

WYROK

z dnia 20 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 marca 2023 r. przez wykonawcę: **E. U.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **BSHaus E. U.**, Plac Wolności 3, 74-200 Pyrzyce w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Stargard**, ul. Rynek Staromiejski 5, 73-110 Stargard

przy udziale wykonawcy: **E. S.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **EDA-KAR-BUD Usługi Budowlane E. S.**, ul. Słowackiego 17B/3, 73-110 Stargard zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1** w odniesieniu do zobowiązania podmiotu trzeciego i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wezwanie wykonawcy M. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą IPSUM INVEST M. Ł. do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów;
2. **Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;**
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego w 1/2 oraz zamawiającego w 1/2, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od **Gminy Stargard** na rzecz **E. U.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **BSHaus E. U.** kwotę 4 796 zł 70 gr (słownie: cztery tysiące siedemset dziewięćdziesiąt sześć złotych siedemdziesiąt groszy) tytułem zwrotu części kosztów postępowania poniesionych przez stronę.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Stargard (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn.: „Przebudowa i rozbudowa Szkoły Podstawowej w Strachocinie wraz z zagospodarowaniem terenu”, numer referencyjny: GKI.271.204.2022.G.Ch. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 23 listopada 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 2022/BZP 00453372/01.

28 lutego 2023 r. Zamawiający powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę M. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: IPSUM INVEST M. Ł. . Wykonawca E. U. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: BSHaus E. U. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie na powyższa czynność, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 239 ust. 1 Pzp oraz 223 ust. 1 i 2 Pzp. oraz 118 ust. 4 Pzp. oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp polegające na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę IPSUM INVEST M. Ł. (dalej: „IPSUM”) w sytuacji, gdy oferta złożona przez tego wykonawcę powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na niespełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu,
- 2) art. 224 ust. 1 i 6 Pzp, polegające na zaniechaniu przez Zamawiającego wezwania wykonawcy IPSUM do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, w sytuacji, gdy oferowana cena przez wykonawcę była niższa od oszacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego w stopniu budzącym wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia,

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczenia wykonawcy IPSUM jako niespełniającego warunków postępowania.

W zakresie postępowania dowodowego Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów:

- 1) oferta wykonawcy IPSUM - na okoliczność niezgodności oferty wykonawcy z warunkami postępowania, wysokości oferowanej ceny realizacji zadania publicznego,

- 2) protokół odbioru robót Rampa z 30 grudnia 2020 r. - na okoliczność braku spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu,
- 3) pozwolenie na budowę nr 863/2016 z 28 grudnia 2016 r. - na okoliczność braku spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu,
- 4) projekt budowlany „Adaptacja budynku wieży wodnej oraz budynku dawnej rampy wyładowniczej na funkcje obiektu "Rampa Kultura" w Goleniowie - na okoliczność braku spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu,
- 5) wezwanie od Zamawiającego do wykonawcy z 3 lutego 2023 - na okoliczność braku spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu
- 6) SWZ postępowania - na okoliczność warunków postępowania, wymagań co do udziału w postępowaniu stawianych potencjalnym wykonawcom,
- 7) Załącznik nr 4 do SWZ p.n. Przebudowa i rozbudowa Szkoły Podstawowej w Strachocinie wraz z zagospodarowaniem terenu. Zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia - IPSUM INVEST M. Ł. – na okoliczność braku spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu
- 8) protokół postępowania wraz z załącznikami – na okoliczność niezgodnego z przepisami wyboru przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę IPSUM.

W uzasadnieniu pierwszego zarzutu Odwołujący wskazał m.in., że Zamawiający w warunkach udziału w postępowaniu określonych w SWZ wskazał m.in. następujący warunek:

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, tj. dotyczące:
 - 4) zdolności technicznej lub zawodowej
 - a) Warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zrealizował co najmniej jedno zamówienie o wartości zamówienia nie mniejszej niż 2 500 000,00 zł brutto, którego przedmiotem była budowa lub rozbudowa lub przebudowa budynku użyteczności publicznej w technologii drewna klejonego lub technologii tradycyjnej /wypełnić wg załącznika nr 5/

Wykonawca IPSUM celem wykazania spełnienia tego warunku przedłożył wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego tj. INTRAX S.C. P. B., M. Ł., który swoje

doświadczenie oraz potencjał wywiódł z realizacji zadania publicznego pod nazwą Rampa-kultura - stworzenie wielofunkcyjnej przestrzeni w centrum miasta Goleniów i nadanie jej nowych funkcji społeczno-kulturalnych poprzez rewitalizację zdegradowanej infrastruktury pokolejowej. Jednocześnie Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia oferty poprzez wskazanie: Proszę określić przy wskazanej inwestycji „sensu stricte” wartość brutto robót budowlanych których przedmiotem była budowa lub rozbudowa lub przebudowa budynku użyteczności publicznej. W odpowiedzi wykonawca przedłożył protokół odbioru robót, bez wskazania wartości robót budowlanych. W ocenie Odwołującego, tak udzielona odpowiedź na wezwanie zamawiającego, nie może być uznana za rozwianie wątpliwości zamawiającego, gdyż nie stanowiła odpowiedzi na jego pytanie. Na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp zamawiający może w toku badania i oceny ofert żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących nie tylko treści złożonych ofert, lecz także – co stanowi w tym miejscu odmienną od regulacji Prawa zamówień publicznych z 2004 r. – przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. W języku polskim słowo „wyjaśnić” oznacza „uczynić coś zrozumiałym”, „podać powody, motyw”. Zastosowanie instytucji wyjaśnień wymaga zatem wystąpienia po stronie zamawiającego wątpliwości, a ich zaistnienie powinno wynikać z uzasadnionych przesłanek, w szczególności z dowodu przedstawionego przez innego wykonawcę, czy też sytuacji, gdy zamawiający samodzielnie nie jest w stanie ustalić rzeczywistej woli wykonawcy. Nie każda niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia podlega wyjaśnieniu czy poprawieniu w odpowiednim trybie i instrumenty te nie mogą zwalniać wykonawcy, będącego profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, z obowiązku sporządzenia oferty w sposób kompletny, pozbawiony sprzeczności i zrozumiały. Procedura wyjaśniania treści oferty nie może co do zasady skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą się więc sprowadzać do wskazania sposobu rozumienia treści zawartej w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Wyjaśnienia wykraczające poza wskazany zakres nie mogą mieć wpływu na ocenę ofert. Funkcjonalny sposób rozumienia przez Prawo zamówień publicznych pojęcia oferty każe przyjąć, że wyjaśnienia, o których mowa, mogą dotyczyć nie tylko oświadczenia woli wykonawcy, ale również załączników, które powinny być traktowane jako integralna część oferty. Podobnie jak w stosunku do samego oświadczenia woli wyjaśnienia nie mogą jednak zmieniać treści dokumentu. Tym samym, uznać należy samo dołączenie przez wykonawcę nowego dowodu za niedopuszczalne. Wykonawca zobowiązany był przez Zamawiającego do wyjaśnienia treści załączonego dowodu, a nie do dołączenia kolejnych. Ten sposób rozumienia przepisu potwierdza wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z 4.07.2003 r., UZP/Z0/0-936/03, niepubl., w którym uwzględniając odwołanie, stwierdzono: „Zamawiający może, ale nie musi, z tego uprawnienia skorzystać (...). Jednakże (...) zamawiający winien dochować należytej staranności i zwrócić się o

wyjaśnienie treści złożonej oferty (...), jeżeli istnieją ku temu przesłanki”. Nieudzielenie przez wykonawcę wyjaśnień żądanych przez zamawiającego nie jest zagrożone żadną szczególną sankcją, skutkuje natomiast podjęciem przez zamawiającego decyzji w toku oceny ofert na podstawie wiedzy, jaką posiada, bez uzyskania wyjaśnień. Przepis, wskazując jedyny dopuszczalny sposób komunikowania się zamawiającego z wykonawcą w zakresie wyjaśniania treści oferty, uniemożliwia tym samym przyjęcie jakichkolwiek wyjaśnień treści oferty, które nie były żądane przez zamawiającego, złożonych z własnej inicjatywy przez wykonawcę.

