Sygn. akt KIO 1545/25

WYROK

Warszawa, dnia 14 maja 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Jodłowska

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2025 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2025 roku przez wykonawcę BBC BEST BUILDING CONSULTANTS SPÓŁKA Z OGRANICZO ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym pr zamawiającego Sieć Badawcza Łukasiewicz Instytut Mikroelektroniki i Fotoniki z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego: "EKOCENTRUM - WROCŁAWSKI OŚRODEK USŁ EKOLOGICZNYCH" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu

orzeka:

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 4 w *petitum* odwołania

2.Oddala odwołanie

3.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę BBC BEST BUILDING CONSULTANTS SPÓŁKA OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Warszawie i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę: 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) i 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) i 104,30 zł (sto cztery złote trzydzieści groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na posiedzenie/rozprawę

3.2.zasądza od wykonawcy BBC BEST BUILDING CONSULTANTS SPÓŁKA Z OGRANICZO ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Sieć Badawcza Łukasiewicz Instytut Mikroelektroniki i Fotoniki z siedzibą w Warszawie kwotę 3 704,30 zł (trzy tysiące siedemset cztery złote trzydzieści groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie/rozprawę.

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

Przewodnicząca: ……

Sygn. akt KIO 1545/25

UZASADNIENIE:

Zamawiający - Sieć Badawcza Łukasiewicz Instytut Mikroelektroniki i Fotoniki z siedzibą w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Świadczenie usługi Inżyniera Kontraktu dla zadania inwestycyjnego pn. „Remont i budowa Centrum Kompetencji Mikroelektronika i Fotonika" w ramach Inwestycji A2.4.1 Inwestycje w rozbudowę potencjału badawczego Krajowego Planu Odbudowy i Zwiększania Odporności.", nr referencyjny: ŁUKASIEWICZ-IMIF/KPO/3/2025.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniki Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 stycznia 2025 r. pod numerem: 28218-2025.

W postępowaniu tym wykonawca BBC BEST BUILDING CONSULTANTS SPÓŁKA Z OGRANICZO ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") w dniu 22 kwietnia 2025 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego.

<u>Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:</u>

1.art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) w zw. z lit. c) PZP poprzez uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt. 1.4.1 lit. a) tiret drugie SWZ;

2.art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) PZP w zw. z art. 118 ust. 2 w zw. z art. 118 ust. 4 pkt. 3) ustawy PZP, poprzez uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, poprzez ustalenie, że treść zobowiązania do udostępnienia zasobów z dnia 20 marca 2025 roku złożone przez BUD - INVENT Sp. z o. o. wskazuje na pozorne udostępnienie zasobu;

ewentualnie z ostrożności procesowej

- w przypadku uznania, że złożone zobowiązanie BUD-INVENT wymagałoby uzupełnienia lub zmiany naruszenie art. 128 ust 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia zobowiązania BUD - INVENT Sp. z o. o.,

3.art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) ustawy PZP poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania poprzez uznanie, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

4.art. 253 ust 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie dokonania jednoczesnego powiadomienia o dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania wobec wykazania przez Odwołującego w trakcie postępowania spełniania warunku udziału określonego w rozdziale V pkt. 1.4.1 lit. a) tiret drugie SWZ,
- uznanie, że zamówienie referencyjne BUD- INVENT Sp. z o. o. spełnia warunki udziału w postępowaniu,
- uznanie, że udostępnienie zasobu BUD- INVENT Sp. z o. o. na rzecz Odwołującego w trybie art. 118 Pzp zostało dokonane w sposób skuteczny i jest realne nie zaś pozorne,

(ewentualnie w przypadku uznania za konieczne, wezwanie Odwołującego do uzupełnienia zobowiązania w trybie art. 128 ust 1 Pzp),

- unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania bowiem informacje dotyczące parametrów zamówienia referencyjnego zawarte w złożonych w postępowaniu podmiotowych środkach dowodowych odpowiadają prawdzie i potwierdzają spełnienie warunków, co w konsekwencji winno prowadzić do kontynuacji procesu badania i oceny oferty Odwołującego i uznania jej za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Odwołujacy przytoczył treść warunku udziału dotyczący doświadczenia zwodowego wykonawcy (pkt. 1.4.1 SWZ) oraz personelu kluczowego (pkt. 1.4.2.1 – 1.4.2.8 SWZ)wskazując przy tym, że Zamawiający określił wobec wykonawców rozłączne warunki udziału dotyczące doświadczenia zawodowego wykonawcy oraz osobne dotyczące personelu kluczowego jakim miał dysponować wykonawca.

