Sygn. akt: KIO 1578/25

WYROK

Warszawa, 15 maja 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
22 kwietnia 2025 r. przez odwołującego: R.G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą R.R., 33-388 Gołkowice Górne 56
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Mikołów z siedzibą w Mikołowie
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: RE-Bau spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego 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 1578/25

U z a s a d n i e n i e

Gmina Mikołów z siedzibą w Mikołowie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp) postępowanie
o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z infrastrukturą przy ul. Waryńskiego w Mikołowie
w ramach zasobów komunalnych” (nr zamówienia PN 3-2024), zwane dalej postępowaniem.
Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 11 grudnia 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer publikacji ogłoszenia: 755919-2024, numer wydania Dz.U. S: 241/2024.

22 kwietnia 2025 r. wykonawca R.G. prowadząca działalność gospodarczą
pod firmą R.R., 33-388 Gołkowice Górne 56 (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 128 ust. 1 Pzp także w zw. z art. 118 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wezwania
   do uzupełnienia braku pisma z 28 lutego 2025 r. tj. niezałączenia do ww. pisma wymienionego w nim dokumentu pt: „poprawione zobowiązanie ww. podmiotu udostępniającego swoje zasoby” i finalnie przez niezgodne z przepisami odrzucenie oferty wykonawcy w wyniku zaniechania wnikliwego jej badania i zgodnego
   z przepisami wezwania do uzupełnienia braków;

z ostrożności także:

2. art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2b Pzp w zw. z art. 118 ust. 1
   i ust. 4 Pzp w zw. z pkt 15.1.1.4 SWZ przez niewłaściwe zastosowanie i uznanie,
   że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu wobec złożenia jej przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 15.1.1.4 SWZ podczas gdy Odwołujący należycie i zgodnie z wymogami Pzp wykazał,
   że spełnia warunki udziału w postępowaniu, w szczególności zaś spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 15.1.1.4 SWZ przez poleganie
   na zasobach skutecznie i relewantnie udostępnionych przez Remar Budownictwo
   sp. z o.o. z/s w Gołkowicach Górnych;

3.art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2b Pzp w zw. z pkt 15.1.1.4 SWZ przez niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu wobec złożenia jej przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału

w postępowaniu, o którym mowa w pkt 15.1.1.4 SWZ podczas gdy Odwołujący należycie i zgodnie z wymogami Pzp wykazał, że spełnia warunki udziału

w postępowaniu, w szczególności zaś spełnia warunek udziału w postępowaniu,

o którym mowa w pkt 15.1.1.4 SWZ;

4.art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z pkt 15.1.1.4 SWZ przez niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i ustaleniu, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu nieprawdziwe informacje i że podanie przez Wykonawcę informacji wskazanych

w piśmie z 19 marca 2025 r. nosiło znamiona czynu nieuczciwej konkurencji podczas gdy wszelkie informacje wskazane w ww. piśmie były prawdziwe a różnice w ocenie okoliczności wynikłe z korespondencji pozyskanej od innego Inwestora SIM Małopolska sp. z o.o. wynikają z następczo zaistniałego sporu na tle okoliczności,

za które Odwołujący nie ponosi odpowiedzialności i w konsekwencji bezzasadności odrzucenia oferty z powołaniem argumentu naruszenia zasad uczciwej konkurencji

w trybie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, bowiem w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wykazał w sposób dostateczny i obiektywny, że oferta Odwołującego została przygotowana w sposób naruszający ww. przepis i w warunkach nieuczciwej konkurencji;

- i w konsekwencji zarzut bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego;

5.art. 16 Pzp - zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

i przeprowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, gdyż nie została dokonana rzetelna ocena oferty wykonawcy i przedstawionych przez niego dokumentów

na podstawie obiektywnych i zgodnych z Ustawą z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane

i Pzp kryteriów, a jedynie subiektywnej informacji pozyskanej od osób trzecich;

6.art. 16 Pzp w zw. z art. 18 ust 1 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie, przejawiające się w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady proporcjonalności, równego traktowania wykonawców

i uczciwej konkurencji a także zasad przejrzystości prowadzonego postępowania;

7.art. 253 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 17 ust 2 Pzp

przez uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez wykonawcę RE-Bau spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej: Przystępujący) i przez dokonanie wyboru oferty Przystępującego podczas gdy najkorzystniejszą ofertą jest oferta Odwołującego i inna winna być wybrana.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.uchylenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty Przystępującego, uchylenie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i jej przywrócenie do dalszego postępowania;

2.ewentualnie – unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia Odwołującego i przywrócenie oferty odwołującego do przetargu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

3.wezwania Odwołującego do uzupełnienia braków pisma z 28 lutego 2025 r. przez złożenie wymienionego w ww. piśmie dokumentu z pkt 1 tj. pt.: „poprawione zobowiązanie ww. podmiotu udostępniającego swoje zasoby”;

4.– w konsekwencji – przeprowadzenia ponownego badania i oceny oferty Odwołującego spośród ofert niepodlegających odrzuceniu złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu i dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej – dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów w zakresie stanu faktycznego Odwołujący wskazał:

Zgodnie z treścią pkt 15.1.1.4 SWZ Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu i posiadania zdolności technicznej

lub zawodowej, wymagając wykazania, że:

„nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie

lub rozbudowie obiektów kategorii IX lub XIII lub XVII wraz z infrastrukturą towarzyszącą

dla prawidłowego funkcjonowania i obsługi tego obiektu o wartości całego zadania inwestycyjnego min. 15 500 000,00 zł brutto”.

Odwołująca złożyła wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego Remar Budownictwo Sp. z o.o., który udostępnia wiedzę i doświadczenie wskazane w pkt 15.1.1.4 SWZ i wyjaśniła szczegółowo, że Wykonawca oraz podmiot trzeci, na który się Wykonawca powołuje spełniają wszystkie wymagania SWZ oraz że REMAR BUDOWNICTWO sp. z o.o. zapewni rzeczywisty dostęp Wykonawcy do swoich zasobów przez czas niezbędny do realizacji Zamówienia.