Następnie Odwołujący podał, że Zamawiający w dniu 3 lutego 2023 roku wezwał wykonawcę do wyjaśnień w zakresie przedstawianego doświadczenia z zaznaczeniem wątpliwości co do tego odnosi się ono do obiektu użyteczności publicznej. Zamawiający wymagał, aby obiekt, podlegający przebudowie, na którego realizację powołuje się wykonawca, był wcześniej obiektem użyteczności publicznej. Tylko przebudowa istniejącego budynku użyteczności publicznej, bez zmiany jego charakteru w zakresie użyteczności publicznej, może być uznana za spełniającą wymagania SWZ co do doświadczenia. W ocenie odwołującego, przebudowa w ramach zadania Adaptacja budynku wieży wodnej oraz budynku dawnej rampy wyladowniczej na funkcje obiektu "Rampa-Kultura", na którą jako doświadczenie powołuje się wykonawca IPSUM, nie spełnia wymogów postawionych w SWZ przez zamawiającego z uwagi na fakt, iż nie był to budynek użyteczności publicznej. Przez budynek użyteczności publicznej rozumie się budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny – zgodnie z zapisami § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury dnia 12 kwietnia 2002r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z 2022 r., poz. 1225), natomiast, jak można wyczytać w pozwoleniu na budowę udzielonym w ramach realizacji tego zadania obejmowało ono m.in.: „przebudowę, rozbudowę, remont oraz zmianę sposobu użytkowania budynku dawnej wieży ciśnień na budynek użyteczności publicznej oraz zmianę sposobu użytkowania istniejących budynków magazynowo-przeładunkowych z podpiwniczeniem na obiekty do działalności w zakresie kultury”. Podobny wniosek wysnuć można z lektury projektu budowlanego, z którego wynika wprost, że inwestycja, której realizacja miała dowodzić potencjału wykonawcy do realizacji zadania publicznego, nie spełnia wymogów

SWZ. Żaden bowiem z elementów tej realizacji, nie dotyczył budynku użyteczności publicznej – a taki był podstawowy wymóg zamawiającego. Tym samym, wykonawca IPSUM na żadnym etapie postępowania nie wykazał, żeby posiadał doświadczenie w realizacji inwestycji polegającej na budowie budynku użyteczności publicznej lub jego rozbudowie. Samo to stanowi bezwzględną przesłankę dla zamawiającego do odrzucenia takiej oferty oraz wykluczenia wykonawcy jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto, wykonawca IPSUM powołując się na potencjał podmiotu trzeciego, w Załączniku nr 4 do SWZ p.n. *Przebudowa i rozbudowa Szkoły Podstawowej w Strachocinie wraz z zagospodarowaniem terenu. Zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia*, w żaden sposób nie wykazał w jaki sposób ten podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia, chociaż obowiązek wykazania precyzyjnego zakresu realizowanych przez użyczający potencjału podmiot trzeci, wprost wynika z przepisów Pzp. Art. 118 ust. 4 Pzp określa jakie informacje powinny znaleźć się w szczególności w zobowiązaniu podmiotu trzeciego. Na podstawie treści zobowiązania zamawiający powinien uzyskać pewność, że wykonawca odwołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału do zasobów innego podmiotu, realnie będzie uprawniony do korzystania z tych niezbędnych zasobów, na potrzeby realizacji zamówienia. Co więcej, zamawiający powinien uzyskać w ten sposób szczegółową wiedzę dotyczącą obszarów, w jakich realizacja zamówienia będzie się odbywała przy udziale zasobów innego podmiotu, umożliwiającą egzekwowanie poprawnej realizacji zamówienia, zgodnie z deklarowanym przez wykonawcę zobowiązaniem innego podmiotu. Tylko szczegółowe określenie zakresu i sposobu zobowiązania innego podmiotu, przedstawione przez wykonawcę umożliwia zamawiającemu podjęcie decyzji w zakresie uznania kwalifikacji tego wykonawcy w odniesieniu do realizacji zamówienia, a co za tym idzie ocenę wykonawcy w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Za niewystarczające należy uznać przedstawienie wyłącznie formalnego oświadczenia o zobowiązaniu podmiotu trzeciego do udostępnienia jego zasobów wykonawcy, jeżeli na podstawie informacji zawartych w tym oświadczeniu nie można stwierdzić, że wykonawca będzie faktycznie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w sposób pozwalający na spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Jednocześnie Odwołujący stwierdził, że doświadczenie, na które powołuje się podmiot trzeci w ofercie wykonawcy IPSUM nie potwierdza spełnienia wymogu określonego w SWZ. Zamawiający wymagał, aby doświadczenie dotyczyło jednego zamówienia o wartości zamówienia nie mniejszej niż 2 500 000,00 zł brutto, którego przedmiotem była budowa lub rozbudowa lub przebudowa budynku użyteczności publicznej w technologii

drewna klejonego lub technologii tradycyjnej. Jak wynika z przedłożonego protokołu odbioru, zakres prac dotyczył dwóch obiektów: rampy rozładunkowej oraz wieży, przy czym nie sposób uznać, przebudowę rampy rozładunkowej za przebudowę budynku. Zgodnie z brzmieniem § 3 pkt 6) rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, przez budynek użyteczności publicznej należy rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny. Rampa zaś jest to pomost ustawiony najczęściej wzdłuż ściany hali przemysłowej, w porcie, kopalni, stacji kolejowej itp., ułatwiający załadunek i wyładunek materiałów, ludzi, zwierząt; także pochylnia ułatwiająca pokonanie różnicy poziomów i jako obiekt tego typu wypełnia zakresem definicje określoną w art. 3 pkt 9) ustawy prawo budowlane, który kwalifikuje wszelkie rampy (w tym kolejowe) jako urządzenia budowlane, czyli urządzenia techniczne związane z obiektem budowlanym, zapewniające możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, jak przyłącza i urządzenia instalacyjne, w tym służące oczyszczaniu lub gromadzeniu ścieków, a także przejazdy, ogrodzenia, place postojowe i place pod śmietniki. Z kolei wartość zamówienia, w zakresie przebudowy wieży wynosiła 2 320 236,32zł, a więc kwotę niższą niż wymagana przez Zamawiającego. Brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu prowadzi do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, przy czym wykluczenie wykonawcy jest czynnością ostateczną, a przed jej dokonaniem na zamawiającym ciążyą ustawowe obowiązki zmierzające do ustalenia, czy wykonawca wymaganych zdolności zawodowych nie posiada. Mogą to być np. obowiązki ustanowione w art. 128 ust. 1 i 4 Pzp dotyczące wezwania do złożenia wyjaśnień co do przedłożonego wykazu osób bądź jego uzupełnienia lub poprawienia.

W uzasadnieniu drugiego zarzutu Odwołujący wskazał, że wykonawca IPSUM w złożonej ofercie, wskazał, iż wykona je za cenę brutto 6 822 838,90 zł. Zamawiający określił wartość zamówienia na kwotę 7 323 383,68 zł brutto, a więc kwotę znacznie wyższą niż szacunki wykonawcy, a wykonawca w swojej ofercie powinien skalkulować nie tylko koszt realizacji zadania, ale także swoją marżę oraz uwzględnić inne okoliczności, które mogą mieć wpływ na koszt realizacji kontraktu, takie jak wzrost cen materiałów, odpływ pracowników w wyniku konfliktu w Ukrainie itp. Wskazanie przez Wykonawcę tak niskiej