Odwołujący wskazał również, że Zamawiający, dodatkowo, w ramach kryteriów oceny ofert przyznawał punktację z tytułu dodatkowego (ponad warunki minimalne graniczne) wykazanego przez wykonawcę w ofercie doświadczenia zawodowego.

Zdaniem Odwołującego należy wyraźnie odróżnić warunek udziału w zakresie doświadczenia wykonawcy, o którym mowa w pkt 1.4.1 SWZ od warunków udziału dotyczących dysponowania personelem – kandydatami na powyższe stanowiska dodatkowo punktowanymi jako treść oferty za dodatkowe doświadczenie zawodowe.

Odwołujący polegał w zakresie warunku udziału dotyczącego doświadczenia zwodowego na potencjale podmiotu udostępniającego zasoby. Z kolei w odniesieniu do warunków udziału dotyczącego dysponowania potencjałem kadrowym w całości spełnia je samodzielnie i nie korzysta w tym zakresie z potencjału podmiotu trzeciego.

Odwołujący przytoczył treść zobowiązania podmiotu trzeciego złożonego wraz z ofertą. Wskazał przy tym, że składając przedmiotowe środki dowodowe doknał zmiany i zastąpienia podmiotu udostępniającego potencjał.

Odwołujący podniósł, że udostępniający potencjał użycza Odwołującemu na zasadach art. 118 Pzp posiadany potencjał wiedzy oraz doświadczenia zawodowego niezbędny dla potrzeb spełnienia warunku udziału (poza tiret 1 warunku, który spełnia samodzielnie Odwołujący zgodnie z poz. 1 Wykazu usług), a jednocześnie udostępniający zobowiązuje się w ramach wykonania przez Odwołującego przedmiotu zamówienia do realizacji usługi, do której udostępnienie doświadczenia jest wymagane, przy czym zobowiązanie wskazuje wprost na podwykonawstwo oraz doradztwo w zakresie objętym użyczeniem co potwierdza realny charakter udostępnienia.

Odnosząc się do warunku udziału o którym mowa w pkt 1.4.1. SWZ, a mianowicie usługi polegającej na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu lub Inwestora Zastępczego nad zakończonymi robotami budowlanymi, które obejmowały budowę lub przebudowę budynku: posiadającego pomieszczenia laboratoryjne w kategorii chemicznej lub biologicznej lub elektronicznej o klasie czystości co najmniej ISO 8 (zgodnie z normą ISO 14644-1 lub równoważną) lub co najmniej BSL2 przeznaczone do badań – w tym obejmowała budowe lub przebudowę budynku posiadającego laboratorium lub laboratoria o powierzchni łącznej tych laboratoriów co najmniej 4 000 m^2. Zdaniem Odwołującego z przedłożonego przez niego Załącznika nr 1 do pisma z dnia 14.04.br., stanowiącego Opis projektu budowlanego, powierzchnia użytkowa laboratoriów bezsprzecznie przekracza poziom warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący zwrócił się niezależnie do inwestora o uzyskanie informacji w trybie dostępu do informacji publicznej w powyższym zakresie, ale otrzymał w dniu 08.04.2025r. informacje analogiczne jak Zamawiający tj. oparte na dokumentacji przetargowej, która nie potwierdzała wprowadzonych zmian projektowych, a wyłącznie wartości zamierzone na poziomie PFU. Powyższe potwierdza, że w świetle treści warunku udziału w aktualnym postępowaniu który wskazuje na wymaganą powierzchnię na poziomie min. 4000m^2 wykazane zamówienie referencyjne spełnia warunek a niewiarygodne i wadliwe oraz wprowadzające w błąd są

informacje uzyskane przez Zamawiającego od inwestora, który podając wielkość powierzchni laboratoriów powołuje się nie na wielkość faktycznie wykonaną (a taka jest przedmiotem warunku udziału) ale z etapu PFU dokumentacji przetargowej inwestycji.

