

Sygn. akt: KIO 2245/17

WYROK

z dnia 9 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **VIK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, ul. Piekarnicza 7, 98-100 Łask** oraz **S.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S.W. „VIK-BUD”, ul. Piekarnicza 7, 98-100 Łask** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich, ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź**

przy udziale **wykonawcy A.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZAB-BUD Z.A., ul. Nowosielecka 14A/3, 00-466 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich, ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy A.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZAB-BUD Z.A., ul. Nowosielecka 14A/3, 00-466 Warszawa, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.3.3.1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;**
- 2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich, ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **VIK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, ul. Piekarnicza 7, 98-100 Łask** oraz **S.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S.W. „VIK-BUD”, ul. Piekarnicza 7, 98-100 Łask**, tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **Zamawiającego: Miasta Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich, ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź**, kwotę **23 998 zł 88 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące dziewięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych osiemdziesiąt osiem groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **VIK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, ul. Piekarnicza 7, 98-100 Łask** oraz **S.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S.W. „VIK-BUD”, ul. Piekarnicza 7, 98-100 Łask**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu pełnomocnika na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Rewitalizacja Obszarowa Centrum Łodzi – Projekt 1 Przebudowa i remont konserwatorski zespołu budynków wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną przy ul. Jaracza 26 w systemie „zaprojektuj i wybuduj.”*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 lipca 2017 r. poz. 2017/S 140-286902. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579; dalej „Ustawa”), wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy.

W dniu 25 października 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - VIK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łasku oraz S.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S.W. „VIK-BUD” z siedzibą w Łasku na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

W odwołaniu podniesiono, że Zamawiający z naruszeniem przepisów Ustawy bezpodstawnie uznał, że wykonawca ZAB-BUD Z.A. (dalej jako „ZAB-BUD”) spełnia warunek udziału w postępowaniu posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, zaniechał wezwania wykonawcy ZAB-BUD do uzupełnienia dokumentów potwierdzających samodzielne spełnienie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia oraz bezpodstawnie dokonał wyboru oferty wykonawcy ZAB-BUD. Odwołujący zarzucił, iż na skutek ww. czynności i zaniechań Zamawiającego doszło do naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2) Ustawy w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3), art. 22a ust. 4 Ustawy oraz art. 26 ust. 3 Ustawy.

Z uwagi na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwania ZAB-BUD do uzupełnienia dokumentów potwierdzających samodzielne spełnienie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia oraz dokonania czynności ponownego badania ofert. Odwołujący wniósł także o zasądzenie zwrotu kosztu wniesienia wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa procesowego według faktur przedstawionych przez pełnomocnika na rozprawie.

Uzasadniając podnoszone zarzuty Odwołujący wskazał, iż wykonawca ZAB-BUD w punkcie 10 formularza ofertowego oświadczył, że przedmiotowe zamówienie zrealizuje przy udziale podwykonawcy - Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego "KARTEL" S.A. (dalej jako „KARTEL”) i zleci mu wykonanie części zamówienia, tj. prace konserwatorskie. Wykonawca ZAB-BUD do oferty załączył zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia zasobów w postaci zdolności technicznej lub zawodowej oraz wypełniony formularz JEDZ dotyczący tego podmiotu. Zdaniem Odwołującego zobowiązanie podmiotu trzeciego ma szerszy zakres niż zadeklarowane przez ZAB-BUD w ofercie podwykonawstwo tego podmiotu w wykonaniu prac konserwatorskich, gdyż obejmuje także deklarację uczestnictwa w wykonaniu nieskonkretyzowanych prac rewitalizacyjnych. Odwołujący wskazał, iż oświadczenie wykonawcy ZAB-BUD zawarte w formularzu ofertowym, jako oświadczenie wykonawcy, posiada przymiot pierwszeństwa wobec deklaracji KARTEL, zatem mimo deklaracji zawartej w zobowiązaniu, podwykonawca został ograniczony w możliwości udziału w realizacji zamówienia do wykonania wyłącznie prac konserwatorskich. W tym kontekście Odwołujący zwrócił uwagę, iż w części ogólnej programu funkcjonalno-użytkowego („PFU”) na stronie 4 w pkt 1.1.3 Zamawiający podał definicję prac konserwatorskich, przez które należy rozumieć *„działania mające na celu zabezpieczenie i utrwalenie substancji zabytku, zahamowanie procesów jego destrukcji oraz dokumentowanie tych działań.”*

Odwołujący zaznaczył, że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.3.3.1 SIWZ, ZAB-BUD wskazał wyłącznie robotę wykonaną przez KARTEL, czyli przez podmiot udostępniający mu swoje doświadczenie. Wykonawca nie wskazał własnego doświadczenia. Jednocześnie w pkt 10 formularza ofertowego wykonawca ZAB-BUD oświadczył, że temu podmiotowi w formie podwykonawstwa zleci wykonanie wyłącznie prac konserwatorskich. Zatem w ocenie Odwołującego mamy do czynienia z taką sytuacją, że wymagane doświadczenie, niezbędne do wykonania przedmiotowego zamówienia, posiada tylko podmiot KARTEL, ale ze względu na oświadczenie wykonawcy zawarte w formularzu ofertowym, ten podmiot wykonać może wyłącznie prace konserwatorskie, zatem, pozostały zakres zamówienia przypada do wykonania wykonawcy ZAB-BUD, który nie wykazał żadnego własnego doświadczenia. Dlatego też zdaniem Odwołującego Zamawiający uznając, że ZAB-BUD wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia i może ubiegać o uzyskanie przedmiotowego zamówienia, naruszył art. 22 ust 1 pkt 2) w związku art. 22 ust. 1b pkt 3) Ustawy, bowiem wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku.

Ponadto Odwołujący wskazał, że wykonanie przez podwykonawcę prac konserwatorskich i wykonanie przez ZAB-BUD pozostałej części zamówienia byłoby niezgodne z art. 22a ust. 4 Ustawy. Odwołujący podkreślił, iż w pkt 6.3.3.1 SIWZ

Zamawiający zażądał wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem polegającym na wykonaniu jednej roboty budowlanej o wartości nie mniejszej niż 6.600.000,00 PLN brutto, polegającej na przebudowie lub remoncie konserwatorskim budynku lub zespołu budynków wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną wpisanego do rejestru zabytków lub do gminnej ewidencji zabytków. Takim doświadczeniem, pozwalającym na wykonanie całego zakresu zamówienia, wykazał się podmiot KARTEL, zatem to ten podmiot winien wykonać przedmiot zamówienia publicznego, co nie jest możliwe. Odwołujący stwierdził, że w zaistniałym stanie faktycznym, zgodnie z art. 22a ust. 4 i ust. 6 Ustawy, możliwa jest opcja, że ZAB-BUD zleca podwykonawcy wykonanie prac konserwatorskich, zgodnie z oświadczeniem zawartym w pkt 10 formularza ofertowego, zaś pozostały zakres zamówienia wykona samodzielnie, pod warunkiem, że po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów dokonany przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy, wykonawca ten wykaże, że spełnia warunek posiadania wymaganego doświadczenia. Nie jest natomiast możliwa do przeprowadzenia zaakceptowana przez Zamawiającego koncepcja, że prace konserwatorskie wykona podwykonawca, a pozostały zakres zamówienia wykona wykonawca ZAB-BUD. Zamawiający akceptując taki stan rzeczy zdaniem Odwołującego naruszył art. 22a ust. 4 Ustawy. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący powołał się na orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt. W ocenie Odwołującego wykonawca ZAB-BUD wykazał Zamawiającemu, że będzie dysponował doświadczeniem firmy KARTEL w zakresie wykonania prac konserwatorskich, ale nie wykazał, że będzie dysponował innym doświadczeniem tego podmiotu, niezbędnym do wykonania pozostałej części zamówienia.