ceny, szczególnie w sytuacji rynkowej i geopolitycznej, które nakazują szacowanie wartości robót z dużą dozą ostrożności, powinno wzbudzić u zamawiającego uzasadnione wątpliwości co do możliwości faktycznego wykonania zamówionych prac budowlanych po wskazanej cenie. Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp badanie czy oferta (lub jej istotna część składowa) nie zawiera rażąco niskich cen lub kosztów, musi zostać przez zamawiającego przeprowadzone w każdym przypadku, gdy „wydaje się”, że cena lub koszt są rażąco niskie. Ustawodawca nie przesądza przy tym, czy badanie poziomu kosztu ma miejsce tylko wtedy, gdy koszt jest kryterium zastępującym cenę (cena stanowi jeden z wielu składników szerszego kryterium kosztu), czy także wówczas, gdy koszt ten jest odrębnym od ceny kryterium. Nakaz badania kosztu tylko wtedy, gdy stanowi on składnik kumulatywnego kryterium, a pominięcie tego nakazu, gdy jest to kryterium kosztu oceniane samoistnie (odrębnie od pozostałych kosztów – w tym kosztu nabycia, czyli ceny), mieści się w jednej z wielu możliwych językowych wykładni przepisu. Jednakże różnicowanie zasad badania realności wskazywanych w ofercie kosztów w zależności od sposobu ich ujęcia (całościowego lub zindywidualizowanego) byłoby niezrozumiałe. Należy się więc opowiedzieć za poglądem, że zawsze, gdy koszt budzi wątpliwości zamawiającego, powinien być zbadany niezależnie od sposobu jego prezentacji żądanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny zobowiązują do dokonania czynności określonych w dalszych przepisach art. 2 Pzp. Zwrot „wydaje się” jest skierowany do zamawiającego jako podmiotu, którego obowiązkiem jest badanie i ocena ofert. Wbrew językowej definicji „wydaje się” nie odnosi się do sfery odczuć („wydawać się” to „wywołać jakieś wrażenie” – Słownik języka polskiego PWN, red. S. Dubisz, Warszawa 2003, s. 574), lecz do sfery wiedzy. Zamawiający, dokonując oceny ofert, musi ją odnieść do realiów rynkowych i na ich podstawie ocenić, czy wrażenie rażąco niskiego poziomu ceny lub kosztu jest trafne i zobowiązuje do wyjaśnienia. Wobec braku ustawowego zdefiniowania pojęcia ceny rażąco niskiej w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że konieczne jest porównanie ceny ofertowej do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia oraz do cen innych ofert złożonych w postępowaniu, do cen rynkowych, jak również do średniej cen ofert. Punktami odniesienia w określeniu rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: 1) wartość przedmiotu zamówienia; 2) ceny innych ofert złożonych w postępowaniu z wyjątkiem tych, których cena obliczona jest błędnie lub które złożono po terminie, oraz 3) wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych, jakimi dysponują członkowie komisji zamawiającego. Przepis art. 90 ust. 1 p.z.p. zobowiązuje zamawiającego do zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy zarówno wtedy, gdy cena lub koszt wydają się rażąco niskie, jak i wtedy, gdy budzą wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia. Są to przesłanki rozłączne. Może się więc okazać, że cena nie budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia za zaproponowane wynagrodzenie,

gdyż status ekonomiczny wykonawcy nie grozi wadliwym wykonaniem lub niewykonaniem umowy nawet przy konieczności poniesienia straty. Jednakże ocena statusu finansowego wykonawcy jest bez znaczenia przy badaniu ceny rażąco niskiej i mimo że przesłanka wątpliwości co do możliwości wykonania w odniesieniu do przedmiotu zamówienia jest wątpliwa. (Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz Opublikowano: WKP 2021). Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do elementów składowych oferowanej ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. W ocenie Odwołującego, nie jest możliwe uzyskanie tak niskiej ceny, w obecnych warunkach rynkowych, co musiałoby skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy IPSUM INVEST w oparciu o art. 224 ust. 6 Pzp. Zaniechanie Zamawiającego miało więc, w istocie, znaczny wpływ na wynik postępowania.

W załączeniu Odwołujący złożył pozwolenie na budowę nr 863/2016 z dnia 28 grudnia 2016 r. oraz projekt budowlany „Adaptacja budynku wieży wodnej oraz budynku dawnej rampy wyładowniczej na funkcje obiektu "Rampa-Kultura" w Goleniowie.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał w pierwszej kolejności, że Odwołujący nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia. Zgodnie z art. 505 Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zatem interes w uzyskaniu zamówienia sprowadza się do możliwości udzielenia- uzyskania konkretnego zamówienia. Zamawiający w tym zakresie zgadza się ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonej m.in. w wyroku z dnia 17 maja 2018 r., w którym Izba wskazała, że „interes przywołany w art. 179 ust. 1 p.z.p. (art. 505 ust. 1 aktualnie obowiązującej p.z.p. – przypis redakcyjny) nie jest interesem materializującym się w ochronie ogólnie pojętej praworządności i korygowania nieprawidłowości działań czy też zaniechań zamawiającego, lecz interesem mającym na celu ochronę konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu, ukierunkowanym na uzyskanie przez tego wykonawcę stanu, w którym dany wykonawca będzie mógł uzyskać dane zamówienie” (sygn. akt KIO 840/18 LEX nr 2536351).

Sposób wykazywania interesu jest uzależniony od czynności bądź zaniechania Zamawiającego, która stanowi podstawę wnoszenia odwołania. Przedmiotem rozpatrywanego odwołania jest rzekomo bezpodstawny wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę IPSUM INVEST M. Ł. (dalej: IPSUM). Wobec tego konieczne jest wykazanie, że gdyby ww. Wykonawca został odrzucony, to Odwołujący miałby realne szanse

na uzyskanie zamówienia. Wykazanie powyższego możliwe jest wyłącznie wówczas, gdy skuteczne zakwestionowanie wyboru oferty IPSUM będzie połączone ze skutecznym zakwestionowaniem zaniechania odrzucenia oferty firmy EDA-KARBUD Usługi budowlane E. S., ul. Słowackiego 17b/3, 73-110 Stargard. W rozpatrywanym stanie faktycznym, oferta Odwołującego zajmuje trzecie, a więc ostatnie miejsce w rankingu złożonych ofert. Co za tym idzie, Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie, ale dopiero w następstwie odrzucenia oferty uplasowanej na drugim miejscu. W zaistniałej sytuacji nawet w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego nie uzyska statusu najwyższej ocenionej, co wskazuje na brak realnego interesu w uzyskaniu zamówienia. Zamawiający jako za własne uznaje w tym zakresie stanowisko wyartykułowane w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 października 2020 r. (KIO sygn. akt: 2540/20). Podobnie jak w prowadzonym postępowaniu, także w tamtej sprawie wykonawca, którego oferta zajęła trzecie miejsce w rankingu ofert, wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego w tym postępowaniu. W odwołaniu Wykonawca podniósł zarzuty dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym zarzucił zamawiającemu bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy. Odwołujący nie zakwestionował oferty bezpośrednio poprzedzającej jego ofertę (tj. oferty z drugiego miejsca w rankingu ofert). Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej Wykonawca uznał więc, że jego sytuacja nie wymaga w tym zakresie ochrony. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej jedynie podniesienie w odwołaniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy z drugiego miejsca oraz zarzutów dotyczących oferty najkorzystniejszej, w przypadku uwzględnienia odwołania, dawałoby odwołującemu szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W uzasadnieniu wyroku czytamy m.in. „Po pierwsze, legitymacja do wniesienia odwołania badana jest na moment jego wniesienia. Po drugie, odwołanie jest środkiem ochrony prawnej, którego celem jest uzyskanie zamówienia, przy czym za utrwalony w orzecznictwie należy uznać pogląd, iż interes w uzyskaniu zamówienia to możliwość uzyskania zamówienia oraz, że odwołanie jest środkiem ochrony prawnej nakierowanym na poprawę sytuacji odwołującego się wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Sytuacja wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje odzwierciedlenie w pozycji, jaką zajmuje jego oferta w rankingu wszystkich złożonych ofert”. Izba ustaliła więc, że na obecnym etapie postępowania, podniesione przez odwołującego zarzuty nie mają wpływu na jego sytuację, wobec czego odwołujący nie jest uprawniony do wniesienia odwołania (sygn. akt KIO 2540/20 LEX nr 3097198). Konsekwencją powyższego jest brak legitymacji materialnej, o jakiej stanowi art. 505 ust. 1 p.z.p., co stanowi samodzielną przesłankę oddalenia odwołania i prowadzi do braku potrzeby merytorycznej oceny zarzutów.