Ponadto w piśmie z 19 marca 2025 r. Odwołujący niezależnie od oświadczenia dot. polegania na zasobach podmiotu trzeciego – oświadczył, że samodzielnie także spełnia warunek udziału w postępowaniu o którym mowa pkt 15.1.1.4 SWZ(tj.: „nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie lub rozbudowie obiektów kategorii IX lub XIII lub XVII wraz z infrastrukturą towarzyszącą dla prawidłowego funkcjonowania i obsługi tego obiektu o wartości całego zadania inwestycyjnego min. 15 500 000,00 zł brutto") albowiem Wykonawca (Remar R.G.) był wykonawcą (w ramach konsorcjum z Remar Budownictwo Sp. z o.o., z siedzibą w Gołkowicach Górnych) robót budowlanych polegających „Budowie nowego budynku Szkoły Podstawowej nr 17 przy ul. Szkolnej w Bielszowicach" o wartości 39.949 291,96 zł brutto. Zgodnie bowiem z instrumentarium Pzp, w tym, art. 445 ust. 1 Pzp, „Wykonawcy, o których mowa w art. 58 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy". Oznacza to, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, z którymi została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, także po zaprzestaniu działalności, aż do zupełnego zaspokojenia zamawiającego są zobowiązani w zakresie zobowiązań wynikających z tej umowy (art. 366 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 445 ust. 1 p.z.p.). W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia za prawidłową uznać należy sytuację, w której każdy lub niektórzy z tych wykonawców bądź nawet podmiot trzeci wniosą zabezpieczenie w jednej lub kilku z form wskazanych w art. 450 ust. 1 p.z.p. Na podstawie art. 445 ust. 1 p.z.p. zamawiający może zatem żądać wykonania umowy od wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia łącznie lub od każdego z osobna, a zaspokojenie zamawiającego przez któregokolwiek z tych wykonawców zwalnia pozostałych. Przepis art. 445 ust. 1 p.z.p. ma charakter bezwzględnie obowiązujący i jego stosowanie nie podlega wyłączeniu na podstawie umownego postanowienia stron ograniczającego solidarną odpowiedzialność. Bez znaczenia jest więc, czy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne łączy nienazwana umowa konsorcjum, czy też kodeksowa umowa spółki cywilnej (zob. wyrok KIO z 10.04.2012 r., KIO 588/12, LEX nr 1148311). Co ważne zwłaszcza w ramach niniejszej sprawie i wykazania samodzielnego wykazania przez Wykonawcę Remar R.G. warunku udziału w postępowaniu (j.w.) sprawy, także wzajemny podział zadań pomiędzy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ma jedynie skutek wewnętrzny dla przyszłych roszczeń regresowych pomiędzy nimi (arg. z art. 376 § 1 k.c.). W takim przypadku zamawiający może żądać wykonania całości lub części przedmiotu zamówienia tylko od niektórych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Do sytuacji, gdy przedmiot zamówienia będzie wykonywany tylko przez niektórych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, może dojść już na etapie realizacji zamówienia podstawowego. W takim przypadku w dalszym ciągu wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy. Innymi słowy, na gruncie przepisów prawa, praktyki i faktów Remar R.G. nabył doświadczenie – jako Wykonawca – w zakresie robót polegających na „Budowie nowego budynku Szkoły Podstawowej nr 17 przy ul. Szkolnej w Bielszowicach" o wartości 39.949 291,96 zł brutto" – w zakresie własnej faktycznej j prawnej odpowiedzialność za całość wykonania ww. robót (ww.). Przypomnieć należy, że Krajowa Izba Odwoławcza 18 września 2017 r. wydała wyrok w sprawie KIO 1854/17, w którym określiła, że zakaz wykazywania się doświadczeniem konsorcjum jako doświadczeniem własnym wykonawcy ma jedynie miejsce w przypadku, gdy zamawiający określi go w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – co nie miało miejsca w ramach niniejszego postępowania i w SWZ. Na gruncie krajowego orzecznictwa zarówno KIO, jak i sądów powszechnych, został ugruntowany pogląd, że wykonawcy przysługuje uprawnienie do wykazania się doświadczeniem w realizacji całego zamówienia, nawet jeśli zostało zrealizowane w konsorcjum z innym podmiotem, a wykonawca tylko w pewnym zakresie rzeczowym uczestniczył w jego realizacji. Organy, orzekając, przyjmują bowiem, że będąc uczestnikiem konsorcjum, wykonawca chociażby z tytułu ciążącej na nim odpowiedzialności solidarnej jest zaangażowany w pełni przy realizacji zamówienia i nabywa wiedzę oraz doświadczenie co do całości prac (np. KIO 913/14; KIO 915/14; KIO 917/14). Powyższe wynika dokumentacji zamówienia, w której posiadaniu jest Zamawiający a szczególności z referencji i pisma Miasta Ruda Śląska – dokumenty w posiadaniu Zamawiającego.

Niezaleznie jednak od wskazanego wyżej dowodu samodzielnego spełnienia przez Wykonawcę warunków postępowania o Zamówienie, jeżeli Zamawiający uznał, że nie dstyponuje odpospoweinią dokumentacją i Wykonawca nie złożył ze swymi wyjaśnieniami odpowieniego zobowiązania, wówczas Zamawiający, powinien

wezwać Odwołującego do uzupełnienia brakującego dokumentu, ponieważ brakujący załącznik nie był wcześniej przedmiotem wezwania. Nie jest to zatem naruszenie zasady jednokrotności wezwania bowiem nie odnosi się do sytuacji, w której Zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia tego samego braku lub tego samego błędu dotyczącego określonego dokumentu, a zaistniała nowa okoliczność (np. brak załącznika), co oznacza, że Zamawiający powinien wezwać Wykonawcę do uzupełnienia dokumentu. Krajowe orzecznictwo KIO potwierdza, że zasada jednokrotności dotyczy tego samego braku pierwotnie złożonych oświadczeń lub dokumentów, ale jeśli pojawia się nowa przesłanka, Zamawiający może ponownie wezwać Wykonawcę, a ponadto (Wyrok KIO 1648/16) Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy bez uprzedniego wezwania do uzupełnienia dokumentów, jeśli ich brak wpływa na ocenę oferty.

Stwierdzić zatem nalezy, że w ramach dokumentowanego w poświadczeniu zamówienia publicznego Remar Budownictwo Sp. z o.o. jako Lider Konsorcjum należycie wykonał część robót wymienionych w ofercie, natomiast Wykonawca zrealizował pozostałą część robót obejmujących budowę budynku użyteczności publicznej, tj. nowego budynku Szkoły Podstawowej nr 17 przy ul. Szkolnej w Bielszowicach. Wykonawca z ostrożności procesowej i całkowicie dodatkowo wykazała Zamawiającemu, że Remar R.G. jako Wykonawca wraz Remar Budownictwo Sp. z o.o. jako podmiot udostępniający do oddania Wykonawcy niezbędne zasoby w zakresie uzupełniającym, wymienionym w Poświadczeniu na potrzeby realizacji Zamówienia, są w pełni przygotowanymi podmiotami do realizacji Zamówienia i spełniają wszystkie wymagania PZP do udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, tj. odnośnie do ew. braku w pierwotnym oświadczeniu zapisu o wykonaniu przez Remar Budownictwo Sp. z o.o. także robót murarskich i udostępnieniu zasobów także i w tym zakresie. Zgodnie z bowiem z art. 126 ust. 2 pzp i nawet cytowaną w zarzutach Zamawiającego zasadą jednokrotności wezwania – wezwanie zawsze winno być konkretne i wyraźne a także ukierunkowane na wyraźnie wskazany podmiot (w tym przypadku „Budownictwo sp. z.o.o." – jako nieistniejący wg wskazania Zamawiającego z ww. pisma. Zgodnie z ww. przepisem Zamawiający zobowiązany był zatem zarówno do szczegółowego opisu braków oraz sprecyzowaniu żądania dotyczącego zakresu prawidłowego uzupełnienia.