Odnosząc się do naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że złożony Wykaz usług i opis zamówienia referencyjnego w nim zawarty są prawdziwe i prezentują wielkość powierzchni zgodną z faktycznie wykonaną, co znajduje dodatkowe potwierdzenie w dokumentach takich jak: - oświadczenie Udostępniającego BUD-INVENT z dnia 4.04.br. który jednoznacznie potwierdza spełnienie wymogu referencyjnego i podaje wielkość powierzchni laboratoriów zbieżną w Wykazem, załączone dokumenty w postaci pism: - Generalnego Wykonawcy Budimex SA do Inżyniera Kontraktu referencyjnego w sprawie zmienionych powierzchni, - pisma Inwestora do Prezydenta Olsztyna w sprawie zmienionych powierzchni, - Projektu budowlanego stanowiącego podstawę do pozwolenia na budowę w oparciu o który wykonano inwestycje referencyjną potwierdzają spójnie spełnienie przez zamówienie referencyjne warunku udziału w postępowaniu – w konsekwencji nie może być mowy o jakimkolwiek wprowadzeniu Zamawiającego w błąd odnośnie spełniania warunku i wielkości powierzchni inwestycji referencyjnej udostępniającego. Odwołujący weryfikował kwestię spełniania warunku udziału w postępowaniu za pomocą wskazanego zamówienia referencyjnego i stosowne oświadczenia i dodatkowe informacje oraz dokumenty uzyskał. Dokumenty potwierdzają jednoznacznie spełnianie warunku udziału za pomocą wykazanego zamówienia referencyjnego.

W świetle dokumentów oraz oświadczeń jakie przedłożył Odwołujący w postępowaniu Zamawiającemu – to oświadczenie które ma stanowić wyłączną podstawę uznania, że zamówienie referencyjne ma nie spełniać warunku udziału w postaci informacji od poprzedniego inwestora który oświadcza w przedmiocie powierzchni rzekomo wykonanych obiektów wyłącznie w oparciu o PFU postępowania a nie faktycznie wykonany zakres inwestycji nie jest wiarygodne i nie może stanowić podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Pismem z dnia 7 maja 2025 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający podtrzymał argumentację zawartą w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 11 kwietnia 2025 r. wskazując dodatkowo, że warunek określony w rozdziale V pkt 1.4.1 lit a tiret drugi SWZ referuje wprost do powierzchni laboratorium sensu stricto, z wyłączeniem powierzchni takiej jak komunikacja, toalety czy magazyny. Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący bezpodstawnie uznaje za laboratorium takie powierzchnie jak (przykładowo): pomieszczenie 01.12.03 szatnia, 01.14.02 pomieszczenie sprzątających, 01.14.03 pomieszczenie kierowców i konserwatorów, 01.21.03 warsztat konserwatora, 01.21.05 pomieszczenie magazynowe, 01.21.12 pomieszczenie na puste butle, 01.21.16 magazyn techniczny, 01.21.18 pomieszczenie na sprzęt czy 01.21.19 magazyn środków czystości.

Powierzchnie te nie stanowią laboratorium, a tym samym nie mogą być brane pod uwagę przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w SWZ rozdział V pkt. 1.4.1 lit. a) tiret drugie SWZ, albowiem pomieszczenia te nie stanowią laboratorium w kategorii chemicznej lub biologicznej lub elektronicznej o klasie czystości co najmniej ISO 8 (zgodnie z normą ISO 14644- 1 lub równoważną) lub co najmniej BSL2 przeznaczone do badań. Powyższa metodologia liczenia powierzchni laboratoriów została przyjęta przez Instytut Rozrodu Zwierząt i Badań Żywności Polskiej Akademii Nauk w Olsztynie.

Jeżeli chodzi o zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, Zamawiający podniósł, że wymagał posiadania doświadczenia m.in. w realizacji usług obejmujących nadzór inwestorski na budową lub przebudową budynku posiadającego laboratoria o określonych w SWZ parametrach. W świetle postanowień SWZ kluczowym jest zatem, aby wykonawca realizujący usługi nadzoru inwestorskiego, poprzez inspektorów nadzoru będących w jego dyspozycji, posiadał doświadczenie w zakresie usług nadzoru inwestorskiego nad budową tego rodzaju budynków. Podmiot trzeci BUD - INVENT Sp. z o. o. udostępnił w tym zakresie swoje doświadczenie, ale nie deklaruje realizacji usług w zakresie obejmującym nadzór choćby w zakresie kluczowym do nadzoru nad realizowanymi instalacjami, tj. w zakresie inspektora nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych pełniącą nadzór nad instalacjami HVAC lub nad instalacjami technologicznymi. Nie można zaakceptować stanowiska Odwołującego, że BUD - INVENT Sp. z o. o. udostępnia zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia dot. nadzoru nad robotami budowlanymi obejmującymi specjalistyczne laboratoria, jednocześnie nie zapewniając w tym zakresie jakiegokolwiek wsparcia o charakterze osobowym.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a ustawy PZP – zdaniem Zamawiającego, gdyby nawet hipotetycznie przyjąć, czemu Zamawiający zaprzeczył, że informacje podane przez Odwołującego wynikają jedynie z „opacznego" rozumienia warunku udziału w postępowaniu, to informacje podane przez Odwołującego co najmniej wywołały mylne wyobrażenie u Zamawiającego co do spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego, trudno doszukiwać się w działaniu Odwołującego zachowania, z którego wynikałoby, że złożył nieprawdziwe informacje w dobrej wierze, tj. błędnym, ale