W odniesieniu do pierwszego zarzutu odwołania Zamawiający wskazał m.in., że w wyniku uwzględnienia pierwszego odwołania wniesionego w ramach postępowania, dokonał unieważnienia czynności wyboru i ponowił ocenę ofert. W wyniku takiego działania, Zamawiający wezwał wykonawcę IPSUM do uzupełnienia oraz wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych. Jak zauważa sam Odwołujący, w związku z wątpliwościami interpretacyjnymi, Zamawiający w dniu 3 lutego 2023 r. wystąpił do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w zakresie inwestycji obejmującej dwa elementy – Rampa-Kultura i Twierdza Design. Zamawiający w tym celu skorzystał z art. 128 ust. 1 p.z.p. i wezwał Wykonawcę do określenia czy obiekty posiadały status budynków użyteczności publicznej oraz dodatkowo o wyjaśnienie wartości robót obiektu Twierdza Design. Wykonawca ustosunkował się do wskazanego wezwania i w dniu 13 lutego 2023 r. przedłożył wyjaśnienia, w których wprost wyjaśnił wątpliwe kwestie, tj.:

- 1) wyjaśnił, że oba obiekty kwalifikują się do kategorii obiektów użyteczności publicznej, natomiast celem potwierdzenia złożonych wyjaśnień dołączył oficjalne referencje (poświadczenie) wystawione przez Gminę Goleniów,
- 2) wyjaśnił rozbieżność w kwocie jaką Zamawiający przyjmował za wartość robót budynku Twierdza Design, wskazując, że wynika ona z nieuwzględnienia Aneksu do zadania Twierdzy Design w podsumowaniu Protokołu Końcowego Obioru Robót nr 16, bowiem został wyszczególniony w tabeli jako osobna pozycja.

Zamawiający stwierdził, że w treści odwołania brakuje informacji na temat zaktualizowanej wersji referencji w postaci poświadczenia wystawionego w dniu 10 lutego 2023 r. przez Gminę Goleniów. Tymczasem z przywołanego dokumentu wynika wprost, że robota budowlana zrealizowana przez podmiot udostępniający zasoby INTRAX S.C. P. B., M. Ł. polegała na „budowie i rozbudowie budynków użyteczności publicznej”. Dodatkowo, z treści wskazanego pisma wynika, iż wartość zadania inwestycyjnego „Twierdza Design” wynosiła 2.500.136,22 zł brutto. Rzeczony dokument stanowił dla Zamawiającego fundamentalne potwierdzenie, iż podmiot, na zasoby którego się powołuje Wykonawca w zakresie wymaganego doświadczenia spełnia warunek udziału w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego podmiotem, który ma pełną wiedzę zarówno na temat wartości robót jak i charakteru obiektów, których jest właścicielem jest w tym przypadku Gmina Goleniów. Skoro Gmina Goleniów potwierdziła, że referencyjne roboty budowlane dotyczyły obiektów użyteczności publicznej i odpowiadały wartości robót opisanych w warunku, to Zamawiający nie może takich informacji kwestionować. Zgodnie z oceną Krajowej Izby Odwoławczej wyrażoną w wyroku z dnia 14 września 2015 r., która nadal zachowuje aktualność, „z przepisu art. 26 ust. 4 p.z.p. (art. 128 ust. 4 aktualnie obowiązującej p.z.p. – przypis redakcyjny) nie wynika zakaz wielokrotnego wzywania do wyjaśnienia treści dokumentów.

Wydaje się, że - podobnie jak ma to miejsce w przypadku wzywania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. (art. 128 ust. 1 aktualnie obowiązującej p.z.p. – przypis redakcyjny) - uprawnione jest wielokrotne wzywanie do złożenia wyjaśnień, chociażby w sytuacji, w której kolejne wezwanie dotyczy okoliczności innych niż poprzednie wezwanie, bądź gdy poprzednie wezwanie było nieprecyzyjne, czy przekazane w odpowiedzi na nie informacje wzbudziły dalsze wątpliwości zamawiającego” (sygn. akt KIO 1879/15, LEX nr 1931904). Ponadto, Zamawiający przy dokonywaniu badania spełniania warunków udziału w postępowaniu obowiązany jest uwzględniać wszystkie okoliczności danej sprawy oraz ma prawo wyjaśniać wszystkie wątpliwe kwestie. Co za tym idzie, Zamawiający nie może oceniać i uwzględniać przedłożonych dokumentów wybiórczo według własnego uznania, wobec czego nie może być mowy o naruszeniu przepisów art. 223 ust. 1 Pzp a tym bardziej art. 223 ust. 2 Pzp, który traktuje o obowiązku poprawiania omyłek w ofertach Wykonawców.

Następnie Zamawiający stwierdził, że należy zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż w ślad za art. 118 ust. 2 Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących (...) doświadczenia Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane (...), do realizacji których te zdolności są wymagane. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 września 2021 r. „podmiot trzeci zobowiązany jest do zrealizowania robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu w sytuacjach określonych art. 118 ust. 2 Pzp zobowiązany jest zatem do zaangażowania podmiotu trzeciego w sposób rzeczywisty i bezpośredni w realizację tego przedmiotu zamówienia. Celem ww. przepisu jest, aby udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie został wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia. Wskazać należy, iż przepisy ustawy z 2019 r. Prawo zamówień publicznych wymagają zatem, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów”. Natomiast nie sposób zgodzić się ze zdaniem Odwołującego, jakoby „obowiązek wykazania precyzyjnego zakresu realizowanych przez udostępniający potencjału podmiot trzeci, wynikał wprost z przepisów Pzp. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia nie jest wykazem robót specyfikowanych np. jako przewidziane do realizacji przez podwykonawców. Z treści złożonego wraz z ofertą zobowiązania podpisanego przez obydwu współników wynika jednoznacznie, że spółka cywilna zobowiązuje się do osobistego uczestnictwa przy realizacji zamówienia w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia. Tak określony sposób zaangażowania potencjału podmiotu trzeciego, być może nie odpowiada akademickim wzorcom dotyczącym tego rodzaju deklaracji, ale jednoznacznie

oddaje intencje wykonania robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia przez podmiot trzeci. W tych okolicznościach Zamawiający uznał, iż nie ma potrzeby dodatkowego weryfikowania sposobu udostępniania przedmiotowego potencjału. Dodatkowym argumentem, który musi być wzięty pod uwagę jest to, że wspólnikiem spółki cywilnej będącej tzw. podmiotem trzecim jest sam Pan M. Ł., a więc wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. W ocenie Zamawiającego, jest to istotna okoliczność, której nie sposób pominąć przy analizie dokumentu jakim jest zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby. Niedopuszczalne jest dokonywanie oceny złożonego dokumentu wyłącznie pod względem formalnym, w oderwaniu od rzeczywistych uwarunkowań danego postępowania. Co za tym idzie, zdaniem Zamawiającego, sam fakt osobistego uczestnictwa w realizacji przedmiotowego zamówienia Wykonawcy w osobie Pana M. Ł. prowadzącego jednoosobową działalność gospodarczą, będącego jednocześnie wspólnikiem spółki cywilnej INTRAX S.C. P. B., M. Ł. potwierdza, że stosunek łączący Wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów.

Uwzględniając wyżej wskazane okoliczności, zdaniem Zamawiającego, należy uznać, że wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany przy poszanowaniu wszystkich przepisów Pzp, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą, a więc przedstawiającą najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny, wykazał należyte spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wobec czego nie doszło do naruszenia art. 239 Pzp.

W odniesieniu do drugiego zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia art. 224 ust. 1 i 6 Pzp Zamawiający stwierdził, że Odwołujący rozpoczynając wywód w zakresie wyliczenia ceny wskazał, że „Zamawiający określił wartość zamówienia na kwotę 7 323 383,68 zł brutto”. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, bowiem nie można utożsamiać wartości szacunkowej (netto) i wartości jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (brutto), które to wartości nie muszą się pokrywać – co ma miejsce w prowadzonym postępowaniu. Przywołana w odwołaniu kwota nie jest szacunkową wartością zamówienia. Przywoływana kwota została udostępniona przez Zamawiającego przed otwarciem ofert i stanowi kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Natomiast wartość szacunkowa została ustalona z należytą starannością i wyniosła 5 553 509,04 zł netto. Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp „w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z

okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia". Zamawiający dokonał obliczeń na podstawie art. 224 ust 1 pkt 1 Pzp w wyniku których ustalono, że wartość szacunkowa wynosi 6 830 816,12 zł brutto, która pomniejszona o 30% osiąga 4 781 571,28 zł brutto. Co za tym idzie, żadna ze złożonych ofert nie jest niższa o co najmniej 30% od wskazanej wartości. Druga z przesłanek dotyczy średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Wyliczona średnia arytmetyczna wynosi 7 214 479,63 zł brutto. Pomniejszona o 30% tak wyliczona kwota stanowi wartość 5 050 135,74 zł brutto. Zamawiający byłby zobowiązany do zwrócenia się do Wykonawców o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych w sytuacji, gdyby wartość oferty była mniejsza od 4 781 571,28 zł brutto lub 5 050 135,74 zł brutto. Uwzględniając poczynione wyliczenia, Zamawiający nie powziął uzasadnionych wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, wobec czego nie mógł przystąpić do procedury wyjaśniającej. Przytoczone okoliczności wpłynęły na pewność Zamawiającego co do właściwego oszacowania wartości zamówienia oraz poziomu rynkowego zaoferowanych cen.