Dodatkowo, w kontekście wskazywanych zarzutów, Odwołujący zwrócił uwagę na kwestię braku wykazania wymaganego w punkcie 6.3.3.1. SIWZ doświadczenia. Wskazał, iż Zamawiający żądał, aby robota, którą wykonawca wskaże na wykazanie spełnienia warunku w zakresie doświadczenia, polegała na przebudowie lub remoncie konserwatorskim budynku lub zespołu budynków wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną wpisanego do rejestru zabytków lub do gminnej ewidencji zabytków. Robota wykonana przez podwykonawcę KARTEL, wpisana do Wykazu robót budowlanych, nie polegała na wymaganym również zagospodarowaniu terenu. Fakt ten potwierdzają dokumenty złożone przez ZAB-BUD na wezwanie Zamawiającego z dnia 22 września 2017 r. W samym poświadczeniu wystawionym przez dyrektora Teatru Kwadrat w Warszawie brak jest jakiegokolwiek informacji o pracach obejmujących zagospodarowanie terenu, mimo, że drobiazgowo opisano rodzaje wykonanych robót, zaś w złożonej ósmej stronie projektu architektoniczno-budowlanego - opis techniczny, w pkt 3 zaznaczono, że nie planuje się ingerencji w zagospodarowanie działki. Oznacza to, że robota wskazana przez wykonawcę

ZAB-BUD Z.A. w Wykazie robót budowlanych nie wypełnia wymagań określonych w pkt 6.3.3.1 SIWZ.

Odwołujący wskazał, iż informacja zawarta w pkt 6.3.3.1 SIWZ, że zakres ww. robót winien obejmować co najmniej roboty ogólnobudowlane, konstrukcyjne oraz instalacyjne, nie zmienia rodzaju roboty budowlanej, której wykonaniem winien wykazać wykonawca, tj. przebudową lub remontem konserwatorskim budynku lub zespołu budynków wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną. Informacja powyższa uszczegóławia zakres istotnych dla Zamawiającego robót wykonanych w przebudowywanym lub remontowanym budynku. Powyższe oznacza, że wykonawca ZAB-BUD, także i przez powyżej wskazaną okoliczność, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, mimo załączenia zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia posiadanego doświadczenia nabytego przy wykonywaniu roboty budowlanej dla Teatru Kwadrat w Warszawie. KARTEL nie mógł udostępnić wykonawcy wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, bowiem sam takiego nie posiada, a przynajmniej nie wykazano tego doświadczenia złożonymi, wraz z ofertą i na wezwanie Zamawiającego, dokumentami.

Na koniec Odwołujący wskazał na zaniechanie wezwania przez Zamawiającego wykonawcy ZAB-BUD do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Ustawy.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołującemu w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Ustawy przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania, jako że spełnione zostały przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę A.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZAB-BUD Z.A. (dalej również jako „Przystępujący”) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 Ustawy.

Zamawiający w dniu rozprawy do akt sprawy złożył odpowiedź na odwołanie z dnia 8 listopada 2017 r., w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania jako bezzasadnego i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania. Zamawiający wskazał, iż podane przez ZAB-BUD w punkcie 10 formularza ofertowego prace konserwatorskie należy interpretować w sposób bardzo szeroki, w powiązaniu ze złożonym dokumentem w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego, gdzie wskazano na prace rewitalizacyjne oraz w kontekście złożonych przez ZAB-BUD w dniu 2.10.2017 r. wyjaśnień wskazujących na realizację przez KARTEL jako podwykonawcy prac rewitalizacyjnych. Nadto Zamawiający uznał, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony, ponieważ roboty budowlane „Remont i adaptacja dawnego kina Bajka na siedzibę Teatru Kwadrat w Warszawie” obejmowały swoim zakresem minimalny zakres wymaganego doświadczenia wykonawcy, tj. roboty ogólnobudowlane, konstrukcyjne oraz instalacyjne, a Zamawiający przy określeniu ww. warunku nie precyzował, iż zostanie on spełniony, jeżeli wykonawca wykaże realizację robót ogólnobudowlanych, konstrukcyjnych oraz instalacyjnych w budynku/zespole budynków oraz wykaże realizację robót ogólnobudowlanych, konstrukcyjnych oraz instalacyjnych w zakresie zagospodarowania terenu. Ponadto wskazał, iż w jego ocenie, w sytuacji gdy teren objęty robotą budowlaną wskazaną przez ZAB-BUD był całkowicie zabudowany, to należy uznać, że prace związane z remontem i adaptacją dawnego kina „Bajka” stanowiły utrwalenie istniejącego już zagospodarowania terenu.

Przystępujący w dniu rozprawy złożył do akt sprawy pismo datowane na 7 listopada 2017 r., w którym wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego i nieuwzględnianie zarzutów. W treści pisma podniósł, iż zobowiązanie KARTEL umożliwia udział tego podmiotu w realizacji zamówienia w bardzo szerokim zakresie, obejmuje szeroko rozumiane doradztwo, ale przede wszystkim podwykonawstwo, w tym w zakresie prac rewitalizacyjnych i konserwacyjnych jak również, że nie ma znaczenia, iż w formularzu ofertowym wskazano podwykonawstwo jedynie prac konserwacyjnych. Dodatkowo Przystępujący podkreślił, że w ramach wykazanej roboty budowlanej były wykonywane prace dotyczące zagospodarowania terenu, tj. demontaż i ponowny montaż chodnika przy odsłanianiu ław fundamentowych. Na potwierdzenie powyższego do pisma dołączył dowody w postaci protokołu końcowego odbioru robót wykonanych przez KARTEL oraz przedmiaru robót. Ponadto Przystępujący wskazał, iż nawet w przypadku uznania przez Izbę, że zachodzi potrzeba wezwania go do uzupełnienia dokumentów w zakresie wymaganego doświadczenia, to nie jest prawdą, że wezwanie to może dotyczyć wyłącznie przedstawienia dokumentów na potwierdzenie, że Przystępujący osobiście wykonał robotę budowlaną, kłóci się to bowiem z literalną treścią art. 22a ust. 6 Ustawy.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego i potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Przystępującego, ogłoszenia o wyniku postępowania, jak również z dokumentacji przedstawionej przez Przystępującego w załączeniu do pisma z dnia 7 listopada 2017 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 8 listopada 2017 roku, jak również przedstawione w złożonych pismach. Strony i Uczestnik postępowania na rozprawie podtrzymały w całości twierdzenia podnoszone w złożonych pismach.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 3 SIWZ przedmiotem zamówienia jest kompleksowe przeprowadzenie procesu inwestycyjnego, którego efektem będzie rewitalizacja nieruchomości zlokalizowanej w Łodzi przy ul. Jaracza 26, działka ewidencyjna nr 459/3. Zamówienie obejmuje: opracowanie dokumentacji projektowej inwestycji, uzyskanie uzgodnień i pozwoleń oraz realizację robót budowlanych związanych z przebudową istniejącej zabudowy wraz z zagospodarowaniem terenu w granicach działki oraz wykonania wszelkich czynności wymaganych przepisami ustawy – Prawo Budowlane (Dz. U. z 2017 r., poz. 1332 tj.) wraz z wykonaniem kompleksowej dokumentacji powykonawczej, a w tym m.in. inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej. Inwestycja jest elementem Rewitalizacji Obszarowej Centrum Łodzi - Projekt 1. [...] Oczekiwany rezultat rewitalizacji to podniesienie wartości materialnej i użytkowej zabudowy oraz zagospodarowania terenu działki z uwzględnieniem elementów małej architektury (poszerzenie zaplecza sportowego szkoły), infrastruktury, rekultywacji oraz zwiększenia udziału powierzchni biologicznie czynnej w ogólnym bilansie terenu.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w TOMIE III SIWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia („OPZ”) oraz Program funkcjonalno-użytkowy („PFU”) wraz z załącznikami oraz w TOMIE II – Formularz Aktu Umowy. W § 2 ust. 2 Formularza Aktu Umowy wyszczególniono zakres obowiązków wykonawcy, gdzie wskazano m.in. na obowiązek wykonania Robót Budowlanych niezbędnych do przebudowy, remontu konserwatorskiego i adaptacji do nowych funkcji na podstawie PFU zespołu budynków w ramach Rewitalizacji Obszarowej Centrum Łodzi (lit. d); zagospodarowania terenu nieruchomości wraz z niezbędnymi elementami infrastruktury technicznej zgodnie z PFU (lit. f); przebudowy oraz budowy sieci zewnętrznych i wewnętrznych oraz instalacji niezbędnych do funkcjonowania przedmiotu Umowy, w tym także przyłączy, zgodnie z jego