usprawiedliwionym przekonaniu, że są one prawdziwe. Zamawiający wskazał, że Odwołujący z łatwością mógł ustalić powierzchnię laboratoriów, albowiem składane przezeń dokumenty na etapie postępowania odwoławczego wskazują, że były one (lub mogły być, gdyby Odwołujący dołożył należytej staranności) w jego dyspozycji na etapie przedkładania zobowiązania do udostępnienia zasobów przez BUD-INVENT sp. z o.o. Tym samym Odwołujący mógł z łatwością obliczyć powierzchnię laboratoriów.

Izba pominęła argumentację Odwołującego oraz Zamawiającego w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 4 w *petitum* odwołania uznając ją za zbędną z uwagi na umorzenie postępowania w tym zakresie.

Wykonawca "EKOCENTRUM - WROCŁAWSKI OŚRODEK USŁUG EKOLOGICZNYCH" SPÓŁ OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu zgłosił przystąpienie do postępowa odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 7 maja 2025 r. Uczestnik postępowania odniósł się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

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

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

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez:

1. Odwołującego drogą mejlową, tj. oświadczenie Inżyniera Rezydenta oraz dwa oświadczenia BUD – INVENT Sp. z o.o. *na fakt:* wielkości powierzchni laboratoriów
2. Uczestnika postępowania na posiedzeniu, tj. zestawienie powierzchni pomieszczeń *na fakt:* wielkości powierzchni laboratoriów oraz pozostałych pomieszczeń wyszczególnionych w projekcie budowlanym przedłożonym przez Odwołującego uznając dowód za nieistotny dla rozstrzygnięcia sporu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny, istotny dla rozstrzygnięcia sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usługi Inżyniera Kontraktu. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz szczegółowy zakres czynności związanych z realizacją zamówienia i sposobu współpracy wykonawcy z Zamawiającym określone zostały w części III do specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) – Opis Przedmiotu Zamówienia z załącznikami oraz we wzorze umowy, stanowiącym część II do SWZ.

Zamawiający w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.4. SWZ (po zmianach) wskazał, że*O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: posiadania zdolności technicznej lub zawodowej:*

<u>Opis sposobu dokonania oceny spełniania tego warunku:</u>

1.4.1.Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert

(a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonał co najmniej:

*a)**3 usługi** polegające na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu lub Inwestora Zastępczego nad zakończonymi robotami budowlanymi, przy czym :*

-minimum 1 usługa obejmowała swym zakresem budowę lub przebudowę budynku o wartości robót minimum 50 000 000,00 PLN netto,

-minimum 2 usługi obejmowały budowę lub przebudowę budynku:

•posiadającego pomieszczenia laboratoryjne w kategorii chemicznej lub biologicznej lub elektronicznej o klasie czystości co najmniej ISO 8 (zgodnie z normą ISO 14644-1 lub równoważną) lub co najmniej BSL2 przeznaczone do

badań
lub
- *(…)*

w tym jedna z tych usług wskazana w tiret drugie obejmowała budowę lub przebudowę budynku posiadającego laboratoriom lub laboratoria o powierzchni łącznej tych laboratoriów co najmniej 4 000 m^2.