Do pisma zostały załączone: Wezwanie z dnia 03 lutego 2023 r., Odpowiedź Wykonawcy z dnia 13 lutego 2023 r. wraz ze zaktualizowanymi dokumentami referencyjnymi.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego w tym załączone do odpowiedzi na odwołanie oraz dowody załączone do odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane przez Strony, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej stosownie do przepisu art. 505 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby nie można podzielić stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania. Zamawiający nie wykazał, że wykonawca, którego oferta plasuje się obecnie na drugiej pozycji rankingu ofert był już wzywany do

złożenia podmiotowych środków dowodowych. Jak natomiast wynika z rozdziału VII pkt 1 i 2 SWZ: 1. *W celu wstępnego potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w Rozdziale VI SWZ oraz potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale V SWZ, Wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenia aktualne na dzień ich złożenia, o których mowa w art. 125 Pzp, tj. oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, sporządzone zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ oraz oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, sporządzone zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ (...).* 2. *W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia, o których mowa w Rozdziale VI SWZ Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, działając na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni terminie aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych: (...).* W związku z tym w myśl postanowień SWZ podmiotowe środki dowodowe składa wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona. W sytuacji, gdy potwierdzą one brak podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu to oferta tego wykonawcy zostaje wybrana jako najkorzystniejsza. Dopiero zatem w razie skutecznego podważenia tego wyboru w drodze środków ochrony prawnej badaniu podlega kolejna najwyżej oceniona oferta. Okoliczność zatem, iż aktualnie oferta Odwołującego plasuje się na trzeciej pozycji, nie pozbawia go interesu we wniesieniu odwołania. Odwołujący ma bowiem szansę uzyskania zamówienia, w następstwie odrzucenia oferty uplasowanej na drugim miejscu. W razie bowiem skutecznego zakwestionowania wyboru oferty IPSUM i wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a następnie wyboru oferty firmy EDA-KAR-BUD Usługi budowlane E. S., Odwołujący mógłby skorzystać ze środków ochrony prawnej na tę czynność. Skutecznie zakwestionowanie przez Odwołującego takiego wyboru stwarzałoby mu szansę uzyskania zamówienia.

Wykonawca E. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EDA-KAR-BUD Usługi Budowlane E. S. skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, stając się uczestnikiem postępowania.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający pismem z 3 lutego 2023 roku wezwał wykonawcę IPSUM do wyjaśnień w zakresie przedstawianego doświadczenia wskazując:

Warunkiem udziału w postępowaniu było m.in. wykazanie się doświadczeniem w zrealizowaniu co najmniej jednego zamówienia o wartości zamówienia nie mniejszej niż 2

500 000,00 zł brutto, którego przedmiotem była budowa lub rozbudowa lub przebudowa budynku użyteczności publicznej w technologii drewna klejonego lub technologii tradycyjnej.

W SWZ wskazano, że pod pojęciem budynku użyteczności publicznej rozumie się budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny – zgodnie z zapisami § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury dnia 12 kwietnia 2002r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z 2022 r., poz. 1225).

Innymi słowy, referencyjne roboty budowlane musiały polegać bądź na wybudowaniu budynku użyteczności publicznej bądź rozbudowie lub przebudowie istniejącego obiektu, który miał charakter budynku użyteczności publicznej.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych przedstawiono dwie inwestycje:

1. Budynek mieszkalny, wielorodzinny realizowany na zlecenie Goleniowskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego. Przedmiotowe zamówienie nie było brane pod uwagę do oceny doświadczenia, ponieważ obiekt mieszkalny nie jest budynkiem użyteczności publicznej w myśl przywołanej powyżej definicji.
2. Rampa – kultura – stworzenie wielofunkcyjnej przestrzeni w centrum miasta Goleniów. Przedmiotowe zamówienie zostało pierwotnie uznane za spełniające wymagania wynikające z SWZ, ale w wyniku wniesionego odwołania Zamawiający powziął wątpliwość co do charakteru przedmiotowego zamówienia.

Inwestycja składała się z dwóch elementów, tj. obiektu Rampa - Kultura i obiektu Twierdza Design. Z treści złożonych do tej pory dokumentów w odniesieniu do obiektu Rampa- Kultura wynika, że obiekt spełnia wymagania dotyczące wartości robót, ale nie wynika, czy obiekt ten przed wykonaniem robót budowlanych miał status budynku użyteczności publicznej o jakim mowa w warunku udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe prosimy o złożenie wyjaśnień, czy obiekt Rampa - Kultura przed wykonaniem robót budowlanych miał charakter budynku użyteczności publicznej zgodnie z definicją wskazaną w SWZ.

Z treści złożonych do tej pory dokumentów w odniesieniu do obiektu Twierdza Design, czyli Wieży wynika, że wartość robót budowlanych wynosiła 2.320.236,32 zł brutto. W tych okolicznościach wartość robót jest niższa niż wymagania SWZ. Dodatkowo, z dokumentów nie wynika, by przedmiotowy obiekt miał charakter budynku użyteczności publicznej jeszcze przed realizacją inwestycji.

Mając na uwadze powyższe prosimy o złożenie wyjaśnień, czy obiekt Twierdza Design przed wykonaniem robót budowlanych miał charakter budynku użyteczności publicznej zgodnie z definicją wskazaną w SWZ oraz wnosimy o wyjaśnienie na jakiej podstawie wykonawca twierdzi, że wartość robót w odniesieniu do przedmiotowego obiektu wynosi 2.500.000,00 zł brutto.

W określonym terminie wykonawca IPSUM złożył pismo z 13 lutego 2023 r., w którym podał: Niniejszym pismem celem rozwiania jakichkolwiek wątpliwości Wykonawca przedkłada Zamawiającemu oficjalne Referencje uzyskane od Gminy Goleniów, które potwierdzają zarówno fakt o tym, że budynki są i były budynkami użyteczności publicznej oraz potwierdzają wartości poszczególnych zadań. Rozbieżnością w kwocie jaką Zamawiający przyjmuje za wartość robót na budynku Twierdza Design jest nie uwzględnienie w podsumowaniu Protokołu Końcowego Odbioru Robót nr 16 Aneksu do zadania Twierdzy Design, który jest w tabeli wyszczególniony jako osobna pozycja. Mam nadzieję, że oficjalna Referencja rozwiewa wszelkie wątpliwości co do spełnienia przez Wykonawcę warunków SWZ dotyczących zdolności technicznej.

Do pisma zostały załączone Referencje Rama i Twierdza Design, w których zostało wskazane:

Gmina Goleniów, Plac Lotników I w Goleniowie poświadcza, że firma INTRAX S.C. P. B., M. Ł. z siedzibą przy ul. Milczańskiej 30A pok. 204, 70-107 Szczecin realizowała zadania budowlane polegające na przebudowie i rozbudowie budynków użyteczności publicznej pod nazwą „Rampa — kultura — stworzenie wielofunkcyjnej przestrzeni w centrum miasta Goleniów i nadanie jej nowych funkcji społeczno-kulturalnych poprzez rewitalizację zdegradowanej infrastruktury pokolejowej” i „Nadanie nowych funkcji kulturalnych i społecznych obiektowi wieży wodnej w Goleniowie — Twierdza Design”.

W ramach zawartej umowy nr 818/2019 z dnia 15.05.2019 r. wraz z późniejszymi aneksami, zostały zrealizowane następujące roboty budowlane i instalacyjne:

Rampa-Kultura

- roboty rozbiórkowe: demontaż istniejącego pokrycia dachu, demontaż istniejącej żelbetowej konstrukcji podestu rampy, demontaż istniejących słupów drewnianych konstrukcji dachu, demontaż istniejących biegów schodowych, demontaż istniejących*

ścian działowych, demontaż stolarki drzwiowej i okiennej, demontaż istniejących posadzek, odbicie starych tynków, demontaż instalacji elektrycznej oraz sanitarnych, wywóz wraz z utylizacją gruzu i odpadów.