przeznaczeniem (lit. g); aranżacji zieleni poprzez ewentualną wycinkę drzew i krzewów i wykonanie nasadzeń zamiennych oraz zapewnienie 60 miesięcznego okresu pielęgnacji materiału roślinnego (lit. o).

W OPZ przedstawiono m.in. ogólny zakres robót budowlanych dotyczących budynku użyteczności publicznej (punkt 2.11 OPZ) obejmujący wzmocnienia i przebudowę konstrukcji, wykonanie wzmocnień ściany attykowej, miejscowe wyburzenia, renowację biegów schodów i balustrad, przebudowę instalacji centralnego ogrzewania z wykonaniem nowego węzła ciepłego, wymianę instalacji elektrycznej, likwidację instalacji gazowej, powiększenie zaplecza sportowego szkoły – wykorzystanie pomieszczenia, dostosowanie układu kanałów wentylacji grawitacyjnej do istniejących pomieszczeń, renowację posadzek, wymianę pokrycia dachu, wymianę odwodnienia dachu – rynien i rur spustowych, osuszenie murów i zastosowanie izolacji przeciwwilgociowej, wykonanie ocieplenia elewacji szczytowej budynku głównego od strony zachodniej, dachu oraz nad przejazdem bramowym, renowację stolarki lub wymianę, naprawę elewacji, posadzek i tynków wewnętrznych, montaż windy zewnętrznej, dostosowanie budynku do wymagań ochrony ppoż., konserwację detali architektonicznych – elewacje i wnętrza, wymianę instalacji elektrycznej, montaż tablicy informacyjnej zgodnie z wytycznymi programowymi UE (tablicę dostarczy Zamawiający), montaż tablicy pamiątkowej mosiężnej lakierowanej zgodnie z wytycznymi programowymi UE (tablicę dostarczy Zamawiający). W OPZ wyszczególniono także zakres prac związanych z zagospodarowaniem terenu (punkt 2.11.1 OPZ), który obejmował m.in.: wymianę nawierzchni i podbudowy powierzchni utwardzonej, zagospodarowanie terenu zielonego, wykonanie ogrodzenia, wykonanie oświetlenia zewnętrznego, budowę boiska, aranżację terenu zewnętrznego terenu rekreacyjnego, wyposażenie terenu rekreacyjnego w urządzenia siłowni zewnętrznej, wykonanie elementów małej architektury: ławki, kosze, aranżację terenu zielonego.

W PFU przedstawiono opis wymagań Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie przygotowania terenu budowy, architektury, konstrukcji, instalacji, wykończenia i wyposażenia, zagospodarowania terenu. Szczegółowy opis tych wymagań zawarty został w punkcie 2 Programu Funkcjonalno – Użytkowego Warunki Wykonania i odbioru robót budowlanych („PFU WWIORB”). Ponadto w punkcie 1.1.3. PFU WWIORB Zamawiający przedstawił definicje określeń podstawowych stosowanych w PFU, wskazując, co należy rozumieć pod pojęciem m.in. rewitalizacji, robót budowlanych, remontu, robót renowacyjnych, prac konserwatorskich, prac restauratorskich, rekultywacji.

W punkcie 6.1. SIWZ Zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykażą brak podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 (obligatoryjne podstawy wykluczenia) oraz art. 24 ust 5 Ustawy (fakultatywne

podstawy wykluczenia) oraz spełniają, na poziomie opisanym w SIWZ warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Ustawy.

W punkcie 6.3.3.1 SIWZ Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymagając, aby wykonawca wykazał, że wykonał należycie oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, jedną robotę budowlaną o wartości nie mniejszej niż 6.600.000,00 PLN brutto, polegającą na przebudowie lub remoncie konserwatorskim budynku lub zespołu budynków wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną wpisanego do rejestru zabytków lub do gminnej ewidencji zabytków. Zakres ww. robót winien obejmować co najmniej roboty ogólnobudowlane, konstrukcyjne oraz instalacyjne. Nadto Zamawiający wyjaśnił, iż pojęcia „*przebudowa*”, „*remont*” są zgodne z definicjami podanymi w art. 3, odpowiednio pkt 7a) i pkt 8) w ustawie z dnia 07.07.1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2017 poz. 1332).

W punkcie 6.4.1. i 6.4.2. SIWZ Zamawiający podkreślił, że Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W punkcie 6.4.4. SIWZ Zamawiający wskazał, iż w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W punkcie 7.1.2. SIWZ Zamawiający zawarł wymóg, aby wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby złożył jednolite dokumenty oraz zobowiązanie tego podmiotu do oddania swego zasobu na potrzeby wykonawcy składającego ofertę. W celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający żąda dokumentu, który określa w szczególności zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu; sposób

wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego; zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego; czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą.

Ponadto, jak wynika z punktu 7.3.1.2. oraz 7.3.1.3. SIWZ, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający żądał złożenia przez wykonawcę, którego ofertę najwyżej oceniono, wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Zamawiający wskazał, że tego rodzaju dowodami mogą być referencje, inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, inne dokumenty - jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów.

Przystępujący ZAB-BUD, którego wybór oferty Odwołujący zakwestionował, oświadczył w punkcie 10 Formularza ofertowego, iż zamówienie zrealizuje przy udziale podwykonawcy Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. z siedzibą w Jędrzejowie. Podając opis części zamówienia, które będą zlecone temu podwykonawcy Przystępujący wskazał prace konserwatorskie.