1.4.2.Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował:

1.4.2.1.inspektorem nadzoru w specjalności konstrukcyjno – budowlanej (…)

1.4.2.2.minimum 1 osobą, która będzie inspektorem nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (…)

1.4.2.3.minimum 1 osobą, która będzie inspektorem nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (…)

1.4.2.4.minimum 1 osobą, która będzie inspektorem nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych pełniącą nadzór nad instalacjami HVAC (…)

1.4.2.5.minimum 1 osobą, która będzie inspektorem nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych pełniącą nadzór nad instalacjami technologicznymi (…)

1.4.2.6.minimum 1 osobą - Specjalista do spraw rozliczeń (…)

1.4.2.7.Specjalista do spraw roszczeń (…)

1.4.2.8.Specjalista do spraw kosztorysowania (…)

Pismem z dnia 10 marca 2025 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych, wskazując w pkt 3, że ***Wykonawca przedłożył wraz z ofertą zobowiązanie BBC Best Building Consultants.Nadzory i doradztwo budowlane Ł.Z. (adres: ul. Bema 42A, 96-300 Żyrardów) do udostepnienia zasobów, które jednak nie zostało podpisane.*** *(…) Z uwagi na powyższe wzywa się Wykonawcę do złożenia przedmiotowego zobowiązania w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.*

W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 20 marca 2025 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o zmianie podmiotu udostępniającego zasoby z BBC Best Building Consultants.Nadzory i doradztwo budowlane Ł.Z. ul. Bema 42A 96-300 Żyrardów na BUD- INVENT Sp. z o. o. Ul. Szaserów 109 lok. 4 04-359 Warszawa
dołączając zobowiązanie nowego podmiotu (o treści jak niżej) oraz wymagane oświadczenia oraz dokumenty.

I. Zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu:
Wiedza i doświadczenie w zakresie świadczenia usług Inżyniera Kontraktu niezbędnej do wykazania spełnienia warunków w ramach przedsięwzięcia „Świadczenie usługi Inżyniera Kontraktu dla zadania inwestycyjnego pn. „Remont i budowa Centrum Kompetencji Mikroelektronika i Fotonika" nabyte przez BUD- INVENT Sp. z o. o. w toku realizac wcześniejszych usług.
II. Sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia:
BUD- INVENT Sp. z o. o. udostępnia swoje zasoby na okres postępowania o udzielenie zamówienia oraz przez cały okres trwania umowy ws. Zamówienia
III. Zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia:
Podwykonawstwo i doradztwo w zakresie objętym użyczeniem, realizacja usługi, do której udostępnienie doświadczenia jest wymagane
IV. Zapewnienie wykonania zamówienia / części zamówienia, w tym wskazanie charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem:
Umowy cywilno-prawna

Odwołujący w wykazie usług, w zakresie warunków udziału, wskazał m.in. usługę polegająca na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania pn. „Centrum badań Środowiska i Innowacyjnych Technologii Żywności dla Jakości Życia" wykonaną na rzecz Instytutu Rozrodu Zwierząt i Badań Żywności Polskiej Akademii Nauk w Olsztynie (poz. 3 wykazu usług) – zamówienie referencyjne udostępnione przez podmiot BUD-INVENT Sp. z o.o.

Pismem z dnia 21 marca 2025 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie wskazanej wyżej usługi oraz nowego podmiotu udostępniającego zasoby.

Pismem z dnia 7 kwietnia 2025 r. Odwołujący stosownych wyjaśnień udzielił wskazując, że budynek laboratoryjno-administracyjny przywołany przez Zamawiającego posiada laboratorium o wymaganej powierzchni 4 000

m^2. Odwołujący zwrócił uwagę, że rzeczona inwestycja była realizowana w formule „Zaprojektuj – Wybuduj" i podczas prac projektowych konieczne było zwiększenie powierzchni użytkowej do 5 261,69 m^2. Na potwierdzenie powyższego wraz z pismem Odwołujący przedłożył: pismo skierowane do Prezydenta Olsztyna; pismo generalnego wykonawcy do Inżyniera Kontraktu oraz oświadczenie BUD-INVENT.

Odwołujący odniósł się również do podmiotu udostępniającego zasoby – BUD-INVENT Sp. z o.o. wskazując:

Wyjaśniamy, iż, BUD-INVENT Sp. z o.o. będzie brał udział w Wykonaniu Zamówienia jako podwykonawca realizując warunek udziału w postępowaniu, który został udostępniony BBC.

BBC wykazało, iż samodzielnie posiada personel spełniający warunki dotyczące zasobów zdolności zawodowych, jednakże BUD-INVENT Sp. z o.o. również posiada zespół, który spełnia warunek udziału zdolności zawodowych, tym samym w ramach transferu wiedzy i doświadczenia jako podwykonawca zapewni dodatkowe stanowiska zastępcze m.in. Zastępca Inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno-budowlanej – Zastępca Koordynatora Zespołu Nadzoru Inwestorskiego.