- *roboty budowlane konstrukcyjne i wykończeniowe: roboty ziemne, roboty żelbetowe (fundamenty tradycyjne, słupy, stropy, podciągi, schody wewnętrzne i zewnętrzne, rampa przy budynku), wymiana zdegradowanych elementów konstrukcji drewnianej, wykonanie i montaż konstrukcji stalowych (podciągi, schody, słupy, barierki), roboty murowe (ściany nośne i działowe z bloczków z betonu komórkowego), roboty izolacyjne: hydroizolacje (izolacja ciężka dwuskładnikowa, iniekcja krystaliczna, szlam mineralny), termoizolacje (wełna mineralna), akustyczne (ścianki mobilne, ustroje ścienne i sufitowe akustyczne), montaż stolarki drzwiowej (aluminiowej, drewnianej, stalowej), montaż stolarki okiennej (drewniana, aluminiowa), roboty tynkarskie (tynk gipsowy), roboty posadzkarskie, wykonanie zabudów w systemie suchej zabudowy (przedścianką, sufit podwieszany), licowanie ścian i podłóg płytkami ceramicznymi, wykonanie okładzin podłóg wykładzinami pcv, roboty malarskie, roboty elewacyjne (renowacja istniejącej elewacji ceglanej), roboty ślusarskie (balustrady wewnętrzne i zewnętrzne), wykonanie pokrycia dachu ok. 1260 m² (papa termozgrzewalna), podłoga sportowa ok. 362 m², wykonanie sufitu napinanego.*
- *zagospodarowanie terenu: wykonanie chodników, dróg i parkingów (montaż obrzeży, montaż krawężników, wykonanie podbudowy, ułożenie bruku), rozłożenie czarnoziemu wraz z sianiem trawy siewem.*
- *roboty instalacyjne branży sanitarnej: zewnętrzne: instalacja kanalizacji deszczowej, instalacja kanalizacji sanitarnej, przyłącze wodociągowe, sieć ciepłownicza, wewnętrzne: instalacja kanalizacji sanitarnej, instalacja wodociągowa, instalacja przeciwpożarowa, instalacja centralnego ogrzewania, instalacja ciepła technologicznego, instalacja ciepłej wody użytkowej instalacja wentylacji mechanicznej, instalacja klimatyzacji.*
- *roboty instalacyjne branży elektrycznej i teletechnicznej: zewnętrzne: przyłącze elektryczne, przyłącze teleinformatyczne, instalacja oświetlenia terenu, wewnętrzne: instalacja gniazd elektrycznych, instalacja oświetlenia (podstawowego, awaryjnego, ewakuacyjnego), wykonanie tablic rozdzielczych, instalacja okablowania teleinformatycznego, instalacja systemu SSWIN, instalacja nagłośnienia sali teatralnej.*

Twierdza-Design

- *roboty rozbiórkowe: demontaż istniejącego pokrycia dachu, demontaż istniejącego stropu, demontaż istniejących biegów schodowych, demontaż istniejących ścian działowych, demontaż stolarki drzwiowej i okiennej, demontaż istniejących posadzek,*

odbicie starych tynków, demontaż instalacji elektrycznej oraz sanitarnych, wywóz wraz z utylizacją gruzu i odpadów.

- *roboty budowlane konstrukcyjne i wykończeniowe: roboty ziemne, roboty żelbetowe (fundamenty tradycyjne, stropy, schody wewnętrzne), wymiana zdegradowanych elementów konstrukcji drewnianej, wykonanie i montaż konstrukcji stalowych (klatka schodowa, bariery), roboty murowe (działowe z bloczków z betonu komórkowego), roboty izolacyjne: hydroizolacje (izolacja ciężka dwuskładnikowa, iniekcja krystaliczna, szlam mineralny), termoizolacje (wełna mineralna), montaż stolarki drzwiowej (aluminiumowej, drewnianej, stalowej), montaż stolarki okiennej (drewniana, aluminiumowa), roboty tynkarskie (tynk gipsowy), roboty posadzgarskie, wykonanie zabudów w systemie suchej zabudowy (przedścianką, sufit podwieszany), licowanie ścian i podłóg płytkami ceramicznymi, wykonanie okładzin podłóg wykładzinami PCV, roboty malarskie, roboty elewacyjne (renowacja istniejącej elewacji ceglanej), roboty ślusarskie (balustrady wewnętrzne), wykonanie pokrycia dachu ok. 162 m² (blacha tytan-cynk na rąbek stojący).*
- *zagospodarowanie terenu: wykonanie chodników, dróg i parkingów (montaż obrzeży, montaż krawężników, wykonanie podbudowy, ułożenie bruku), rozłożenie czarnoziemu wraz z sianem trawy siewem.*
- *roboty instalacyjne branży sanitarnej: zewnętrzne: instalacja kanalizacji deszczowej, instalacja kanalizacji sanitarnej, przyłącze wodociągowe, sieć ciepłownicza, wewnętrzne: instalacja kanalizacji sanitarnej, instalacja wodociągowa, instalacja przeciwpożarowa, instalacja centralnego ogrzewania, instalacja ciepłej wody użytkowej.*
- *roboty instalacyjne branży elektrycznej i teletechnicznej: zewnętrzne: przyłącze elektryczne, przyłącze teleinformatyczne, instalacja oświetlenia terenu, wewnętrzne: instalacja gniazd elektrycznych, instalacja oświetlenia (podstawowego, awaryjnego, ewakuacyjnego), wykonanie tablic rozdzielczych, instalacja okablowania teleinformatycznego, instalacja systemu oddymiania klatki schodowej.*

TERMIN REALIZACJI: 20.05.2019r. - 30.11.2020r.

WARTOŚĆ ZADANIA RAMPA-KULTURA: 8 521 163,27 zł netto/10 481 030,82 zł brutto.

WARTOŚĆ ZADANIA TWIERDZA DESIGN: 2 032 631,15 zł netto/2 500 136,32 zł brutto.

ŁĄCZNA WARTOŚĆ ZADANIA INWESTYCYJNEGO: 10 553 794,42 zł netto/12 981 167,14 zł brutto.

PODSTAWOWE DANE TECHNICZNE PO PRZEBUDOWIE:

Rampa-Kultura

- Powierzchnia zabudowy: 926,24 m²
- Powierzchnia całkowita: 1072,53 m²
- Powierzchnia użytkowa: 1014,16 m²
- Kubatura: 6229,87 m³
- Powierzchnie utwardzone: 1719,20 m²

Twierdza-Design

- Powierzchnia zabudowy: 78,97 m²
- Powierzchnia całkowita: 243,79 m²
- Powierzchnia użytkowa: 263,68 m²
- Kubatura: 1424,50 m³

Powierzchnie utwardzone: 995,20 m²

Gmina Goleniów poświadczają, że inwestycja została wykonana należyście, budowlanego i prawidłowo ukończona.

Zobowiązanie podmiotu, na którego zasoby się powołuje do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia, według wzoru opracowanego przez Zamawiającego stanowiącego załącznik do SWZ, zostało złożone przez wykonawcę IPSUM w brzmieniu:

Po zapoznaniu się z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacją warunków zamówienia obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji na potrzeby wykonania zamówienia p.n. „Przebudowa i rozbudowa Szkoły Podstawowej w Strachocinie wraz z zagospodarowaniem terenu”.

Ja(/My) niżej podpisany(/ni) P. B. i M. Ł. będąc

(imię i nazwisko składającego oświadczenie)

upoważnionym(/mi) do reprezentowania:

INTRAX S.C. P. B., M. Ł., ul. Mieszka I 63/64 71-011 Szczecin, NIP 955-247-71-18

(nazwa i adres podmiotu oddającego do dyspozycji zasoby)

o s w i a d c z a m(y), że wyżej wymieniony podmiot, stosownie do art. 118 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), udostępni Wykonawcy:

IPSUM INVEST M. Ł., ul. Dolina Słońca 16/4, 72-003 Bezrzecze,

NIP 851-298-78-12, REGON 321504166

(nazwa i adres Wykonawcy składającego ofertę)

*do dyspozycji w trakcie realizacji zamówienia
niezbędne zasoby*

*Zakres zasobów, jakie udostępniamy
wykonawcy:*

Zdolność techniczna w zakresie zrealizowania co najmniej jednego zamówienia o wartości zamówienia nie mniejszej niż 2 500 000,00 zł brutto, którego przedmiotem była budowa lub rozbudowa lub przebudowa budynku użyteczności publicznej w technologii drewna klejonego lub technologii tradycyjnej. (należy wyspecyfikować udostępniane zasoby)

- 1. Sposób wykorzystania ww. zasobów przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia: Osobiste uczestnictwo przy realizacji przedmiotu zamówienia*
- 2. Zakres i okres udziału przy wykonywaniu zamówienia: Przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia*
- 3. Zrealizujemy następujące usługi/ roboty wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia:
.....*
- 4. Charakter stosunku, jaki będzie łączył nas z Wykonawcą: Umowa cywilno-prawna*

W związku z powyższym oddajemy do dyspozycji ww. zasoby w celu korzystania z nich przez Wykonawcę – w przypadku wyboru jego oferty w przedmiotowym postępowaniu i udzieleniu mu zamówienia – przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia.