Odwołująca w swoich dotychczasowych wyjaśnieniach skierowanych do Zamawiającego wykazała należycie, że także samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu,
o którym mowa w 15.1.1.4 SWZ (tj.: „nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie lub rozbudowie obiektów kategorii IX lub XIII lub XVII wraz z infrastrukturą towarzyszącą dla prawidłowego funkcjonowania i obsługi tego obiektu
o wartości całego zadania inwestycyjnego min. 15 500 000,00 zł brutto") w ten sposób,
że oświadczyła, że na podstawie umowy nr 1/ZP/2023 z 22 listopada 2023 r., w okresie
od ww. dnia do 14 lutego 2025 r. wykonała robotę budowlaną polegającą na „Budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego wraz z infrastrukturą techniczną na działce
nr 1405/39 przy ulicy Osiedle Parkowe w miejscowości Miechów" o wartości brutto
22 788 888,88 zł.
Na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu w postaci wykonania ww. roboty budowlanej Odwołujący złożył następujące dokumenty: (a) Ogłoszenie o wyniku postępowania; (b) Odpis informację o wyborze najkorzystniejszej oferty; (c) Odpis umowy nr 1/ZP/2023z 22 listopada 2023 r. wraz z aneksem; (d) Odpis oświadczenia kierowania budowy o zrealizowaniu robót budowlanych z 28 stycznia 2025 r., wraz
z oświadczeniem Inspektora Nadzoru Inwestorskiego (przedstawiciela Inwestora).

Z wymienionych powyżej dokumentów wprost i wyraźnie wynika, że przedmiotem ww. umowy było kompleksowe wykonanie ww. robót budowlanych, co też nastąpiło. Roboty budowlane zostały zrealizowane/wykonane) w terminie do 28 stycznia 2025 r. co udokumentowano wpisem do Dziennika Budowy Nr 500/2023 (wyciąg z Dziennika Budowy stanowi Załącznik do odwołania), zgodnie z art. 47l ust. 1 z Ustawy Prawo budowlane: „W przypadku zakończenia robót budowlanych kierownik budowy zamyka wpisem dziennik budowy".

Przedmiotowa Inwestycja została wykonana zgodnie z wymaganiami umowy nr 1/ZP/2023
z 22 listopada 2023 r. wraz z aneksem, a w szczególności zgodnie z: Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót, dokumentacją projektową, SWZ wraz z załącznikami
i 21 lutego 2025 r. złożono wniosek do PINB o wydanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie inwestycji. Dlatego też na dzień składania wyjaśnień przez Wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie Zamówienia, Remar R.G. ujawniła wszystkie faktyczne informacje i działania, Zamawiający nie ma zatem podstaw oskarżać Wykonawcę, że „podał nieprawdę".

Zamawiający dopuścił się więc naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, braku obiektywności w procesie weryfikacji referencji i przejrzystości postępowania (art. 16 Pzp). Zamawiający, zamiast stosować transparentne i jednolite zgodne z SWZ kryteria oceny wszystkich ofert, swoje pytania skierowane do SIM Małopolska formułował w sposób sugerujący wątpliwości wobec doświadczenia odwołującego. Zamawiający nie ograniczył się do sprawdzenia zgodności doświadczenia Odwołującego z wymogami przetargu, lecz celowo kreował pytania tak, aby podważyć ich wiarygodność. Zamiast neutralnej weryfikacji, doszło do celowego tworzenia podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. Tym samym Odwołujący uznaje ten fakt, za stronnicze działanie naruszające zasadę uczciwej konkurencji Zamawiającego. Zamawiający miał obowiązek działać w sposób zapewniający konkurencyjne warunki wszystkim wykonawcom. Stronnicza weryfikacja doświadczenia, polegająca
na celowym podważaniu ich wartości, mogła być próbą eliminacji określonego wykonawcy
z postępowania, co godzi w fundamentalne zasady zamówień publicznych. Zamawiający nie może kierować się subiektywną oceną ani stosować działań wskazujących na uprzedzenia wobec konkretnego wykonawcy. Dowodem takiego działania Zamawiającego jest przedstawiona w jego piśmie argumentacja, cyt: „Bazując na ograniczonym zaufaniu,
co do prawidłowości składanych oświadczeń przez wykonawcę oraz mając na uwadze fakt, że załączone dokumenty w ocenie zamawiającego nie potwierdzają zakończenia robót budowlanych i zupełnie pomijają aspekt ich jakości, terminowości i należytości zamawiający zwrócił się do inwestora – zamawiającego tej inwestycji tj. SIM Małopolska sp. z o.o.
z następującymi pytaniami:

1. czy realizacja zamówienia została ukończona?
2. czy wykonawca wykonał wszystkie roboty budowlane i zostały one odebrane?
3. czy wykonawca występował o wystawienie referencji i czy zostały one wystawione?”

Zauważyć należy, że sposób sformułowania ww. pytań uniemożliwia wyciągnąć obiektywne wnioski, a w szczególności nie dowodzi spełnienia warunków i wymagań postawionych Wykonawcom w postępowaniu o przedmiotowe Zamówienie.

Zamawiający sformułował wymagania w SWZ w sposób bardzo ogólny, zaś do SIM
w Miechowie sp. z o.o. zwrócił się za zapytaniami szczegółowymi, uniemożliwiającymi wykazanie zarówno spełnienia przez Odwołującego się warunku udziału w postepowaniu, jak i oceny czy robota budowlana została wykonana należycie.

Warunkiem udziału w postępowaniu nie była realizacja zamówienia, ale realizacja robót budowlanych obiektu wraz z infrastrukturą towarzyszącą dla prawidłowego funkcjonowania
i obsługi tego obiektu o wartości całego zadania inwestycyjnego min. 15 500 000,00 zł brutto.

Zauważyć należy, że uzyskanie odpowiedzi na pytanie: „czy realizacja zamówienia została ukończona?”, nie wykaże zarówno spełnienia warunku udziału w postepowaniu przez Odwołującego, jak i oceny czy robota budowlana została przez niego wykonana należycie.

Ponadto pytanie: „czy wykonawca wykonał wszystkie roboty budowlane i zostały one odebrane?”, nie udokumentuje spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bowiem ważnym było wykazanie, że Wykonawca wykonał roboty ww. budowlane, a nie warunek odbioru tych robót przez Inwestora, bądź zakończenie całości Przedmiotu Umowy.
Co na dzień składania wyjaśnień Wykonawca uzasadnił, bowiem był w trakcie procedur odbiorowych. Zatem tak sformułowane pytanie po raz kolejny wykazuje naruszenie przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców, braku obiektywności w procesie weryfikacji referencji i przejrzystości postępowania (art. 16 Pzp).

Zadając w ten sposób zapytania, Zamawiający wykazał się niezrozumieniem i ignorowaniem wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę. W szczególności, pytanie: „czy wykonawca występował o wystawienie referencji i czy zostały one wystawione”, było niezasadne bowiem Wykonawca nie napisał, że wystąpił do SIM Małopolska sp. z o.o. o referencje, ale oświadczył że: „nie jest w stanie złożyć referencji, albowiem z uwagi na termin zakończenia wykonywania robót Wykonawca obecnie oczekuje na ich uzyskanie zaś inwestor jest w trakcie końcowej fazy uzyskiwania pozwolenia na użytkowanie”, gdyż oczywistym jest fakt, że po uzyskaniu pozwolenie na użytkowanie, Wykonawca oczekuje i w kolejnym kroku zwraca się do Inwestora o wydanie dokumentu w postaci Poświadczenia wykonania zamówienia publicznego, niejednokrotnie tożsamego z referencjami.