Pismem z dnia 31 marca 2025 r. Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, zwrócił się Instytutu Rozrodu Zwierząt i Badań Żywności Polskiej Akademii Nauk w Olsztynie z wnioskiem o udzielenie informacji DOT. REALIZACJI PN. „CENTRUM BADAŃ ŚRODOWISKA I INNOWACYJNYCH TECHNOLOGII ŻYWNOŚCI DLA ŻYCIA." W zakresie:

1.czy przedmiotowe zadanie inwestycyjne obejmowało budowę lub przebudowę budynku posiadającego pomieszczenia laboratoryjne w kategorii chemicznej lub biologicznej lub elektronicznej o klasie czystości co najmniej ISO 8 (zgodnie z normą ISO 14644-1 lub równoważną) lub co najmniej BSL2 przeznaczone do badań?

2.*czy przedmiotowe zadanie inwestycyjne obejmowało budowę lub przebudowę budynku posiadającego laboratorium lub laboratoria o powierzchni łącznej tych laboratoriów co najmniej 4 000 m^2?*

W odpowiedzi na wniosek, Instytut pismem z dnia 8 kwietnia 2025 r. wskazał, m.in.:

2. Przedmiotowe zadanie inwestycyjne obejmowało budowę budynku posiadającego laboratoria o łącznej powierzchni laboratoriów 3654,55m^2.

Pismem z dnia 11 kwietnia 2025 roku Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Dokładna treść wezwań, wyjaśnień, załączników do wyjaśnień, jak również treść informacji o odrzuceniu oferty nie była sporna. Pisma znajdują się w aktach sprawy, Powtarzanie ich treści, z uwagi na ich obszerność oraz przytoczenie fragmentów w odwołaniu jak i w odpowiedzi na odwołanie, Izba uznała za zbędne.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 520 ustawy Pzp *1. Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. 2. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby*.

Izba umorzyła postępowanie w zakresie zarzutu nr 4 w *petitum* odwołanie z uwagi na jego cofnięcie przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzut nr 1 – *naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b w zw. z lit. c ustawy Pzp*

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę:*

b) *niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub*

c) *który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;*

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych. Cała argumentacja Odwołującego sprowadzała się do tego, że Zamawiający niezasadnie oparł się o informacje uzyskane od Instytutu Rozrodu Zwierząt i Badań Żywności Polskiej Akademii Nauk w Olsztynie z dnia 8 kwietnia 2025 r. albowiem najbardziej wiarygodnym dokumentem jest projekt budowlany, który (zdaniem Odwołującego) potwierdza, w sposób nie budzący wątpliwości, że powierzchnia laboratoriów wynosi 5261,69 m^2. Co w konsekwencji potwierdza spełnianie przez Odwołującego warunków udziału.

Odwołujący podkreślał, że informacja z ww. Instytutu wprowadza w błąd ponieważ wskazana została wielkość powierzchni z etapu PFU dokumentacji przetargowej inwestycji. Zdaniem Izby z informacji uzyskanych z Instytutu wynika, że powierzchnia laboratoriów wynosi 3654,55 m^2, a nie jak twierdzi Odwołujący 3300 m^2 zgodnie z pierwotnym PFU. Nadto, z informacji wynika, że powierzchnia 5261,69 m^2 to powierzchnia całkowita obejmująca również inne pomieszczenia i ciągi komunikacyjne – co potwierdza również przedłożony przez Odwołującego projekt budowlany, o czym szerzej poniżej.

Projekt budowlany Izba oceniła jako wiarygodny – i w tym zakresie podzieliła twierdzenia Odwołującego. Jednak ze wskazanego dowodu, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie wynika spełnianie warunku udziału. Wręcz przeciwnie, z dowodu wynika, że rację miał Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego. Odwołujący nawet nie podjął najmniejszej próby wyjaśnienia z jakich względów należało przyjąć, że do powierzchni laboratoriów należy doliczyć powierzchnie np. korytarzy, toalet, szatni, magazynów, wiatrołapu, klatki schodowej, zaplecza kuchennego czy też biblioteki. I jak to się ma do warunku określonego przez Zamawiającego, skoro z jego literalnego brzmienia wynika że w sytuacji, gdy usługa obejmowała budowę lub przebudowę budynku posiadającego laboratoria (tak jak to miało miejsce w usłudze referencyjnej) powierzchnia łączna tych laboratoriów musi wynosić co najmniej 4 000 m^2. Z zapisów specyfikacji nie wynika możliwość wliczenia powierzchni innych pomieszczeń wyodrębnionych w laboratorium.