W załączonym do oferty zobowiązaniu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, firma KARTEL zobowiązała się do oddania na rzecz ZAB-BUD zasobów technicznych na potrzeby realizacji zamówienia. W treści ww. dokumentu firma KARTEL oświadczyła, co następuje:

1. odnośnie zakresu dostępnych wykonawcy zasobów: Remont i adaptacja dawnego kina Bajka na siedzibę Teatru Kwadrat w Warszawie.
2. odnośnie sposobu wykorzystania zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia:
 - Udostępnione zasoby w zakresie zdolności zawodowych pozostają w dyspozycji Wykonawcy w celu realizacji zamówienia. Mogą one zostać wykorzystane przez Wykonawcę w trakcie realizacji zamówienia w zależności od potrzeb Zamawiającego oraz Wykonawcy w formie przez niego wymaganej i koniecznej do należytego wykonania zamówienia w szczególności poprzez podwykonawstwo, doradztwo,

konsultacje, bądź w innej formie, którą Wykonawca uzna za niezbędną i konieczną w celu realizacji zamówienia;

3. Odnosnie zakresu i okresu udziału podmiotu udostępniającego zasoby przy wykonaniu zamówienia:
 - Zakres – w zakresie zgodnym z udostępnianą zdolnością techniczną, tj. uczestniczenie w wykonywanych pracach rewitalizacyjnych oraz konserwacyjnych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia oraz szeroko rozumiane doradztwo;
 - Okres – udział w realizacji przedmiotowego zamówienia przez cały czas jego wykonywania, zgodnie z potrzebami Wykonawcy i Zamawiającego, w tym w zakresie udostępnienia kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, w szczególności do realizacji prac objętych treścią niniejszego zobowiązania;
4. W związku z udostępnieniem zasobów, o których mowa w niniejszym zobowiązaniu firma Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. będzie brała udział w realizacji zamówienia.

W dokumencie JEDZ w Części II punkt C Przystępujący odpowiedział twierdząco na pytanie czy zamierza polegać na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych w części V JEDZ. Ponadto w Części II punkt D dotyczącej wskazania czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim, na których zdolności wykonawca nie polega, podwykonawstwo części zamówienia, wykonawca zaznaczył opcję „TAK” i wskazał jako podwykonawcę firmę Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. w zakresie prac konserwatorskich.

22 września 2017 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 Ustawy wezwał wykonawcę ZAB-BUD do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy. Zamawiający wezwał ww. wykonawcę m.in. do złożenia wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, sporządzony zgodnie z załączonym do pisma Formularzem nr 6, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Ponadto na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Zamawiający wezwał wykonawcę ZAB-BUD Z.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności w dokumentach oferty. W tym kontekście Zamawiający wskazał, iż w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niepodleganiu wykluczeniu wykonawca załączył do oferty oświadczenia stanowiące wstępne potwierdzenie spełniania

warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia wykonawcy oraz podmiotu trzeciego z postępowania odpowiednio w formie JEDZ, w których w części II pkt D *„Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega”* wykonawca ten złożył oświadczenie, że zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo, wskazując przy tym podmiot gospodarczy, od którego otrzymał zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędne zasoby na potrzeby wykonania przedmiotowego zamówienia, tj. Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. Zamawiający podkreślił, że w ww. punkcie oświadczenia powinni być wskazani podwykonawcy, na których zdolnościach wykonawca nie polega.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, Przystępujący w dniu 2 października 2017 r. przedłożył żądane dokumenty. Ponadto w celu wyjaśnienia treści złożonej oferty, wykonawca ten wskazał, iż w wyniku niezamierzonej niedokładności w JEDZ w części II pkt D *„Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega”* wykonawca wskazał, że zamierza zlecić część zamówienia podmiotowi, na którego zasobach polega, tj. Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. Zauważona niezgodność ma charakter omyłki i nie jest celowym działaniem wykonawcy, w związku z czym wykonawca ZAB-BUD przedłożył wypełniony JEDZ, w którym w Części II pkt D oświadczył, iż nie zamierza zlecić osobom trzecim, na których zasobach nie polega, podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia. Ponadto w treści pisma Przystępujący podniósł, iż Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. jest podmiotem, na którego zasobach opiera się i który zobowiązał się pełnić funkcję podwykonawcy przy wykonywaniu prac rewitalizacyjnych oraz konserwatorskich.

W załączonym do wyżej wskazanego pisma Wykazie robót budowlanych, wykonawca ZAB-BUD Z.A. powołał się na wykonane na rzecz Teatru Kwadrat w Warszawie w okresie 31 marca 2015 r. – 22 lutego 2016 r. roboty budowlane polegające na remoncie i adaptacji dawnego kina Bajka na siedzibę Teatru Kwadrat w Warszawie za kwotę 7 890 128,31 zł brutto. Jednocześnie wykonawca ten oświadczył, iż ww. pozycja Wykazu jest doświadczeniem innych podmiotów, których zasoby zostaną oddane mu do dyspozycji na zasadach określonych w art. 22a Ustawy.

Na potwierdzenie, że wskazane w Wykazie roboty budowlane zostały wykonane należycie, uczestnik postępowania przedstawił poświadczenie wystawione przez Dyrektora Teatru Kwadrat w Warszawie dnia 14 marca 2016 r. na rzecz generalnego wykonawcy - Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. z siedzibą w Jędrzejowie. W poświadczeniu tym wskazano, iż zakres inwestycji p.n. *„Remont i adaptacja dawnego kina Bajka na siedzibę Teatru Kwadrat w Warszawie”* obejmował:

- Roboty rozbiórkowe, budowlane i adaptacyjne na potrzeby wykonania: sali kameralnej z trybuną z fotelami teatralnymi. Pomieszczeń garderób, toalet, pomieszczeń socjalnych, bankietowej części foyer górnego, aneksu kawiarnianego z barem foyer dolnego, pełnowymiarowej sceny teatralnej z widownią, zaplecza sceny, antresoli;
- Roboty instalacji sanitarnych, w tym roboty wodno-kanalizacyjne, CO oraz wentylacji, klimatyzacji;
- Roboty instalacji elektrycznych: instalacja zasilania, oświetlenie, roboty instalacji teletechnicznych, SAP, DSO, sieć strukturalna, SWiN, CCTV, informacja wizualna;
- Roboty montażowe wbudowanego wyposażenia technologicznego.

W poświadczeniu przedstawiono również szczegółowo charakterystykę robót:

Wykonano oczyszczenie i osuszenie łąw fundamentowych. Wypełniono ubytki zaprawami naprawczymi i wykonano hydroizolację używając masy bitumiczne. Ocieplono istniejące ściany zewnętrzne budynku głównego kina przy użyciu systemu aktywnych kapilarnie płyt ze sztywnej pianki poliuretanowej. Zastosowano we wnętrzu tynki i farby paroprzepuszczalne. W pomieszczeniu widowni wykonano osłony z paneli akustycznych. Ściany zewnętrzne w części łącznika ocieplono płytami z wełny mineralnej gr. 20 cm i wykończono tynkiem mineralnym na podkładzie na siatce z włókna szklanego oraz pomalowano dwukrotnie farbą silikonową. Ściany wewnętrzne wykonano jako: żelbetonowe, monolityczne, z cegły silikatowej drażonej gr. 12 cm i gr. 18 cm oraz w technologii szkieletowej gr 12,5 cm i gr 17 cm na profilach nośnych aluminiowych. Wykończenia ścian: ustroje akustyczne z płyt włókno-cementowych i G-K na konstrukcji aluminiowej, z boazerii i płyt G-K na konstrukcji aluminiowej oraz panele akustyczne gipsowo – wiórowe na podkonstrukcji z listew drewnianych. Usunięto istniejące warstwy posadzkowe, a nowe wykonano z lastrico, z płytek dywanowych. Wykonano sufity podwieszane z płyt włókno – cementowych i z wełny drzewnej na podkonstrukcji aluminiowej, z paneli aluminiowych w hallu wejściowym oraz z tynku celulozowego natryskiwanego w foyer. Dla istniejącego stropodachu wykonano nową paraizolację, termoizolację z wełny mineralnej oraz pokrycie dachowe z papy wierzchniego krycia w systemie zapewniającym nierozprzestrzenianie ognia.