Jednocześnie istotnym, dla wykazania braku obiektywnej oceny oferty Wykonawcy przez Zamawiającego pozostaje fakt zignorowania przez Zamawiającego dokumentów złożonych przez Wykonawcę (całkowicie dodatkowo i z najdalej idącej

ostrożności procesowej) wraz
z wyjaśnieniami zapewniających, że Wykonawca samodzielnie dysponuje także zasobami udostępnionymi na potrzeby realizacji Zamówienia przez: zobowiązanie ww. podmiotu udostępniającego swoje zasoby - tj. oświadczenie konsorcjum pn. „zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia" poświadczenie potwierdzające, że: Konsorcjum firm Remar Budownictwo
sp. z o.o. i Odwołujący zrealizowali zamówienie publiczne pn.: „Budowa nowego budynku Szkoły Podstawowej nr 17 przy ul. Szkolnej w Bielszowicach" o wartości 39 949 291,96 zł brutto, co do posiadania odpowiedniego doświadczenia i zdolności do wykonania robót budowlanych wymaganych do realizacji Zamówienia.

5 maja 2025 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł
o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.: Fakty związane z ofertą i dalszymi oświadczeniami Odwołującego:

1. fakt 1: Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu samodzielnie;
2. fakt 2: Odwołujący powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego tj. Remar Budownictwo sp. z o.o. przy czym oświadczenie podmiotu trzeciego wskazywało jednoznacznie na udostępnienie następujących zasobów: robót ziemnych, konstrukcji żelbetowych i izolacji (Remar Budownictwo sp. z o.o. nie wskazał na udostępnienie doświadczenia przy robotach murowych);
3. fakt 3: w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia poprawnego – spełniającego wymogi opisane w art. 118 ust. 4 Pzp zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby Odwołujący pismem z 28 lutego 2025 r. wskazał, że przesyła „w załączeniu" poprawione zobowiązanie podmiotu udostępniającego swoje zasoby
   tj. Remar Budownictwo Sp. z o.o. oraz załączył poświadczenie Urzędu Miasta w Rudzie Śląskiej potwierdzające należyte wykonanie zamówienia obejmującego budowę budynku użyteczności publicznej tj. nowego budynku Szkoły Podstawowej nr 17 przy ul. Szkolnej w Bielszowicach przez „Konsorcjum Firm Lider: Remar Budownictwo
   sp. z o.o. z siedzibą w Gołkowicach Górnych wraz z Partnerem Konsorcjum: Firmą Remar R.G. z siedzibą w Gołkowicach Górnych";
4. fakt 4: uzyskane od Gminy Ruda Śląska dokumenty w tym umowa konsorcjum (załączona zresztą na dalszym etapie tez przez samego Odwołującego), potwierdzają, że Odwołujący wykonał samodzielnie przy tym zamówieniu publicznym roboty
   w postaci: konstrukcji dachu z pokryciem dachowym, instalacji wewnętrznych/ zewnętrznych, stolarki i ślusarki okiennej i drzwiowej, prac wykończeniowych, zagospodarowania terenu. Odwołujący nie wykonał samodzielnie robót murarskich;
5. fakt 5: Zamawiający po wezwaniu Odwołującego o którym mowa w pkt 3, nie dysponował żadnym dowodem na to, że Odwołujący, występujący w postępowaniu samodzielnie, posiada doświadczenie w robotach murarskich.
6. fakt 6: z uwagi na powyższe, Zamawiający wezwał Odwołującego do zastąpienia Remar Budownictwo Sp. z o.o., która dla tego zamówienia nie złożył zobowiązania
   do oddania zasobów w postaci doświadczenia przy robotach murarskich, innym podmiotem;
7. fakt 7: Odwołujący w odpowiedzi dosłał niezałączony wcześniej załącznik w postaci oświadczenie Remar Budownictwo Sp. z o.o., że ten podmiot zobowiązuje
   się udostępnić też doświadczenie w zakresie robót murarskich, a Odwołujący wskazał ponadto, że samodzielnie posiada odpowiednie doświadczenie na co powołał samodzielne wykonanie robót objętych przedmiotem zamówienia na rzecz SIM Małopolska sp. z o.o. z siedzibą w Brzesku;
8. fakt 8: Zamawiający weryfikując wskazane samodzielne doświadczenie odwołującego zdobyte rzekomo przy realizacji robót na rzecz SIM Małopolska sp. z o.o. zwrócił się do tego zamawiającego i uzyskał od niego informacje zaprzeczające aby Odwołujący wykonał i zakończył roboty, a następnie Zamawiający uzyskał jeszcze jednoznaczne oświadczenie z dnia 10 kwietnia 2025 r., w którym SIM Małopolska sp. z o.o. zaprzeczył oświadczeniu Odwołującego o wykonaniu robót budowlanych w terminie wskazanym Zamawiającemu przez Odwołującego to do 28.01.2025 r.

Fakty wymienione powyżej jednoznacznie wskazują, że Zamawiający prawidłowo dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż ten na etapie składania oferty nie dysponował wymaganym doświadczeniem.
Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności
treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron
oraz Przystępującego zawarte w odwołaniu i 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 Pzp.

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

Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania oraz wszystkie wnioskowane przez Strony dowody pisemne.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała zarzuty odwołania, uznając,

że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Warunek udziału w postępowaniu będący podstawą sporu brzmi: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy Posiadają zdolność techniczną lub zawodową: nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie

lub rozbudowie obiektów kategorii IX lub XIII lub XVII wraz z infrastrukturą towarzyszącą

dla prawidłowego funkcjonowania i obsługi tego obiektu o wartości całego zadania inwestycyjnego min. 15 500 000,00 zł brutto".

Odwołujący wskazał, że część przedmiotu zamówienia powierzy podwykonawcy Remar Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Gołkowicach Górnych. Odwołujący w swojej ofercie

w następujący sposób określił zakres podwykonawstwa:

„Zakres zasobów udostępnianych przez podmiot wskazany w kol. 1: Zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia".

W zobowiązaniu podmiotu Remar Budownictwo sp. z o.o. złożonym wraz z ofertą

w następujący sposób został określony zakres udostępnionego potencjału:

„Oświadczam, że:

a)udostępnię Wykonawcy zasoby, w następującym zakresie: wiedza i doświadczenie,

b)sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący: podwykonawstwo,

c)zakres mojego udziału przy realizacji zamówienia publicznego będzie następujący:

–roboty ziemne

–konstrukcja żelbetowa

–izolacje".

24 lutego 2025 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym:

„określonych w:

- pkt 16.1.2.1 ppkt 1) potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 15.1.1.4 pkt 1), tj.: Wykazu robót budowlanych (wskazanych w 15.1.1.4

pkt 1) 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".

W odpowiedzi z 28 lutego 2025 r. Odwołujący złożył wykaz robót obejmujący zadanie Budowa nowego budynku Szkoły Podstawowej nr 17 przy ul. Szkolnej w Bielszowicach.

Na potwierdzenie należytej realizacji ww. zadania Odwołujący złożył referencje, z których wynikało, że podmiotem który zrealizował roboty budowlane było konsorcjum w składzie: Odwołujący oraz Remar Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Gołkowicach Górnych (czyli podmiot trzeci na którego potencjał powołał się Odwołujący w postępowaniu). Z referencji nie wynikało jaki był podział zadań pomiędzy partnerami konsorcjum.

24 lutego 2025 r. Zamawiający skierował do Odwołującego następujące wezwanie:

„Działając w trybie art. 128 ust. 1 ustawy z 11.09.2019 Prawo zamówień publicznych

(Dz.U. z 2024, poz. 1320) wzywam do złożenia (…) poprawnego – spełniającego wymogi opisane w art. 118 ust. 4 cyt. ustawy zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby.