Nie można też tracić z pola widzenia, że projekt budowlany nie wskazuje na powierzchnie laboratoriów, tylko powierzchnie użytkową (*powierzchnia użytkowa – laboratoria*). W piśmie datowanym na 10 listopada 2021 r. skierowanym do Inżyniera Kontraktu wykonawca Budimex S.A. wskazał, że w PFU zamawiający opisał parametry budynku laboratoryjno – administracyjnego w następujący sposób: *(…) powierzchnie laboratoryjne około 3300 m^2 (…) powierzchnie gospodarcze i techniczne około 1060 m^2; powierzchnie komunikacyjne, sanitarne oraz dla prowadzenia kanałów technologicznych i urządzeń technicznych obsługujących budynek około 1700 m^2.* Z dalszej treści pisma wynika, że zamawiający dokonał zmian, a mianowicie: *(…) powierzchnia użytkowa – laboratoria: 5261,69 m^2; powierzchnia techniczna i instalacyjna : 1828,86 m^2.* Wykonawca Budimex zawarł również zestawienie powierzchni z podziałem zgodnym z PFU, tj:

- *powierzchnie laboratoryjne około 3616,03 m^2;*
- *powierzchnie biurowe około 1715,15 m^2;*
- *powierzchnie gospodarcze i techniczne około 1645,8 m^2;*
- *powierzchnie komunikacyjne, sanitarne oraz dla prowadzenia kanałów technologicznych i urządzeń technicznych obsługujących budynek około 3476,71 m^2.*

Z powyższego wynika, że powierzchnie laboratoryjne wynoszą ok. 3616,03 m^2, a nie jak chce Odwołujący 5261,69 m^2. Wykonawca Budimex w pozycji *„powierzchnia użytkowa – laboratoria”* umieścił nie tylko powierzchnie laboratoryjne ale również powierzchnie pomieszczeń niezbędnych – zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz funkcjonalnością obiektu. Taka konstatacja wynika wprost z treści przywołanego wyżej pisma.

Izba za wiarygodne uznała również oświadczenia przedłożone przez Odwołującego, jednak nie miały one istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Zdaniem Izby, choć Odwołujący temu przeczył, istota sporu sprowadzała się do interpretacji warunku udziału. I nie jest tak, jak chciałby Odwołujący, że skoro wykonawca Budimex, w projekcie budowlanym, w jednej pozycji umieścił nie tylko laboratoria ale również i niezbędne pomieszczenia (w sposób odmienny niż podział w PFU) to oznacza, że są to laboratoria i należało uznać twierdzenia Odwołującego za zasadne.

Niejako na marginesie, Odwołujący nie podnosił, że możliwa jest co najmniej dwutorowa interpretacja warunku udziału w postępowaniu. Przeciwnie, zdaniem Odwołującego interpretacja warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej nie jest przedmiotem sporo. A skoro tak, to Odwołujący powinien referować do usługi obejmującej budowę lub przebudowę budynku posiadającego laboratoria o ich łącznej powierzchni 4 000 m^2, a nie wskazywać usługę obejmująca budowę budynku posiadającego laboratoria o powierzchni użytkowej (łącznie z innymi wyodrębnionymi pomieszczeniami) powyżej 4 000 m^2.

Wywody Odwołującego zmierzały do rozszerzenia warunków udziału w postępowania o okoliczności niewyartykułowane w specyfikacji. Nie ulega wątpliwości, że takie działanie Odwołującego jest niedopuszczalne. Stąd odwołanie należało oddalić.

Zarzut nr 2 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 2 w zw. z art. 118 ust. 4 pkt. 3 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę: niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.*

Zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp 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. Z kolei zgodnie z ust. 4 pkt 3 *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: 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.*