Wskazano także, iż wszystkie prace zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i zostały prawidłowo ukończone.

Ponadto Zamawiający wzywał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy do uzupełnienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej Pana A.Z. oraz do wyjaśnień w zakresie treści złożonego Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia. Przystępujący przedstawił wymagane dokumenty i wyjaśnienia we wskazanym terminie. Wobec tego w dniu 20 października 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców

o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznał ofertę złożoną przez firmę ZAB-BUD Z.A..

Izba zważyła, co następuje:

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

Na wstępie należy wskazać, iż badanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu może odbywać się na dwóch płaszczyznach. Przede wszystkim oceny tej dokonuje się w kontekście spełnienia wymagań ustalonych dla tego konkretnego zamówienia, przykładowo - czy doświadczenie, jakie zostało zamawiającemu wykazane jest odpowiednie pod kątem ustalonego warunku udziału w postępowaniu. Dodatkowo koniecznym może być sprawdzenie, w sytuacji korzystania z potencjału innego podmiotu, czy zasoby udostępnione wykonawcy, aby mogły być przez zamawiającego uwzględnione, będą rzeczywiście wykorzystane przy realizacji zamówienia. Na gruncie okoliczności faktycznych przedstawionych w odwołaniu Izba ustaliła, że zarzuty Odwołującego wiążące się z niezasadnym uznaniem przez Zamawiającego, że Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu opisany w punkcie 6.3.3.1. SIWZ, obejmowały oba wskazane powyżej aspekty. Po pierwsze Odwołujący podniósł, że doświadczenie, na które powołał się Przystępujący w załączonym do oferty Wykazie robót budowlanych udostępnione przez podmiot trzeci, nie spełnia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, ponieważ roboty budowlane, na które się powołano nie obejmowały swoim zakresem zagospodarowania terenu i jako takie nie odpowiadały wymogom z punktu 6.3.3.1. SIWZ. Po drugie zaś w odwołaniu podniesiono, że Przystępujący wykazał Zamawiającemu, iż będzie dysponował doświadczeniem podmiotu trzeciego w zakresie wykonania prac konserwatorskich, dla których w formularzu ofertowym przewidziano podwykonawstwo, ale nie wykazał, że będzie dysponował innym doświadczeniem tego podmiotu, niezbędnym do wykonania pozostałej części zamówienia w zakresie wynikającym z warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 6.3.3.1 SIWZ.

W pierwszej kolejności należy rozstrzygnąć zatem kwestię czy wskazana na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego robota budowlana ujęta pod pozycją 1 Wykazu robót budowlanych odpowiadała swoim

przedmiotem robocie budowlanej, jaką należało się legitymować zgodnie z punktem 6.3.3.1. SIWZ.

W ocenie Izby warunek udziału w postępowaniu określony w punkcie 6.3.3.1. SIWZ został sformułowany w sposób jasny i jednoznaczny. Wynika z niego, że wykonawcy mieli wykazać się posiadaniem doświadczenia obejmującego robotę budowlaną o wartości nie mniejszej niż 6.600.000,00 PLN brutto polegającą na przebudowie lub remoncie konserwatorskim budynku lub zespołu budynków wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną wpisanego do rejestru zabytków lub do gminnej ewidencji zabytków. Dodatkowo opisując ten warunek Zamawiający wskazał, że zakres ww. robót winien obejmować co najmniej roboty ogólnobudowlane, konstrukcyjne oraz instalacyjne. Wskazał również, że pojęcia „*przebudowa*”, „*remont*” stosowane w opisie warunku są zgodne z definicjami podanymi w art. 3, odpowiednio pkt 7a) i pkt 8) w ustawie z dnia 07.07.1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2017 poz. 1332).

Treść omawianego warunku udziału w postępowaniu nie pozostawia zatem wątpliwości, iż przedmiotem roboty budowlanej, którą należało wskazać w Wykazie robót budowlanych, celem potwierdzenia spełnienia tego warunku powinno być - oprócz przebudowy lub remontu konserwatorskiego budynku lub zespołu budynków – także zagospodarowanie terenu i niezbędna infrastruktura techniczna. Użyte w opisie warunku wyrażenie „*wraz z*” w ocenie Izby należy odczytywać jako „*razem,*” „*wspólnie.*” Tak ustalony warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia koresponduje także z przedmiotem zamówienia. Już sama nazwa zamówienia: *Rewitalizacja Obszarowa Centrum Łodzi – Projekt 1 Przebudowa i remont konserwatorski zespołu budynków wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną przy ul. Jaracza 26 w systemie „zaprojektuj i wybuduj”* wskazuje, iż jednym z elementów przedmiotu zamówienia jest zagospodarowanie terenu i niezbędna infrastruktura techniczna. Potwierdza to treść OPZ i PFU, z których to dokumentów wynika, że przedmiotem zamówienia jest również wykonanie szeregu prac związanych z zagospodarowaniem terenu wokół budynku, jak wymiana nawierzchni i podbudowy powierzchni utwardzonej, zagospodarowanie terenu zielonego, wykonanie ogrodzenia, wykonanie oświetlenia zewnętrznego, budowa boiska, aranżacja zewnętrznego terenu rekreacyjnego, wyposażenie tego terenu w urządzenia siłowni zewnętrznej, wykonanie elementów małej architektury, aranżacja terenu zielonego. Zgodnie z informacjami wskazanymi w PFU (punkt 2.7. Wymagania dotyczące zagospodarowania terenu) zagospodarowanie terenu obejmuje 1021,91m² nawierzchni utwardzonych oraz 370m² powierzchni biologicznie czynnej (przy 2437m² powierzchni całej działki), a zatem prace związane z zagospodarowaniem terenu wokół budynku stanowią istotny element przedmiotowego zamówienia. Efektem rewitalizacji nieruchomości przy ul. Jaracza 26 w

Łodzi ma być bowiem podniesienie wartości materialnej i użytkowej nie tylko zabudowy, ale też zagospodarowania terenu działki z uwzględnieniem elementów małej architektury (pkt 2 OPZ).

Dlatego Izba nie uznała przedstawianego przez Zamawiającego argumentu, iż zamiarem Zamawiającego było, aby wymaganym minimalnym zakresem doświadczenia wykonawcy, jaki należy wykazać w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, były tylko roboty ogólnobudowlane, konstrukcyjne i instalacyjne. Prawdą jest, iż w punkcie 6.3.3.1. SIWZ Zamawiający wskazał, że zakres robót winien obejmować co najmniej roboty ogólnobudowlane, konstrukcyjne oraz instalacyjne, niemniej rację należy tu przyznać Odwołującemu, iż informacja ta nie zmienia przedmiotu, rodzaju roboty budowlanej, której wykonaniem winien wykazać się wykonawca, tj. przebudową lub remontem konserwatorskim budynku lub zespołu budynków wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną. Co prawda słusznie wskazuje Zamawiający, że ww. warunek nie precyzował, iż wykonawcy mają wykazać się wykonaniem robót ogólnobudowlanych, konstrukcyjnych oraz instalacyjnych zarówno odnośnie budynku, jak i odnośnie zagospodarowania terenu, niemniej nie można zgodzić się, że wystarczającym będzie wykazanie się wyłącznie robotą budowlaną obejmującą wykonanie robót ogólnobudowlanych, konstrukcyjnych oraz instalacyjnych dotyczących budynku wpisanego do rejestru zabytków lub do gminnej ewidencji zabytków, w sytuacji, gdy ta robota budowlana nie polegała również na zagospodarowaniu terenu. Prezentowana zatem przez Zamawiającego interpretacja warunku z punktu 6.3.3.1. SIWZ nie koresponduje ani z literalną treścią tego warunku, ani z celem, jaki należało nadać temu warunkowi na gruncie dokumentacji postępowania. Tymczasem interpretacja warunków udziału w postępowaniu powinna być dokonywana z uwzględnieniem celu, jakiemu te warunki służą, a jest nim zapewnienie wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 9 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 162/17). Skoro zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w celu zagwarantowania, że wykonawca legitymuje się doświadczeniem zapewniającym należyte wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie lub remoncie budynku wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną, to nie sposób przyjąć, że doświadczenie to nie musi obejmować zagospodarowania terenu czy też wskazanej infrastruktury technicznej.

W ocenie Izby interpretacja warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie 6.3.3.1. SIWZ dokonana przez Zamawiającego przy wyborze oferty Przystępującego, a zaprezentowana w toku postępowania odwoławczego, jest interpretacją, która liberalizuje, łagodzi warunek udziału w postępowaniu, dopuszczając aby wykonawcy mogli wykazać się doświadczeniem, które nie obejmowało wszystkich istotnych elementów wymienionych

w treści tego warunku. Niewątpliwie gdyby możliwość skutecznego powołania się na robotę budowlaną o węższym niż wynikający literalnie z pkt 6.3.3.1. SIWZ przedmiocie była znana wykonawcom przed upływem terminu składania ofert i opisana w SIWZ, to krąg podmiotów, które mogłyby ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia uległby rozszerzeniu, skoro – jak się okazało - nie było przez Zamawiającego wymagane wykazanie się robotą budowlaną obejmującą swoim zakresem zagospodarowanie terenu wraz z infrastrukturą techniczną, a wyłącznie robotą budowlaną przy zabytku obejmującą roboty ogólnobudowlane, konstrukcyjne oraz instalacyjne. Takiej interpretacji przedmiotowego warunku nie sposób zatem pogodzić z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z uwagi na powyższe Zamawiający dokonując badania ofert był zobowiązany zweryfikować czy wskazana przez Przystępującego robota budowlana będąca doświadczeniem podmiotu trzeciego obejmowała swoim przedmiotem także zagospodarowanie terenu i niezbędną infrastrukturę techniczną. W ocenie Izby, na gruncie przedłożonych przez Przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dokumentów, okoliczność, iż przedmiotem wskazanej roboty budowlanej pod nazwą „Remont i adaptacji dawnego kina Bajka na siedzibę Teatru Kwadrat w Warszawie” było także zagospodarowanie terenu budzi uzasadnioną wątpliwość.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na treść poświadczenia należytego wykonania przedmiotowej roboty budowlanej, w której szczegółowo opisano, co obejmował zakres inwestycji (*roboty rozbiórkowe, budowlane i adaptacyjne na potrzeby wykonania sali kameralnej z trybuną z fotelami teatralnymi, pomieszczeń garderób, toalet, pomieszczeń socjalnych, bankietowej części foyer górnego, aneksu kawiarnianego z barem foyer dolnego, pełnowymiarowej sceny teatralnej z widownią, zaplecza sceny, antresoli; roboty instalacji sanitarnych, w tym roboty wodno-kanalizacyjne, CO oraz wentylacji, klimatyzacji; roboty instalacji elektrycznych: instalacja zasilania, oświetlenie, roboty instalacji teletechnicznych, SAP, DSO, sieć strukturalna, SWiN, CCTV, informacja wizualna; roboty montażowe wbudowanego wyposażenia technologicznego*) oraz charakterystykę robót (*Wykonano oczyszczenie i osuszenie ław fundamentowych. Wypełniono ubytki zaprawami naprawczymi i wykonano hydroizolację używając masy bitumicznej. Ocieplono istniejące ściany zewnętrzne budynku głównego kina przy użyciu systemu aktywnych kapilarnie płyt ze sztywnej pianki poliuretanowej. Zastosowano we wnętrzu tynki i farby paroprzepuszczalne. W pomieszczeniu widowni wykonano osłony z paneli akustycznych. Ściany zewnętrzne w części łącznika ocieplono płytami z wełny mineralnej gr. 20 cm i wykończono tynkiem mineralnym na podkładzie na siatce z włókna szklanego oraz pomalowano dwukrotnie farbą silikonową. Ściany wewnętrzne wykonano jako: żelbetonowe, monolityczne, z cegły*

silikatowej drążonej gr. 12 cm i gr. 18 cm oraz w technologii szkieletowej gr 12,5 cm i gr 17 cm na profilach nośnych aluminiowych. Wykończenia ścian: ustroje akustyczne z płyt włókno-cementowych i G-K na konstrukcji aluminiowej, z boazerii i płyt G-K na konstrukcji aluminiowej oraz panele akustyczne gipsowo – wiórowe na podkonstrukcji z listew drewnianych. Usunięto istniejące warstwy posadzkowe, a nowe wykonano z lastrico, z płytek dywanowych. Wykonano sufity podwieszane z płyt włókno – cementowych i z wełny drzewnej na podkonstrukcji aluminiowej, z paneli aluminiowych w hallu wejściowym oraz z tynku celulozowego natryskiwanego w foyer. Dla istniejącego stropodachu wykonano nową paraizolację, termoizolację z wełny mineralnej oraz pokrycie dachowe z papy wierzchniego krycia w systemie zapewniającym nierozprzestrzenianie ognia.).

Z powyższego opisu nie wynika, że robota budowlana przywołana w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia obejmowała swoim przedmiotem prace związane z zagospodarowaniem terenu, wskazane bowiem w sposób szczegółowy roboty wchodzące w zakres inwestycji dotyczyły stricte budynku dawnego kina, jego remontu i adaptacji na potrzeby teatru. Wątpliwości w tym zakresie potęguje treść przedstawionego przez Przystępującego wyciągu z projektu architektoniczno – budowlanego dla tej inwestycji, gdzie w punkcie 3, który dotyczył projektowanego zagospodarowania działki wskazano wprost, iż „*nie planuje się ingerencji w zagospodarowanie działki.*”

Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego, iż z uwagi na fakt, że teren objęty robotą budowlaną wskazaną przez Przystępującego był całkowicie zabudowany remontowanym budynkiem, to należy uznać, że prace związane z remontem i adaptacją dawnego kina Bajka stanowiły utrwalenie już istniejącego zagospodarowania terenu, a zatem spełniały warunek określony w punkcie 6.3.3.1 SIWZ. Prezentowane przez Zamawiającego rozumienie pojęcia „zagospodarowanie terenu” sprowadzałoby się w praktyce do uznania, że każda robota budowlana, która nie ingeruje w zagospodarowanie terenu, utrwała istniejący już stan zagospodarowania terenu, a zatem spełnia warunek udziału w postępowaniu. Stałoby to w sprzeczności z dokumentacją przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie prace związane z zagospodarowaniem terenu zostały wyraźnie oddzielone od prac związanych z remontem i przebudową budynku i obejmują swoim zakresem zagospodarowanie terenu podwórza o powierzchni prawie 1400 m².

Nie można podzielić także stanowiska Przystępującego, że faktycznie w ramach wskazanej w Wykazie robót budowlanych inwestycji p.n. „*Remont i adaptacja dawnego kina Bajka na siedzibę Teatru Kwadrat w Warszawie*” były wykonywane prace dotyczące zagospodarowania terenu. Jako przykład takich prac Przystępujący wskazał na demontaż i ponowny montaż chodnika przy odślanianiu ław fundamentowych. Jak wynika z przedstawionej przez Przystępującego dokumentacji, były to prace związane wyłącznie

z potrzebą izolacji ścian fundamentowych budynku, które nie prowadziły do zmiany istniejącego zagospodarowania terenu wokół budynku. Tymczasem w ocenie Izby na gruncie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pojęcie zagospodarowania terenu należy rozumieć jako zorganizowanie czy też przeorganizowanie terenu przy uwzględnieniu jego wymiaru funkcjonalnego i przeznaczenia. Można tutaj przychylić się do twierdzeń Zamawiającego, że zagospodarowanie terenu wiązać się ma z jego racjonalnym wykorzystaniem, urządzeniem, a za takie nie sposób uznać prac wskazywanych przez Przystępującego polegających wyłącznie na odtworzeniu stanu naruszonego przy pracach dotyczących fundamentów budynku. Jak zasygnalizowano już powyżej, w dokumentacji postępowania wyraźnie oddziela się roboty budowlane związane z budynkiem od prac związanych z zagospodarowaniem terenu wokół budynku, obejmujących elementy takie jak wymiana nawierzchni i podbudowy powierzchni utwardzonej, zagospodarowanie terenu zielonego, wykonanie ogrodzenia, wykonanie oświetlenia zewnętrznego, budowa boiska, aranżacja zewnętrznego terenu rekreacyjnego, wyposażenie terenu rekreacyjnego w urządzenia siłowni zewnętrznej, wykonanie elementów małej architektury, aranżacja terenu zielonego. Niewątpliwie chodzi tutaj o to, aby oprócz remontu budynku wykonawca realizujący zamówienie przeprowadził kompleksowe prace związane z zagospodarowaniem całego terenu niezabudowanego wokół budynku (wszak w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi także wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego zawierających projekt zagospodarowania terenu - pkt 2.1. i 2.3. OPZ, a następnie zrealizowanie tego projektu zagospodarowania terenu).

W tym stanie rzeczy nie sposób uznać, by przywoływane przez Przystępującego prace integralnie związane z remontem budynku, które sprowadzały się wyłącznie do przywrócenia, odtworzenia pierwotnych funkcji terenu naruszonego w czasie realizacji budowy odpowiadały swoim zakresem zagospodarowaniu terenu, o którym mowa w punkcie 6.3.3.1 SIWZ, skoro w praktyce nie wpływały one w żaden sposób na zagospodarowanie terenu, nie prowadziły do zmiany tego zagospodarowania. Kluczowym dla dokonania takiej oceny jest okoliczność, iż treść przedłożonego przez Przystępującego wyciągu z projektu architektoniczno – budowlanego dla tej inwestycji jednoznacznie wskazuje, iż nie planuje się jakiegokolwiek ingerencji w zagospodarowanie terenu.

W świetle powyższego Izba uznała za słuszny podnoszony w odwołaniu zarzut, iż Zamawiający z naruszeniem przepisów Ustawy (art. 22 ust. 1 pkt 2 w z. z art. 22 ust. 1b pkt 3), uznał, że Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu posiadania zdolności technicznej lub dowodowej w zakresie doświadczenia i w związku z tym może ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, wobec faktu, że podmiot na którego zasoby się powołano sam

nie posiada wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, a przynajmniej nie wykazano tego złożonymi dokumentami.

W dalszej kolejności należało rozważyć, czy Przystępujący udowodnił, że podmiot trzeci udostępniający zasoby w postaci roboty budowlanej, której wykonaniem należało się wykazać, aby spełnić warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 6.3.3.1. SIWZ, zrealizuje roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane w całym wynikającym z punktu 6.3.3.1. SIWZ zakresie, skoro ograniczył zakres dopuszczalnego podwykonawstwa do prac konserwatorskich.

Istotnym dla rozstrzygnięcia tej kwestii jest przywołanie przepisu art. 22 a ust. 1 Ustawy, zgodnie z którym wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych, a także art. 22a ust. 4 Ustawy, w myśl którego w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Ustawodawca wprowadzonym nowelizacją ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) przepisem art. 22a ust. 4 Ustawy przesądził budzące dotychczas w praktyce oraz orzecznictwie wątpliwości wynikające z interpretacji art. 26 ust. 2b Ustawy, a odnoszące się do realności zobowiązań podmiotów trzecich. W świetle przywołanego przepisu podmiot trzeci zobowiązany jest do zrealizowania robót budowlanych, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu w sytuacjach określonych niniejszym przepisem zobowiązany jest zatem do zaangażowania podmiotu trzeciego w sposób rzeczywisty i bezpośredni w realizację tego przedmiotu zamówienia. Tylko i wyłącznie wtedy wiedza i doświadczenie, które posiada podmiot trzeci, znajdzie jakiegokolwiek przełożenie na realizację zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 4 września 2017 r., sygn. akt KIO 1755/17). Przepisy te stanowią implementację do prawa krajowego przepisu art. 63 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65).

Dostrzeżenia tutaj wymaga przede wszystkim fakt, iż w przypadku zasobu dotyczącego doświadczenia zarówno prawodawca unijny, jak i ustawodawca krajowy wprowadzili daleko idące ograniczenia, a mianowicie dopuszczalność polegania na takim zasobie została uzależniona od tego, czy podmiot trzeci zrealizuje roboty budowlane i usługi do realizacji

których zasób jest potrzebny. Powyższe sprowadza się w praktyce do obowiązku zapewnienia podwykonawstwa podmiotu trzeciego, które powinno być nie tylko zadeklarowane ale i egzekwowane w trakcie wykonywania roboty czy usługi. Celem wprowadzenia tych regulacji było ograniczenie zjawiska handlu referencjami, przepisy te służą jednak także zapewnieniu zamawiającemu, że udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie zostanie wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia. Z przepisów tych wynika ponadto, że konieczność zrealizowania przez podmiot trzeci usługi lub roboty budowlanej jako podwykonawca dotyczy tej części przedmiotu zamówienia, do realizacji której był wymagany udostępniany zasób (por. wyrok KIO z dnia 7 lipca 2017 r., KIO 1299/17). Zauważyć także należy, że użyte w art. 22a ust. 4 Ustawy sformułowanie "podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi" jest pojęciem węższym od udziału tych podmiotów w realizacji zamówienia. Udział w realizacji zamówienia może przybrać rozmaite formy zaangażowania podmiotu trzeciego, może realizować się w postaci doradztwa, konsultacji, nadzoru, uczestniczenia przy wykonywaniu określonych czynności, etc. Natomiast wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą (zob. także M.Jaworska [w:] M. Jaworska (red.) *Prawo zamówień publicznych*, 2017 wyd. 2, Legalis). Przedmiotowy wymóg znalazł swoje odzwierciedlenie w SIWZ, gdzie Zamawiający wskazał, iż w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (punkt 6.4.4 SIWZ).