Uzasadnienie

Wykonawca złożył wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego Budownictwo Sp. z o.o., który udostępnia wiedzę i

doświadczenie wskazane w pkt 15.1.1.4 SWZ nie wcześniej
niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy –
w tym okresie, wykonali jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie
lub rozbudowie obiektów kategorii IX lub XIII lub XVII wraz z infrastrukturą towarzyszącą
dla prawidłowego funkcjonowania i obsługi tego obiektu o wartości całego zadania inwestycyjnego min. 15 500 000,00 zł brutto.
Zgodnie z treścią art. 118 ust. 2 cyt. ustawy, wykonawca może polegać na zdolnościach podmiotu udostepniającego zasoby w odniesieniu do warunku dotyczącego doświadczenia, jeżeli podmiot udostepniający zasoby wykona roboty budowlane, do realizacji których zdolności te są wymagane.
Podmiot udostępniający musi wykonać wszystkie roboty budowlane niezbędne do realizacji zamówienia, skoro wykonawca nie spełnia tego warunku udziału w postępowaniu.
Zapisy przedłożonego zobowiązania dotyczące udziału przy realizacji zamówienia: „roboty ziemne, konstrukcje żelbetowe, izolacje" są niewystarczające i sprzeczne z wymogami wynikającymi z treści art. 118 ust.4 cyt. Ustawy".
Odwołujący nie kwestionował powyższego wezwania, a w odpowiedzi z 28 lutego 2025 r. wskazał:
„W celu udokumentowania, że Wykonawca oraz podmiot, na który się powołujemy, spełniają wszystkie wymagania opisane w art. 118 ust. 4 Prawa zamówień publicznych oraz że Remar Budownictwo Sp. z o.o. zapewni rzeczywisty dostęp Wykonawcy do swoich zasobów przez czas niezbędny do realizacji Zamówienia, w załączeniu przesyłamy:

1)poprawione zobowiązanie ww. podmiotu udostępniającego swoje zasoby
2)poświadczenie potwierdzające, że: Remar Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Gołkowicach Górnych jako Lider Konsorcjum wraz z Partnerem Konsorcjum: Firmą R.R. z siedzibą w Gołkowicach Górnych zrealizowali zamówienie publiczne pn.: „Budowa nowego budynku Szkoły Podstawowej nr 17 przy ul. Szkolnej w Bielszowicach" o wartości 39.949 291,96 zł brutto.

Załączone dokumenty, a w szczególności poświadczenie dokumentują dotychczasowe osiągnięcia zarówno Wykonawcy, jak i podmiotu, na którego zdolność w zakresie wymienionym w ofercie Wykonawca się powołuje i potwierdzają spełnienie przez Wykonawcę warunku określonego w pkt 15.1.1.4 SWZ:
„nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie
lub rozbudowie obiektów kategorii IX lub XIII lub XVII wraz z infrastrukturą towarzyszącą
dla prawidłowego funkcjonowania i obsługi tego obiektu o wartości całego zadania inwestycyjnego min. 15 500 000,00 zł brutto" co do posiadania odpowiedniego doświadczenia i zdolności do wykonania robót budowlanych wymaganych do realizacji Zamówienia.
W ramach dokumentowanego w poświadczeniu zamówienia publicznego Remar Budownictwo Sp. z o.o. jako Lider Konsorcjum należycie wykonał część robót wymienionych w ofercie, natomiast Wykonawca zrealizował pozostałą część robót obejmujących budowę budynku użyteczności publicznej, tj. nowego budynku Szkoły Podstawowej nr 17 przy ul. Szkolnej
w Bielszowicach.
Mając na uwadze powyższe, wykazujemy, że Remar R.G. jako Wykonawca wraz Remar Budownictwo Sp. z o.o. jako podmiot udostępniający do oddania Wykonawcy niezbędne zasoby w zakresie uzupełniającym, wymienionym w Poświadczeniu na potrzeby realizacji Zamówienia, są w pełni przygotowanymi podmiotami do realizacji Zamówienia
i spełniają wszystkie wymagania opisane w art. 118 ust. 4 Prawa zamówień publicznych
do udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia".
Do powyższych wyjaśnień Odwołujący ponownie załączył złożone wcześniej referencje, nie przesłał jednak wzmiankowanego w wyjaśnieniach poprawionego zobowiązanie podmiotu udostępniającego swoje zasoby.
13 marca 2025 r. Zamawiający skierował do Odwołującego kolejne wezwanie:
„Działając w trybie art. 122 ustawy z 11.09.2019 Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024, poz. 1320) wzywam do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby – Remar Budownictwo Sp. z o.o. – innym podmiotem, lub wykazania, że wykonawca samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu, opisany w pkt 15.1.1.4 ppkt 1).
Wykonawca złożył wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego Remar Budownictwo
Sp. z o.o., który udostępnia wiedzę i doświadczenie wskazane w pkt 15.1.1.4 SWZ:
„nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie
lub rozbudowie obiektów kategorii IX lub XIII lub XVII wraz z infrastrukturą towarzyszącą
dla prawidłowego funkcjonowania i obsługi tego obiektu o wartości całego zadania inwestycyjnego min. 15 500 000,00 zł brutto".
Zgodnie z treścią art. 118 ust. 2 cyt. ustawy, wykonawca może polegać na zdolnościach podmiotu udostępniającego

zasoby w odniesieniu do warunku dotyczącego doświadczenia, jeżeli podmiot udostępniający zasoby wykona roboty budowlane, do realizacji których zdolności te są wymagane. Podmiot udostępniający musi wykonać wszystkie roboty budowlane niezbędne do realizacji zamówienia, skoro wykonawca nie spełnia tego warunku udziału w postępowaniu. Zapisy przedłożonego zobowiązania dotyczące udziału przy realizacji zamówienia: „roboty ziemne, konstrukcje żelbetowe, izolacje" są niewystarczające
i sprzeczne z wymogami wynikającymi z treści art. 118 ust. 4 cyt. ustawy (…). W odpowiedzi na wezwanie wykonawca, pomimo że w treści odpowiedzi zadeklarował przekazanie nowego zobowiązania, to jednak takowego nowego zobowiązania nie złożył, wyjaśnił jedynie,
że podmiot udostępniający zasoby to Remar Budownictwo Sp. z o.o., wskazując na omyłkę pisarską w firmie tego podmiotu zaistniałą w pierwotnym zobowiązaniu.
Na odrębne wezwanie w trybie art. 126 ust. 2 cyt. ustawy złożył podmiotowe środki dowodowe – wykaz robót wykaz osób wraz z referencjami wystawionymi przez Gminę Ruda Śląska.
Z treści referencji jednoznacznie wynika, że zamówienie w Rudzie Śląskiej było realizowane przez konsorcjum w składzie:
1. Remar Budownictwo Sp. z o.o. – Lider
2. R.G. – Członek konsorcjum
Z przedstawionych referencji nie można było jednakże ustalić, jaki był zakres robót wykonanych przez Lidera konsorcjum a jaki przez Członka konsorcjum.
Kwestia ta jest bowiem decydującą przy ocenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż w postępowaniu w Gminie Mikołów oferty nie złożyło konsorcjum tylko samodzielnie Członek konsorcjum realizujący prace w Rudzie Śląskiej tj. R.G. prowadząca jednoosobową działalność gospodarczą, któremu zasobu wiedzy i doświadczenia użycza Lider konsorcjum z zamówienia w Rudzie Śląskiej tj. Remar Budownictwo Sp. z o.o.
W tym stanie rzeczy zamawiający zwrócił się do inwestora – Gminy Ruda Śląska o udzielenie informacji jaki był zakres robót budowlanych wykonanych przez ówczesnego Lidera (Remar Budownictwo Sp. z o.o.) a jaki przez Członka konsorcjum (R.G.).
W odpowiedzi Gmina Ruda Śląska udostępniła:

1. Kopię umowy konsorcjum
2. Załącznik do oferty konsorcjum – oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane wykonają poszczególni wykonawcy.