Treść dokumentu uwzględnia również oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2022 r., poz. 835 ze zm.).

Niniejsze oświadczenie potwierdza ww. okoliczności na dzień składania ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu w części dotyczącej zobowiązania podmiotu trzeciego. W pozostałym zakresie odwołanie podlega oddaleniu.

Ad zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp oraz 223 ust. 1 i 2 Pzp oraz 118 ust. 4 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) polegający na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę IPSUM

Na wstępie, tytułem ogólnej uwagi, zauważenia wymaga, że, jak słusznie zauważył Zamawiający, Odwołujący zakwestionował dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy IPSUM INVEST M. Ł. podnosząc, że wskazany Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, wskazując, iż takie żądanie jest nieuprawnione z uwagi na to, iż niespełnienie warunków udziału w postępowaniu stanowi podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp.

Następnie stwierdzenia wymaga, że jakkolwiek ww. przesłanka odrzucenia oferty wykonawcy IPSUM nie została wypełniona, bowiem nie potwierdziły się zarzuty odwołania w części odnoszącej się do braku spełniania przez referencyjne zadanie, wskazane w wykazie robot p.n. Rampa – kultura – stworzenie wielofunkcyjnej przestrzeni w centrum miasta Goleniów i nadanie jej nowych funkcji społeczno – kulturalnych poprzez rewitalizację zdegradowanej infrastruktury pokolejowej i Nadanie nowych funkcji kulturalnych i społecznych obiektowi wieży wodnej w Goleniowie - "Twierdza Design", to jednak zarzut zasługuje na uwzględnienie w tej części, w której dotyczy zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, który był wykonawcą tego zadania, tj. INTRAX S.C. P. B., M. Ł. .

Zamawiający w dniu 3 lutego 2023 r. wystąpił do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w zakresie inwestycji obejmującej dwa elementy – Rampa-Kultura i Twierdza Design, wskazując na wątpliwości co do tego, czy obiekty posiadały status budynków użyteczności publicznej przez wykonaniem robót oraz dodatkowo o wyjaśnienie wartości robót obiektu Twierdza Design. Wykonawca IPSUM ustosunkował się do wskazanego wezwania i w dniu 13 lutego 2023 r. przedłożył wyjaśnienia, w których wyjaśnił te kwestie, tj., że oba obiekty kwalifikują się do kategorii obiektów użyteczności publicznej, na potwierdzenie swoich twierdzeń dołączając poświadczenie z 10 lutego 2023 r., wystawione przez Gminę Goleniów, na rzecz której roboty były wykonywane, w których zostało wskazane, że przedmiotowe zadanie budowlane polegało na budowie i rozbudowie budynków użyteczności publicznej. Nadto wyjaśnił wartość robót budynku Twierdza Design, wskazując, że wynika ona z nieuwzględnienia przez Zamawiającego Aneksu do tego zadania w podsumowaniu Protokołu Końcowego Obioru Robót nr 16, który został wyszczególniony w tabeli jako osobna pozycja.

Z treści załączonej ww. referencji wynika, że wartość zadania inwestycyjnego „Twierdza Design” wynosiła 2.500.136,22 zł brutto.

W związku z tym należy uznać, iż Zamawiający miał podstawy, aby uznać, że podmiot, na zasoby którego powołuje się wykonawca IPSUM w zakresie wymaganego doświadczenia, spełnia warunek udziału w postępowaniu, przy czym jak wynika z protokołu odbioru końcowego robót dotyczącego rampy oraz wieży, złożonego przez Odwołującego, wartość robót budowlanych tylko dotyczących rampy przekraczała wymaganą przez Zamawiającego wielkość, a zatem potwierdzała spełnienie warunku udziału w postępowaniu także co do wartości.

W ocenie Izby okoliczność, iż na wezwanie Zamawiającego do wskazania wartości brutto robót budowlanych których przedmiotem była budowa lub rozbudowa lub przebudowa budynku użyteczności publicznej, Odwołujący złożył również ww. protokół odbioru końcowego robót dotyczącego rampy, z którego wynikała żądana przez wartość robót budowlanych, w miejsce ich pełnego opisu z podaniem wartości, nie oznacza, że wykonawca nie wyjaśnił wątpliwości Zamawiającego. Wykonawca udzielił odpowiedzi, w wyniku której Zamawiający pozyskał oczekiwaną informację.

Zaznaczenia w tym zakresie wymaga, że nie można podzielić stanowiska Odwołującego, w którym sugeruje, że rampa, o której mowa w referencjach, na które powołuje się wykonawca IPSUM, jako pomost winna być kwalifikowana, jako urządzenie budowlane. Jak wynika bowiem z informacji zawartej na str. 10 przedstawionego przez Odwołującego dowodu w postaci projektu budowlanego „Adaptacja budynku wieży wodnej oraz budynku dawnej rampy wyładowniczej na funkcje obiektu „Rampa-Kultura” w Goleniowie: „ZESTAWIENIE POWIERZCHNI I POMIESZCZEŃ – STAN ISTNIEJĄCY” w piwnicy znajduje się część biurowo-socjalna oraz część klubowa o łącznej powierzchni użytkowej 305,84 m². Podobnie jest na parterze, gdzie również znajduje się część biurowo-socjalna oraz część klubowa o łącznej powierzchni użytkowej 644,61 m². Jest zatem oczywistym, że inwestycja nie dotyczyła pomostu, lecz budynku.

Tym samym za sprzeczne z tym dokumentem należy uznać stanowisko Odwołującego, który wbrew treści złożonych w sprawie dokumentów stwierdził, że żaden z elementów tej realizacji nie dotyczył budynku użyteczności publicznej. Jak stwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, faktem powszechnie znanym w Goleniowie jest to, iż w budynku rampy przez szereg lat funkcjonował klub muzyczny „Rampa”, stąd w inwentaryzacji budynku występują części klubowe. Nadto wbrew twierdzeniom Odwołującego ze złożonego przez niego projektu budowlanego wynika, że referencyjna rampa jest budynkiem. Okoliczność, że przez jakiś

czas według twierdzeń Zamawiającego nie była użytkowana nie zmienia tego statusu. W związku z tym należy zgodzić się z Zamawiającym, że z dowodu przedstawionego przez Odwołującego wynika, że budynek rampy był przeznaczony na potrzeby kultury oraz na cele biurowo-socjalne, a zatem stosownie do przepisu § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, był budynkiem użyteczności publicznej jeszcze przed przebudową.

Inaczej należy natomiast ocenić stanowisko Zamawiającego dotyczące treści zobowiązania podmiotu udostępniającego wykonawcy IPSUM swoje zasoby.

Zgodnie z art. 118 ust. 2 Pzp: *W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.*

Stosownie do art. 118 ust. 4 Pzp: *Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:*

- 1) zakres dostępnych dla wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;*
- 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;*
- 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.*

Powyższe wskazuje, że jakkolwiek w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczących m.in. zdolności technicznych lub zawodowych, jest możliwe powoływanie się na potencjał innego podmiotu, to jednak wykonawca musi wykazać zamawiającemu dysponowanie zasobami tego podmiotu, co w przypadku robot budowlanych oznacza jego rzeczywiste zaangażowanie tego podmiotu w wykonanie zamówienia.