Zarzut nr 2 również okazał się niezasadny. Samo umieszczenie w zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby ogólnej deklaracji o aktywnym udziale w realizacji zamówienia, tj. realizacji usługi, do której udostępnienie doświadczenia jest wymagane, przy przedmiocie zamówienia, którym jest świadczenie usługi Inżyniera Kontraktu jest niewystarczająca. Argumentacja Odwołującego sprowadzała się do tego, że przecież podmiot udostępniający zasoby zobowiązał się do realizacji usługi do której udostępnienie doświadczenia jest wymagane, w formie podwykonawstwa. Problem polega na tym, że podmiot udostępniający nie wyjaśnił jaką to usługę zrealizuje. Przypomnieć należy, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi Inżyniera Kontraktu, taki też był warunek udziału. W tym kontekście rodzi się pytanie – co dokładnie wykona podmiot udostępniający zasoby. Odwołujący w wyjaśnieniach, jak również w odwołaniu, podkreślał, że podmiot trzeci zrealizuje usługę i że posiada swój zespół, co za tym idzie zapewni dodatkowe stanowiska zastępcze m.in. zastępca inwestora nadzoru. Przy czym, Zamawiający takich stanowisk dodatkowych nie przewidział (nie wynikają one również z obowiązujących przepisów). Powyższe nie wynika również z zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby. Odwołujący podczas rozprawy wskazał dodatkowo, że podmiot udostępniający zasoby będzie pełnił nadzór nad personelem Odwołującego. Próżno szukać tych informacji w zobowiązaniu.

Zarzut ewentualny – *naruszenie art. 128 ust 1 ustawy Pzp*

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp *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.*

Już sam fakt oddalenia zarzutu nr 1 skutkuje koniecznością oddalenia zarzutu ewentualnego.

Abstrahując od powyższego, Odwołujący bardzo ogólnie wskazał na konieczność wezwania do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, pomijając w jaki zakresie zobowiązanie należy uzupełnić. Izba co prawda nie jest związana żądaniami odwołania, ale nie oznacza to, że skład orzekający, bez jakiejkolwiek inicjatywy Odwołującego, będzie poszukiwał brakujących elementów w zobowiązaniu (czy też niejasności) - zwłaszcza w sytuacji, gdy Odwołujący twierdzi, że zobowiązanie jest zgodne z przepisami.

Zarzut nr 3 – naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a ustawy PzpZgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę:* podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Twierdzenia Odwołującego, że dokumenty potwierdzają jednoznacznie spełnianie warunku udziału za pomocą wskazanego zamówienia referencyjnego, a zatem informacje zawarte w wykazie usług są prawdziwe, nie zasługiwały na aprobatę. Odwołujący dysponował szeregiem dokumentów, zapoznał się z treścią warunków udziału (nie kwestionował ich, nie żądał wyjaśnień, nie interpretował ich w sposób odmienny) to słusznie Zamawiający uznał, że przedstawione informacje wprowadzają w błąd co do spełniania warunków udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Jak już wskazano wyżej, niespełnianie warunków udziału wynika nie tylko z informacji uzyskanych z Instytutu Rozrodu Zwierząt i Badań Żywności Polskiej Akademii Nauk w Olsztynie, ale również z dokumentów przedłożonych przez Odwołującego.

Odwołujący nie próbował nawet usprawiedliwiać swojego działania. Nie wskazywał na inną interpretację warunków udziału, na zasadność zsumowania wszystkich wyodrębnionych pomieszczeń, a na pytanie przewodniczącej z czego wynika konieczność uwzględnienia jako „laboratoria" wyszczególnionych pomieszczeń - Odwołujący wskazał jedynie, że tak to zostało ujęte w projekcie. Zdaje się umknęło Odwołującemu, podmiotowi profesjonalnemu, że ujęcie przez wykonawcę, w konkretnym postępowaniu, powierzchni dodatkowych pomieszczeń i oznaczenie je jako *powierzchnie użytkowe – laboratoria* (szczególnie w sytuacji, gdy z PFU wynika inny podział) nie oznacza automatycznie możliwości powoływania się na tę usługę w każdym innym postępowaniu. A taka konkluzja wynika z twierdzeń Odwołującego. I nie chodzi o to, aby Odwołujący ocenił czy zasadnie pomieszczenia te zostały ujęte w powierzchni użytkowej i z czego to wynika. Odwołujący obowiązany był ocenić, czy taki podział pomieszczeń i zliczenie ich łącznej powierzchni potwierdzi spełniania warunku udziału w tym konkretnym postępowaniu.

Wykonawca na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winien wziąć pod uwagę wymagania zamawiającego i ocenić czy jest w stanie wykazać się odpowiednim doświadczeniem. Jeżeli wykonawca dysponuje innym doświadczeniem, zbliżonym, to nic nie stoi na przeszkodzie aby postanowienia w tym zakresie zaskarżyć lub zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w

oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. § 5 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a i lit. b 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.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……