Dokumenty powyższe są ze sobą spójne i wykazują:

1. Lider konsorcjum – Remar Budownictwo Sp. z o.o. wykonał:

–roboty ziemne,
–konstrukcje żelbetowe i murowe,
–izolacje

2. Partner konsorcjum – R.G. wykonał:

–konstrukcja dach z pokryciem dachowym,
–instalacje wewnętrzne/zewnętrzne,
–stolarka i ślusarka okienna i drzwiowa,
–prace wykończeniowe,
–zagospodarowanie terenu.

W świetle powyższych faktów zamawiający skonfrontował złożone wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby (Remar Budownictwo Sp. z o.o.) z doświadczeniem nabytym przez uczestnika konsorcjum (R.G.) i stwierdził: Remar Budownictwo Sp. z o.o. udostępnił Remar R.G. zasoby wiedzy i doświadczenia
w niepełnym zakresie doświadczenia nabytego przy realizacji Szkoły Podstawowej w Rudzie Śląskiej, gdyż nie udostępnił wiedzy i doświadczenia przy wykonywaniu robót murowych. Wykonawca, który ofertę złożył (R.G.) nie nabył z kolei przy podczas budowy Szkoły w Rudzie Śląskiej wiedzy i doświadczenia przy wykonywaniu robót murowych.
Stan faktyczny potwierdził zatem wątpliwości zamawiającego, co do spełniania
przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 15.1.1.4. ppkt 1) SWZ,
a co za tym idzie zamawiający wezwał do zastąpienia udostępniającego zasoby innym podmiotem lub wykazania spełniania warunku udziału samodzielnie (...)".
Po przeprowadzeniu dowodu z dokumentacji postępowania Izba potwierdziła ustalenia zamawiającego opisane w zacytowanym wyżej wezwaniu.
W zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania 19 marca 2025 r. Odwołujący złożył następującą odpowiedź na powyższe wezwanie:
„2. Niezależnie od powyższego, Wykonawca Remar R.G. niniejszym wykazuje,

że także samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu (…) w ten sposób,
że oświadcza, że: Wykonawca na podstawie umowy nr 1/ZP/2023 z dnia 22 listopada 2023 r., w okresie od w/w dnia do dnia 14 lutego 2025 r. wykonał robotę budowlaną polegającą
na „Budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego wraz z infrastrukturą techniczną
na działce nr 1405/39 przy ulicy Osiedle Parkowe w miejscowości Miechów" o wartości brutto 22.788.888,88 zł. Na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku udziału
w postępowaniu w postaci wykonania w/w roboty budowlanej niniejszym Wykonawca przedkłada następujące dokumenty:

(a)Ogłoszenie o wyniku postępowania;
(b)Odpis informację o wyborze najkorzystniejszej oferty;
(c)Odpis umowy nr 1/ZP/2023 z dnia 22 listopada 2023 r. wraz z aneksem;
(d)Odpis oświadczenia kierowania budowy o zrealizowaniu robót budowlanych z dnia 28 stycznia 2025 r., wraz z oświadczeniem Inspektora Nadzoru Inwestorskiego (przedstawiciela Inwestora)

Z powyższych dokumentów wprost i wyraźnie wynika, że przedmiotem w/w umowy było kompleksowe wykonanie w/w robót budowlanych, co też nastąpiło. Roboty budowlane zostały zrealizowane /wykonane – zakończone) w terminie do dnia 28 stycznia 2025 r. Wykonawca nie jest w stanie przedłożyć referencji, albowiem z uwagi na termin zakończenia wykonywania robót Wykonawca obecnie oczekuje na ich uzyskanie zaś inwestor jest w trakcie końcowej fazy uzyskiwania pozwolenia na użytkowanie, niemniej nie ma to znaczenia, albowiem elementem warunku udziału w postępowaniu było wykonanie robót (co nastąpiło do dnia
28 stycznia 2025 r. i co potwierdza oświadczenia kierownika budowy wraz z oświadczeniami projektantów i przedstawiciela Inwestora – tj. Inspektora Nadzoru Budowlanego) nie zaś uzyskanie pozwolenia na użytkowanie dla tych robót (obiektu).
Tym samym, w sposób niebudzący wątpliwości w/w zrealizowana przez Wykonawcę robota budowlana spełnia w/w warunek udziału w postępowaniu – ergo Wykonawca wykazał, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu (…).
Wykonawca uzupełnia brak formalny pisma z dnia 28 lutego 2025 r. polegający
na nieprzedłożeniu wprost wymienionego w w/w piśmie dokumentu w postaci: zobowiązanie ww. podmiotu udostępniającego swoje zasoby (tj. zobowiązania Remar Budownictwo
Sp. z o.o." jako podmiotu udostępniającego zasoby) w ten sposób, że przedkłada niniejszy dokument – oświadczenie Remar Budownictwo Sp. z o.o. pn. „zobowiązanie podmiotu
do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia" wraz z dokumentem w postaci poświadczenie wykonania robót (obydwa w/w dokumentu w załączeniu)
- a to w celu udokumentowania (potwierdzenia udokumentowania), że Wykonawca oraz podmiot, na który się powołujemy, spełniają wszystkie wymagania opisane w art. 118 ust. 4 Prawa zamówień publicznych oraz że w/w podmiot tj. konsorcjum zapewni rzeczywisty dostęp Wykonawcy do swoich zasobów przez czas niezbędny do realizacji Zamówienia (…).
Tym samym Wykonawca uzupełnia brak formalny w/w pisma z dnia 28 lutego 2025 r. (…).
Wykonawca wyraźnie podnosi, że udostępnienie zasobów, o których mowa w piśmie dotyczyło wszystkich robót wykonanych przez Remar Budownictwo Sp z o.o. w zakresie robót budowlanych wykonywanych w ramach konsorcjum firm Remar Budownictwo Sp. z o.o.
i ReMar R.G. a polegających na budowie „Budowa nowego budynku Szkoły Podstawowej nr 17 przy ul. Szkolnej w Bielszowicach" o wartości 39.949 291,96 zł brutto.,
w tym także robót murowych, co explicite, kontekstowo i funkcjonalnie wynika z przedłożonych dokumentów jak i dokumentów będących w posiadaniu Zamawiającego (w tym dokumentu
w postaci zał. do oferty) (…).
Załączniki /wszystkie dokumenty wymienione w piśmie a to:

1)Ogłoszenie o wyniku postępowania;
2)Odpis umowy nr 1/ZP/2023 z dnia 22 listopada 2023 r. wraz z aneksem;
3)Odpis oświadczenia kierowania budowy o zrealizowaniu robót budowlanych z dnia 28 stycznia 2025 r., wraz z oświadczeniem Inspektora Nadzoru Inwestorskiego (przedstawiciela Inwestora)
4)Pochodzące od Remar Budownictwo Sp. z o.o. zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia wraz z dokumentem w postaci poświadczenie wykonania robót;
5)Pochodzące od Konsorcjum Remar Budownictwo Sp. z o.o. i Remar R.G. zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów

na potrzeby realizacji zamówienia wraz z dokumentem w postaci poświadczenie wykonania robót

6)Oświadczenie Remar Budownictwo Sp. z o.o.

7)umowę konsorcjum z dnia 10 czerwca 2021 r. wraz z aneksem".

Wskazany w punkcie 3 odpis oświadczenia kierowania budowy zgodnie z twierdzeniem Odwołującego potwierdzał, że kierownik budowy oświadczył, że 28 stycznia 2025 r. zrealizowana została budowa inwestycji wykonywanej na rzecz SIM Małopolska sp. z o.o.

z siedzibą w Brzesku (dalej: SIM Małopolska).

Zamawiający zwrócił się do SIM Małopolska o udzielenie informacji na temat powołanej przez Odwołującego inwestycji.

W odpowiedzi z 10 kwietnia 2025 r. podmiot ten wskazał m. in.:

„Faktem jest, że przedsiębiorca Remar R.G. został wybrany w postępowaniu przetargowym dotyczącym przedmiotowej inwestycji, jednak pozostałe jego oświadczenia mijają się z prawdą.

Nie jest prawdą, że roboty objęte wyżej wskazaną umową zostały zrealizowane do dnia 28.01.2025. Oświadczenie kierownika budowy, na które powołuje się R.G. jest łącznie oświadczeniem, które składa kierownik budowy w zakresie jego treści, pozostałe osoby podpisane w oświadczeniu to jest architekt, inspektor nadzoru potwierdziły jedynie dokonanie zmian nieistotnych w stosunku do rozwiązań projektu. Wbrew twierdzeniom oferenta, inspektor nadzoru, nie potwierdziła zakończenia robót budowlanych do dnia 28.01.2025 r.

Ponadto, już po podpisaniu tego oświadczenia, pojawiły się nowe okoliczności wskazujące na istnienie wad istotnych uniemożliwiających odebranie robót i co za tym idzie uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Miesiąc później to jest 26.02.2025 r. wykonawca wzywał Sim Małopolska sp. z o.o. do zawarcia kolejnego aneksu przedłużającego termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy, co jest jawnie sprzeczne z jego oświadczeniem o tym, że całość robót została zakończona w dniu 28.01.2025 r. Wykonawca do dziś nie wykonał zakresu określonego umową, której przedmiotem była realizacja budynku mieszkalnego wraz

z infrastrukturą towarzyszącą, to jest nie zgłosił Zamawiającemu do odbioru całości robót budowlanych określonych umową, nie przekazał Zamawiającemu dokumentacji powykonawczej, nie uzyskał decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.

Nie jest prawdziwe twierdzenie, które znalazło się piśmie z dnia 19.03.2025 r., skierowanym do Urzędu Miasta Mikołów i podpisanym przez R.G., że „inwestor jest w trakcie końcowej fazy uzyskiwania pozwolenia na użytkowanie". Należy podkreślić, że obowiązek uzyskania pozwolenia na użytkowanie zgodnie z łącząca Sim Małopolska i Remar umową, której jedynie wyciąg został przedłożony Państwu, spoczywa wyłącznie na Wykonawcy.

Do dziś taki wniosek nie został przez Remar nawet złożony. Wykonawca nie jest w stanie przedłożyć referencji nie dlatego, że jak twierdzi obecnie na nie oczekuje, ale dlatego, że dnia złożenia niniejszego pisma, roboty objęte umową nie zostały zgodnie z umową zakończone.

W dniu 03.04.2025 Wykonawca został przez nas wezwany, aby w terminie najpóźniej do dnia 24 kwietnia 2025 r., dopełnił wszelkich formalności związanych zakończeniem realizacji przedmiotu umowy, to jest zakończył wszystkie roboty objęte umową w sposób umożliwiający dokonanie odbioru końcowego, zgłosił Inwestorowi gotowości do odbioru robót końcowych

z jednoczesnym doręczeniem mu wszystkich dokumentów wymaganych przepisami art. 57 ust. 1 i 2 ustawy Prawo budowlane oraz dokumentacji powykonawczej wraz z powykonawczą inwentaryzacją geodezyjną, oraz przekazał Inwestorowi prawomocne pozwolenie

na użytkowanie pod rygorem odstąpienia od umowy, co do dnia dzisiejszego nie nastąpiło.

Wskazujemy, że wszystkie roboty wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie winny zostać zakończone do dnia 28.02.2025 r. Od tego czasu naliczamy Wykonawcy karę umowną

za zwłokę.

Mając na uwadze powyższe stanowczo zaprzeczamy oświadczeniu R.G.,

że zrealizowała ona przedmiot umowy nr 1/ZP/2023 z dnia 22 listopada 2023 r. w zakresie budowy budynku wielorodzinnego wraz z infrastrukturą techniczną na działce nr 1405/39 przy ulicy Osiedle Parkowe w miejscowości Miechów".

10 kwietnia 2025 r. Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego, uznając, że zaistniały przesłanki wymienione w:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2b Pzp – oferta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu,
2. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp – oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu Zamawiający w zakresie podstawy z art. 226 ust. 1 pkt 2b Pzp opisał swoje dotychczasowe ustalenia, które doprowadziły go do wniosku, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W zakresie podstawy z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp Zamawiający powołał się na informacje uzyskane od SIM Małopolska uznając przy

tym,
że Odwołujący wprowadził go w błąd:
„Przekazanie zamawiającemu nieprawdziwych informacji (wskazanych powyżej, dotyczących samodzielnego spełniania warunku) wypełnia w ocenie zamawiającego nadto znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, ponieważ czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji skutkuje odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 cyt. ustawy, a ponadto może on odpowiedzieć na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów".
Biorąc pod uwagę ustalony i opisany stan faktyczny Izba uznała, że Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2b Pzp. W tym zakresie stanowisko Zamawiającego oraz jego wnioski były w pełni prawidłowe.
Odwołujący prawdopodobnie spełniłby warunek udziału w postępowaniu gdyby ofertę złożył
w ramach konsorcjum razem z podmiotem na którego potencjał się powołał – referencje wprost dotyczyły inwestycji zrealizowanej w takim układzie i zamawiający ich nie kwestionował jako takich. Ocena w tym zakresie ma oczywiście wymiar wyłącznie hipotetyczny, ale ma ona znaczenie wobec stanowiska Odwołującego.
Odwołujący złożył ofertę samodzielnie, powołując się przy tym na potencjał i doświadczenie podmiotu trzeciego (członka konsorcjum, z którym zrealizował zadanie na rzecz Gminy Ruda Śląska), a to miało istotne skutki dla sposobu oceny jego oferty. Zamawiający musiał w tej sytuacji zbadać jaki zakres prac z powołanego zadania zrealizował osobiście Odwołujący,
a jaki podmiot trzeci. Następnie musiał porównać zakres udostępnionego doświadczenia przez podmiot trzeci z doświadczeniem własnym Odwołującego. To dlatego Zamawiający wyjaśniał kwestię tego kto wykonał prace murowe – mimo, że faktycznie wprost nie były one objęte warunkiem udziału w postępowaniu. Warunek dotyczył roboty budowlanej, a sam Odwołujący wskazał na realizację takiej roboty, która obejmowała ten rodzaj robót. Stąd wynikała konieczność ustalenia kto legitymuje się doświadczeniem w poszczególnych rodzajach prac – warunek dotyczył wykonania roboty budowlanej, co rozumieć należy jako wykonanie pewnej całości, a nie poszczególnych, dowolnych dla wykonawców prac. Dlatego Zamawiający
po ustaleniu, że roboty murowe wykonał podmiot trzeci – podwykonawca oraz, że tego rodzaju prac podwykonawca nie będzie wykonywał w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, musiał żądać, by Odwołujący samodzielnie wykazał się odpowiednim doświadczeniem, bądź złożył odpowiednie dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego i właściwego zakresu udostępnienia wiedzy i doświadczenia. Jest to działanie w pełni normalne w sytuacji,
gdy wykonawca w określonej części polega na zasobach podmiotu trzeciego, nie zaś przejaw nadmiernego formalizmu Zamawiającego.
Odwołujący na wezwanie uzupełnił brakujące dokumenty, ale w sposób nieskuteczny –
w pewnym sensie zaanonsował zamiar uzupełnienia dokumentów podmiotowych i właściwego zobowiązania do udostępnienia zasobów, ale dokumentu tego nie złożył. Zamawiający nie mógł już dalej wzywać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, bo naruszałoby to zasadę jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów. Nie miał tu racji Odwołujący twierdząc, że Zamawiający nie wezwał go do złożenia konkretnego dokumentu, zatem winien to zrobić – Zamawiający w wezwaniu określił rodzaj dokumentów i wskazał jakiej okoliczności miały one dotyczyć. To po stronie wykonawcy
jest złożenie dokumentów w taki sposób, by wykazać spełnienie warunków udziału
w postępowaniu.
Uzupełnienie i poprawienie dokumentów dotyczących udostępnienia Odwołującemu zasobów podmiotu trzeciego nastąpiło po wyznaczonym terminie zatem Zamawiający słusznie nie wziął ich pod uwagę w ocenie oferty Odwołującego. W konsekwencji zadanie zrealizowane dla Gminy Ruda Śląska nie stanowiło potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.
Odwołujący nie wykazał też samodzielnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu powołując się na zadanie zrealizowane na rzecz SIM Małopolska. Wykazując zakończenie robót Odwołujący oparł się na oświadczeniu kierownika budowy o zakończeniu robót budowlanych – oświadczenie (abstrahując od innych okoliczności tego postępowania)
było nieprzydatne dla wykazania należytej realizacji określonego zadania. Mogło być ono
co najwyżej dowodem na zakończenie robót w danym terminie, ale nic ponadto – czym innym jest wykazanie zakończenia realizacji robót, a czym innym, że zostały one należycie wykonane. Dlatego Zamawiający nie miał potrzeby dalszego badania zadania dla SIM Małopolska – Odwołujący nie wykazując należytej realizacji zadania, nie wykazał spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia.

Dowód w postaci kopii strony Dziennika Budowy złożony przez Odwołującego do odwołania, dotyczy potwierdzonego

przez inspektora nadzoru należytego wykonania prac, ale został złożony na etapie postępowania odwoławczego – był on zatem spóźniony. Zamawiający nie mógł tego dokumentu badać w ramach procedury oceny ofert. Dowód ten miał jednak istotne znaczenie dla oceny zasadności odrzucenia oferty jako złożonej w ramach czynu nieuczciwej konkurencji. W tym zakresie dokument wykazał okoliczność przeciwną do ustaleń Zamawiającego – Zamawiający po zapoznaniu się ze stanowiskiem SIM Małopolska uznał,
że Odwołujący przedstawił mu informacje nieprawdziwe, wprowadzające w błąd.
W postępowaniu nie przewidziano możliwości wykluczenia z postępowania na podstawie
art. 108 ust. 1 pkt 8 Pzp, ale jasnym jest, że Zamawiający uznając, że oferta została złożona w ramach czynu nieuczciwej konkurencji referował do przesłanek określonych w art. 109
ust. 1 pkt 8 Pzp. Odrzucając ofertę Zamawiający poprzestał w tym zakresie jedynie
na stanowisku SIM Małopolska, nie dał zaś Odwołującemu możliwości złożenia odpowiednich wyjaśnień. Biorąc pod uwagę dowód złożony przez Odwołującego (dziennik budowy) Izba uznała, że Odwołujący miał pełne podstawy twierdzić, że 28 stycznia 2025 r. zakończył roboty budowlane, bo wprost wynika to z ostatniego wpisu w dzienniku budowy. Niezależnie więc
od dalszych losów inwestycji na rzecz SIM Małopolska, Odwołujący twierdząc, że zakończył roboty budowlanenie wprowadził Zamawiającego w błąd w sposób analogiczny do art. 109 ust.1 pkt 8 Pzp – ze złożonego przez Odwołującego dowodu wprost wynika, że 28 stycznia 2025 r. Inspektor nadzoru potwierdził zakończenie robót budowlanych i zamknął Dziennik Budowy. Nieistotna jest przy tym kwestia, czy dowód ze strony Dziennika Budowy byłby wystarczający do wykazania należytej realizacji przedmiotu zamówienia – Zamawiający ocenił zadanie na rzecz SIM Małopolska wyłącznie w zakresie podstawy do odrzucenia oferty
na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, zatem ocenie podlegała tylko kwestia ewentualnego posłużenia się przez Odwołującego nieprawdziwymi informacjami.
By Zamawiający mógł odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp nie powinien oprzeć się wyłącznie na twierdzeniach SIM Małopolska – Zamawiający dysponował przecież oświadczeniem kierownika budowy, z którego wprost wynikało, że realizacja robót zakończyła się 28 stycznia 2025 r. Dowód ten stał w sprzeczności z twierdzeniami SIM Małopolska,
a zatem stan faktyczny ustalony przez Zamawiającego nie był jednoznaczny. Skoro Zamawiający mimo dokumentów złożonych przez Odwołującego skłonny był uznać, że doszło do celowego wprowadzenia w błąd to winien wezwać Odwołującego do wyjaśnień. Wezwanie takie nie zmieniłoby już ustaleń Zamawiającego co do niespełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, ale dałoby możliwość jednoznacznego ustalenia,
czy Odwołujący rzeczywiście dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Dopiero wtedy Zamawiający mógłby w sposób należyty ocenić działania Odwołującego i uznać,
czy rzeczywiście doszło do wypełnienia przesłanek z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp.
Izba oddaliła jednak odwołanie w całości uznając, że co do kierunku decyzja Zamawiającego była zasadna – oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu z postępowania. Izba nie mogła więc uwzględnić zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, ponieważ nie zmieniałoby
to wyniku postępowania. Odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp było zasadne i pozostaje w mocy. Z kolei odrzucenie tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp oparte zostało na niewystarczających ustaleniach, a zatem nie powinno
w okolicznościach sprawy wystąpić, ale art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp stoi na przeszkodzie uwzględnienia odwołania tylko po to, by nakazać Zamawiającemu usunięcie jednej z podstaw prawnych zawartych w słusznej decyzji o odrzuceniu oferty z postępowania.
Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy
na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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 …….....