W związku z tym wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu jest zobowiązany udowodnić, że stosunek łączący go z podmiotem udostępniający swoje zasoby gwarantuje rzeczywisty do nich dostęp. Składane przez wykonawcę zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, stanowiące podmiotowy środek dowodowy, zawierające oświadczenie

woli tego podmiotu, nie może mieć zatem jedynie charakteru formalnego. Musi ono potwierdzać, że wykonawca będzie miał rzeczywisty dostęp do określonych zasobów przez czas niezbędny do realizacji zamówienia. W przypadku robót budowlanych zobowiązanie powinno zawierać oświadczenie co do tego czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby zrealizuje roboty, do realizacji których te zdolności są wymagane. Od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego jako profesjonalistów, wymaga się działania z należytą starannością, w tym stosowania się do obowiązujących przepisów prawa oraz wymogów określonych przez Zamawiającego w SWZ.

Przechodząc od tych rozważań na grunt analizowanej sprawy należy stwierdzić, iż zobowiązanie podmiotu udostępniającego wykonawcy IPSUM swoje zasoby nie spełnia ww. wymogów. Skoro Zamawiający opracował załącznik nr 4 i wymagał przedstawienia oświadczeń woli według tego wzoru, to rolą wykonawcy było zastosowanie się do określonych w nim oczekiwań, zaś obowiązkiem Zamawiającego wyegzekwowanie obowiązku nałożonego na wykonawców.

W związku z tym nie można zaakceptować stanowiska Zamawiającego, z którego wynika bagatelizowanie treści, złożonego przez wykonawcę IPSUM, zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, w tym w szczególności pominięcie, że pomimo brzmienia ww. przepisów Pzp oraz treści załącznika nr 4, zobowiązanie to nie zawiera w szczególności wskazania zakresu udziału podmiotu udostępniającego zasoby przy wykonywaniu zamówienia, jak też wskazania robót wchodzących w zakres zamówienia jakie zrealizuje ten podmiot. Samo wskazanie czasu, tj. *Przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia*, jak też wskazanie jako sposób wykorzystania zasobów przy wykonywaniu zamówienia na: *Osobiste uczestnictwo przy realizacji przedmiotu zamówienia* nie może być uznane za wystarczające. Tym bardziej, że złożony przez wykonawcę IPSUM wykaz osób nie zawiera nazwiska wspólnika spółki cywilnej, jak też Zamawiający nie wykazał, że ma wiedzę, jaką rolę przy realizacji referencyjnego zadania pełnili poszczególni wspólnicy.

W ocenie Izby okoliczność, iż wspólnikiem spółki cywilnej będącej tzw. podmiotem udostępniającym zasoby jest Pan M. Ł., a więc wykonawca IPSUM, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, bez złożenia wymaganego oświadczenia także przez wspólnika, sama w sobie nie niweczy braków złożonego zobowiązania do udostępnienia zasobów i wbrew ocenie Zamawiającego nie jest wystarczająca do samodzielnego stwierdzenia przez niego, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów.

W związku z tym konieczne jest wezwanie wykonawcy IPSUM do uzupełnienia tego dokumentu, co powinno nastąpić na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, który stanowi: 1. *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. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby stanowi podmiotowy środek dowodowy, a zatem podlega ono uzupełnieniu na wezwanie wystosowane przez Zamawiającego. W ocenie Izby nie może być bowiem uznane za ww. uzupełnienie przekazanie przez Zamawiającego w dniu wyznaczonym na posiedzenie i rozprawę samodzielnie złożonego przez wykonawcę IPSUM oświadczenia: Uzupełnienie oświadczenia złożonego wraz z ofertą (...).

W konsekwencji należy uznać, że wybór przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy, bowiem nastąpiło to wbrew obowiązkowi wezwania wykonawcy, którego oferta została wybrana, do wykazania rzeczywistego dysponowania zasobami podmiotu udostępniającego zasoby, co było konieczne dla pełnego uznania spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę.

Ad zarzut nr 2 naruszenia art. 224 ust. 1 i 6 Pzp

Zauważenia wymaga, że wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez Zamawiającego wynosi 5 553 509,04 zł netto. Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 7 323 383,68 zł brutto. Cena oferty wykonawcy IPSUM wynosi 6 822 838,90 zł brutto. Ceny brutto pozostałych ofert złożonych w postępowaniu wynoszą: oferta EDA-KAR-BUD Usługi budowlane E. S. - 7 170 000,00 zł; oferta „BSHaus” E. U. - 7 650 600,00 zł.

Powyższe wskazuje, iż nie ma racji Odwołujący, stwierdzając w petitum odwołania, że cena oferty wykonawcy IPSUM jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia określonej przez Zamawiającego. Jest ona natomiast niższa od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, jednak nie w stopniu spełniającym kryterium procentowe, o którym mowa w art. 224 ust. 2 Pzp. W postępowaniu nie została zatem spełniona przesłanka wystąpienia o wyjaśnienia, o której mowa w tym przepisie, tj. cena oferty wykonawcy IPSUM nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przez wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej ofert złożonych w postępowaniu nie podlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Pzp.

Stosownie do art. 555 Pzp Izba orzeka w granicach zarzutów odwołania. Na zarzut odwołania składa się nie tylko wskazana przez odwołującego podstawa prawna, ale przede wszystkim wskazane przez niego okoliczności faktyczne.

Odwołujący, chociaż to na nim w tym zakresie spoczywał ciężar dowodu, nie wykazał, aby w okolicznościach analizowanej sprawy Zamawiający był zobowiązany powziąć wątpliwości co do ceny oferty wykonawcy IPSUM. Nie wykazał, że cena ta jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub, że powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Nie wskazał konkretnych okoliczności, które miałyby przemawiać za istnieniem rzeczywistych wątpliwości co do realności ceny oferty tego wykonawcy.

Odwołujący nie wykazał, dlaczego jego zdaniem w obecnych warunkach rynkowych nie jest możliwe zaoferowanie takiej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, np. z uwagi na rodzaj i zakres przewidzianych do realizacji robót. Przedstawione w odwołaniu ogólnikowe twierdzenia w tym zakresie ze wskazaniem na obecną sytuację geopolityczną czy wojnę w Ukrainie, jak też teoretyczne wywody, w tym przedstawiające sposób rozumienia sformułowania „wydaje się”, nie mogą być uznane za wystarczające do stwierdzenia zarzucanego Zamawiającemu zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do elementów składowych oferowanej ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Jak wynika ze stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie, nie powziął on uzasadnionych wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę oferty wykonawcy IPSUM, wobec czego nie mógł przystąpić do procedury wyjaśniającej.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp: *Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.* Przepis ten nie określa okoliczności, które mogą powodować po stronie zamawiającego wątpliwości, wskazuje natomiast na to, że w sytuacji, gdy takie poweźmie, jest obowiązany zażądać od wykonawców wyjaśnień. Oznacza to, że w razie, gdy w wyniku analizy cen złożonych w postępowaniu ofert, dokonanej z uwzględnieniem w szczególności cen na rynku, własnego doświadczenia przy udzielaniu podobnych zamówień, specyfiki zamówienia, nie powstaną

po jego stronie takie wątpliwości nie ma on obowiązku wystąpienia do wykonawcy o wyjaśnienia ceny jego oferty.

W sytuacji zatem, gdy Zamawiający, nie powziął takich wątpliwości, a Odwołujący nie wykazał, że powinien je powziąć, nie wystąpiła podstawa do wystąpienia o wyjaśnienia.

W związku z tym zarzut naruszenia przepisu art. 224 ust. 1 Pzp a także przepisu art. 224 ust. 6 Pzp, który stanowi, iż *odrzuconiu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu*, nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców*. W analizowanej sprawie jedynie w części stwierdzono zarzucane przez Odwołującego naruszenia przepisów Pzp, co musiało skutkować w tej części uwzględnieniem odwołania, natomiast oddaleniem odwołania w zakresie zarzutów, których zasadność nie została wykazana przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. W analizowanej sprawie biorąc pod uwagę liczbę i wagę zarzutów Izba uwzględniła odwołanie w 1/2. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem Odwołujący w 1/2 i Zamawiający w 1/2. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 10 000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy oraz wynagrodzenie i koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę Zamawiającego w wysokości 4006,60 z. Łącznie koszty postępowania wyniosły 17 606,60 zł. Odwołujący poniósł koszty w wysokości 13 600, 00 zł, a obciążały go koszty w wysokości 8 803,30 zł. Zamawiający poniósł koszty w wysokości 4 006,60 zł, a obciążały go koszty w wysokości 8 803,30 zł. W związku z powyższym Izba nakazała Zamawiającemu zapłatę na rzecz Odwołującego kwoty 4 796,70 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania

odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: