika wnoszącego aport, jak również liczbę i wartość nominalną objętych w zamian udziałów”.

W związku z powyższym, Zamawiający pismem z dnia 28.03.2025 r. wezwał Wykonawcę LUCMAR Sp. z o.o. do wyjaśnień, w jaki sposób Pan T.H. wniósł do spółki LUCMAR w/w zasoby.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie pismem z dnia 01.04.2025 r. złożył wyjaśnienia oparte na licznie przytaczanym orzecznictwie, w którym przyjmuje się jednak stan faktyczny polegający na następstwie prawnym pomiędzy podmiotami – przejmowanym i przejmującym. Z dokumentów będących w posiadaniu Zamawiającego oraz przedłożonych przez Wykonawcę wyjaśnień nie wynika sytuacja uregulowanego przepisami prawa następstwa prawnego pomiędzy działalnością gospodarczą "EL-TOM" T.H. a spółką z ograniczoną odpowiedzialnością LUCMAR.

W związku z powyższym, Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnień, w jaki sposób uregulował następstwo prawne pomiędzy działalnością gospodarczą "EL-TOM" T.H. a spółką LUCMAR Sp. z o.o. czego konsekwencją miałyby być nabycie zasobu w postaci doświadczenia Pana T.H. przez w/w spółkę.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie pismem z dnia 07.04.2025 r. złożył wyjaśnienia. Po analizie złożonych wyjaśnień oraz ogólnodostępnych dokumentów, Zamawiający uznał, że pomiędzy "EL-TOM" T.H. a spółką LUCMAR Sp. z o.o. nie nastąpiło następstwo prawne.

W związku z powyższym, Zamawiający uznał, że oferta Wykonawcy LUCMAR Sp. z o.o. nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy.

(por. ww. zawiadomienie, w aktach sprawy)

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała, że odwołujący nie wykazał przesłanek do wniesienia odwołania wynikających z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Na wstępie podkreślenia wymagało, że celem środków ochrony prawnej uregulowanych w Pzp nie jest ogólna kontrola prawidłowości działań zamawiającego, lecz kontrola legalności tych czynności i zaniechań, które godzą w sferę indywidualnych interesów wykonawcy w uzyskaniu zamówienia powodując, że ponosi lub może on ponieść szkodę wskutek działań zamawiającego niezgodnych z Pzp. Na powyższe wskazuje się także w piśmiennictwie, Środki ochrony prawnej przysługują podmiotom wymienionym w art. 505 ust. 1 PZP jedynie w celu kontrolowania zgodności z przepisami PZP podejmowanych przez zamawiającego czynności lub zaniechania ich dokonania, których negatywne skutki mają lub mogą mieć bezpośredni wpływ na sferę ich indywidualnych interesów, tj. możliwość pozyskania przez nich zamówienia oraz poniesienie lub możliwość poniesienia przez nich szkody, będącej skutkiem nielegalności działań zamawiającego. Środki ochrony prawnej nie służą kontroli legalności wszystkich podejmowanych czynności lub zaniechań w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zapewniającej prawidłowy przebieg postępowania. (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Marzena Jaworska, komentarz do art. 505, Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2025, wyd. 6, za Legalis).

Odwołujący uzasadniając swój interes w uzyskaniu zamówienia oraz szkodę grożącą mu na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp wskazał, że na skutek nieprawidłowości po stronie Zamawiającego polegających na unieważnieniu postępowania, Odwołujący utracił realną możliwość pozyskania wskazanego zamówienia. Wskazać należy, iż Zamawiający w informacji z otwarcia ofert podał jedynie ceny ofert, nie wskazał na oferowany okres gwarancji, ani nie wskazał iż dokonał badania oferty Wykonawcy o najniższej cenie pod innymi względami, stąd nie wiadomo czy oferta Odwołującego nie była najkorzystniejsza. W efekcie niezgodnego z przepisami unieważnienia następnie postępowania przez Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści wynikających z realizacji wskazanego zamówienia. (...) Uwzględnienie odwołania powoduje, że oferta Odwołującego będzie najkorzystniejszą i jedyną spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Izba stwierdziła, że nie polegało na prawdzie twierdzenie odwołującego, iż w razie uwzględnienia odwołania jego oferta będzie ofertą najkorzystniejszą i jedyną spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Izba stwierdziła, że zamawiający opisał kryteria oceny ofert w rozdziale 16 SWZ. Zgodnie z tymi postanowieniami oferty miały być oceniane wg dwóch kryteriów oceny ofert: cena – 60% oraz okres gwarancji – 40%.

Izba stwierdziła, że ranking ofert ukształtowany przez zamawiającego w dniu 15 kwietnia 2025 r. na podstawie kryteriów oceny ofert prezentował się następująco:

- 1)1 miejsce – oferta wykonawcy Hydratec sp. z o.o. – łączna liczba pkt w kryterium cena i gwarancja – 73,48 pkt,
- 2)2 miejsce – oferta wykonawcy Balticbud sp. z o.o. sp. k. – łączna liczba pkt w kryterium cena i gwarancja – 60 pkt.

Powyższe wynikało z następujących okoliczności:

Nr oferty	Nazwa wykonawcy	Cena oferty brutto	Okres gwarancji	Liczba punktów w kryterium cena i gwarancja
1	odwołujący	9.651.439,94	Nie zadeklarowano dodatkowej gwarancji	Nie przyznano punktów – oferta odrzucona
2	AM-BUD A.B.	7.668.761,66	Nie zadeklarowano dodatkowej gwarancji	Nie przyznano punktów – oferta odrzucona
3	CJMS sp. z o.o.	8.259.212,44	Nie zadeklarowano dodatkowej gwarancji	Nie przyznano punktów – oferta odrzucona

4	Balticbud sp. z o.o. sp. k.	7.406.054,20	Nie zadeklarowano dodatkowej gwarancji	60,00 pkt (60 pkt + 0 pkt)
5	Hydratec sp. z o.o.	13.271.720,59	72 miesiące	73,48 pkt (33,48 + 40)

Z zestawienia tego jasno było widać, że w postępowaniu pozostały dwie oferty niepodlegające odrzuceniu. Ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert okazała się oferta wykonawcy Hydratec sp. z o.o., która uzyskała 73,48 pkt, a na drugim miejscu sklasyfikowana została oferta wykonawcy Balticbud sp. z o.o. sp. k., która uzyskała 60 pkt. W szczególności zaś podkreślenia wymagało, że ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert nie okazała się oferta wykonawcy Balticbud sp. z o.o., będąca istotnie ofertą najtańszą i jedyną mieszczącą się w budżecie zamawiającego. Wobec powyższego ogólny i lakoniczny wywód odwołującego, że oferta tego wykonawcy nie została przez zamawiającego zbadana, pozostawał bez znaczenia. Na uwagę zasługiwał bowiem fakt, że ofertą najkorzystniejszą była oferta wykonawcy Hydratec sp. z o.o., której odwołujący w żaden sposób nie zakwestionował. Cena zaś tej oferty najkorzystniejszej (13.271.720,59 zł) przewyższała kwotę, jaką zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (8.600.000 zł brutto). Wobec powyższego zamawiający musiał unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, który stanowi, że *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.*

Izba stwierdziła także, że w razie przywrócenia oferty odwołującego do postępowania ranking ofert wyglądałby następująco:

Nr oferty	Nazwa wykonawcy	Cena oferty brutto	Okres gwarancji	Liczba punktów w kryterium cena i gwarancja
1	odwołujący	9.651.439,94	Nie zadeklarowano dodatkowej gwarancji	46,04 pkt (46,04 + 0)
2	AM-BUD A.B.	7.668.761,66	Nie zadeklarowano dodatkowej gwarancji	Nie przyznano punktów – oferta odrzucona
3	CJMS sp. z o.o.	8.259.212,44	Nie zadeklarowano dodatkowej gwarancji	Nie przyznano punktów – oferta odrzucona
4	Balticbud sp. z o.o. sp. k.	7.406.054,20	Nie zadeklarowano dodatkowej gwarancji	60,00 pkt (60 + 0)
5	Hydratec sp. z o.o.	13.271.720,59	72 miesiące	73,48 pkt (33,48 + 40)

Jak wynikało z powyższego, w razie przywrócenia odwołującego do postępowania jego oferta z łączną punktacją 46,04 znalazłaby się w rankingu ofert dopiero na trzecim miejscu, za ofertą wykonawcy Hydratec sp. z o.o. (z łączną punktacją 73,48 pkt) oraz za ofertą wykonawcy Balticbud sp. z o.o. sp. k. (z łączną punktacją 60 pkt).

Z ostrożności wskazać należało, że nawet w razie odrzucenia oferty wykonawcy Balticbud sp. z o.o. (której odrzucenia odwołujący się jednak nie domagał wskazując jedynie, że ta nie została rzekomo zbadana), oferta odwołującego znalazłaby się w rankingu ofert dopiero na drugim miejscu, za ofertą wykonawcy Hydratec sp. z o.o. Ranking ofert w takim wariantcie prezentowałby się bowiem następująco:

Nr oferty	Nazwa wykonawcy	Cena oferty brutto	Okres gwarancji	Liczba punktów w kryterium cena i gwarancja
1	odwołujący	9.651.439,94	Nie zadeklarowano dodatkowej gwarancji	60 pkt (60 + 0)
2	AM-BUD A.B.	7.668.761,66	Nie zadeklarowano dodatkowej gwarancji	Nie przyznano punktów – oferta odrzucona
3	CJMS sp. z o.o.	8.259.212,44	Nie zadeklarowano dodatkowej gwarancji	Nie przyznano punktów – oferta odrzucona
4	Balticbud sp. z o.o. sp. k.	7.406.054,20	Nie zadeklarowano dodatkowej gwarancji	Nie przyznano punktów – oferta odrzucona
5	Hydratec sp. z o.o.	13.271.720,59	72 miesiące	83,63 pkt (43,63 + 40)

Podkreślenia wymagało w tym miejscu, że odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza. Odwołujący nie przedstawił też w odwołaniu żadnych wywodów dlaczego ta oferta nie powinna być wybrana jako najkorzystniejsza. Zgodnie zaś z art. 555 Pzp, *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.* Pomimo przywrócenia oferty

odwołującego do postępowania, najkorzystniejszą ofertą pozostanie oferta wykonawcy Hydratec sp. z o.o. z ceną 13.271.720,59 zł przewyższającą kwotę, którą zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (8.600.000 zł brutto). Taka sytuacja zaś w dalszym ciągu obligowałaby zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp i to z tych samych przyczyn, które zostały wskazane w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z dnia 15 kwietnia 2025 r. Szkoda polegająca na nieuzyskaniu zamówienia, jaką odwołujący ponosi, jest zatem skutkiem złożenia przez niego oferty mniej korzystniejszej w świetle kryteriów oceny ofert od ofert złożonych przez wykonawcę Hydratec sp. z o.o. oraz wykonawcę Balticbud sp. z o.o. sp. k. (względnie wyłącznie od oferty złożonej przez wykonawcę Hydratec sp. z o.o.). Z pewnością zaś w razie uwzględnienia odwołania przywrócona do postępowania oferta odwołującego nie będzie ofertą najkorzystniejszą i jedyną spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Przypomnienia wymagało również, że uwzględnienie odwołania jest możliwe tylko w sytuacji, gdy zostanie stwierdzone jedynie takie naruszenie Pzp, które ma lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (por. art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp). W analizowanej sprawie zaś wynik postępowania o udzielenie zamówienia nie może ulec jakiegokolwiek zmianie.

Skutkiem stwierdzenia braku legitymacji odwołującego do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, jest konieczność oddalenia odwołania, bez merytorycznego rozpoznania zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.*

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanych zamawiającemu naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania.*

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnicy postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie izba oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....