Z uwagi na powyższe, Przystępujący, który powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu zobligowany był do wykazania, że podmiot udostępniający zasoby, Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego KARTEL S.A., zrealizuje zamówienie w takim zakresie, w jakim powołano się na jego doświadczenie, tj. w zakresie dotyczącym przebudowy lub remontu konserwatorskiego budynku wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną. W ocenie Izby w przypadku przedmiotowej roboty budowlanej zasób integralnie związany z określonym podmiotem, tj. firmą KARTEL, jakim w tym wypadku jest jego doświadczenie, może być przekazany wyłącznie poprzez zrealizowanie zamówienia w tym zakresie przez podmiot KARTEL. Ma to tym większe znaczenie, że Przystępujący nie powołał się w tym zakresie na doświadczenie własne, a zatem tylko realna, bezpośrednia realizacja zamówienia przez firmę KARTEL w zakresie obejmującym przebudowę lub remont konserwatorski wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną dawać będzie

Zamawiającemu gwarancję należytego wykonania zamówienia. Przy czym podkreślić należy, iż ww. prace stanowią istotny element zamówienia, jak bowiem sama nazwa wskazuje przedmiotem zamówienia jest właśnie *„Przebudowa i remont konserwatorski zespołu budynków wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną przy ul. Jaracza 26 w systemie „zaprojektuj i wybuduj.”* Na marginesie jedynie Izba wskazuje, iż nie oznacza to, że Przystępujący nie może brać udziału w realizacji roboty budowlanej, niemniej podmiot udostępniający zasoby musi zrealizować zamówienie w zakresie, w jakim powołano się na jego doświadczenie.

W ocenie Izby na gruncie dokumentów i oświadczeń przedstawionych przez Przystępującego nie można w sposób nie budzący wątpliwości stwierdzić, że podmiot trzeci zrealizuje zamówienie w całym zakresie, w jakim powołano się na jego doświadczenie. Z treści zobowiązania firmy KARTEL do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów odnośnie zakresu udziału w realizacji zamówienia wskazano na uczestniczenie w wykonywanych pracach rewitalizacyjnych oraz konserwacyjnych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia oraz szeroko rozumiane doradztwo. W oświadczeniu tym nie wskazano jednak w sposób jednoznaczny, w jakiej formie nastąpi udostępnienie zasobów. Znalazło się tam jedynie stwierdzenie, iż zasoby zostaną udostępnione *„w zależności od potrzeb Zamawiającego oraz Wykonawcy w formie przez niego wymaganej i koniecznej do należytego wykonania zamówienia, w szczególności poprzez podwykonawstwo, doradztwo, konsultacje, bądź w innej formie, którą Wykonawca uzna za niezbędną i konieczną w celu realizacji zamówienia.”* Na tej podstawie – wbrew twierdzeniom Zamawiającego i Uczestnika postępowania - nie można wywieść jednoznacznego wniosku, że uczestnictwo w pracach rewitalizacyjnych i konserwacyjnych przybierze postać podwykonawstwa. Oświadczenie w takim kształcie daje bowiem równe podstawy do wyprowadzenia wniosku wręcz przeciwnego - że zasoby te zostaną udostępnione jedynie w formie doradztwa czy konsultacji, co mając na względzie treść art. 22 ust. 4 Ustawy nie mogłoby zostać uznane za rzeczywiste i bezpośrednie zaangażowanie firmy KARTEL w realizację robót budowlanych w zakresie objętym wykazanym doświadczeniem. W świetle przywołanego przepisu podmioty trzecie zobowiązane są do zrealizowania robót budowlanych, do realizacji których te zdolności są wymagane (innymi słowy będą podwykonawcami), zatem nie mogą być jedynie doradcami czy konsultantami wykonawcy (por. wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1602/17, 1614/17).

Wobec tego istotne znaczenie ma tutaj treść oświadczenia Przystępującego, który w punkcie 10 Formularza ofertowego wskazał jednoznacznie, iż podwykonawstwo będzie miało miejsce wyłącznie w zakresie prac konserwatorskich. Analogiczne stwierdzenie ZAB-BUD przedstawił w pierwotnie złożonym dokumencie JEDZ, gdzie w Części II pkt D

wskazując wykaz proponowanych podwykonawców napisał: *Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego KARTEL S.A. – Prace konserwatorskie*. Zestawiając treść dokumentów przedstawionych przez Przystępującego, w tym jego własnych oświadczeń oraz oświadczenia podmiotu trzeciego, należy zatem stwierdzić, iż na ich podstawie nie jest możliwe przesądzenie w sposób nie budzący wątpliwości, w jakiej formie nastąpi udostępnienie zasobów w zakresie wykraczającym poza wskazane w pkt 10 formularza ofertowego prace konserwatorskie. Wnioskując zaś *a contrario* z oświadczenia Przystępującego zawartego w formularzu ofertowym należy uznać, że nie będzie to podwykonawstwo, które zastrzeżono wyłącznie dla prac konserwatorskich. Samo stwierdzenie, że będzie to doradztwo, konsultacje lub inna forma wymagana przez wykonawcę, które odczytać można z treści oświadczenia podmiotu trzeciego w przedmiocie udostępnienia zasobów, nie jest wystarczające dla jednoznacznego stwierdzenia przez Zamawiającego, że firma KARTEL zrealizuje roboty budowlane w całym wymaganym zakresie, tj. w takim zakresie, w jakim powołano się na zasoby tego podmiotu. Skoro Zamawiający wymagał doświadczenia ustalonego pod potrzeby konkretnego zamówienia, to aby spełnić warunek udziału w postępowaniu w sytuacji braku własnego doświadczenia, wykonawca korzystający z potencjału podmiotu trzeciego musi udowodnić, że podmiot trzeci zrealizuje przedmiot zamówienia w odpowiadającym treści warunku zakresie, ponieważ tylko wtedy może być zweryfikowany jako dający rękojmię należytej realizacji usługi.

Jak wskazał Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 14 lipca 2016 r. (sygn. akt X Ga 331/16) wykorzystanie zasobów, o których mowa w art. 26 ust. 2b Ustawy (obecnie art. 22a Ustawy), musi być jednoznaczne i nie może być domysłem lub domniemaniem. Wykonawca ma obowiązek udowodnienia, a nie tylko uprawdopodobnienia, że dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wykonawca winien dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tylko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, ale także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 25 października 2016 r., sygn. akt KIO 1911/16). Dyspozycja art. 22a ust. 4 Ustawy wymaga zatem, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domniemania. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony

zasób innego podmiotu zostanie realnie udostępniony (por. wyrok KIO z 10 maja 2016 r., sygn. akt KIO 661/16). W tak opisanym stanie rzeczy, w ocenie Izby, oświadczenia i dokumenty przedstawione przez Przystępującego nie były wystarczające do ustalenia w sposób jednoznaczny, że potencjał podmiotu trzeciego został realnie udostępniony w całym wymaganym zakresie. Jeśli zestawia się bowiem treść oświadczenia Przystępującego o planowanym zakresie podwykonawstwa z oświadczeniem podmiotu trzeciego udostępniającego zasób w postaci doświadczenia, to jednoznaczny wniosek o tym, że firma KARTEL zrealizuje zamówienie można wywieść jedynie odnośnie prac konserwatorskich, dla których w formularzu ofertowym przewidziano formę podwykonawstwa.

W tym miejscu należy wskazać, iż Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego jakoby pojęcie prac konserwatorskich wskazane przez Przystępującego w pkt 10 formularza ofertowego należało rozumieć w sposób szeroki z uwagi na treść oświadczenia podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów, w którym wskazano na udostępnienie potencjału w zakresie „prac rewitalizacyjnych i konserwacyjnych.” Zwrócić należy uwagę, iż PFU w sposób jasny definiuje pojęcie prac konserwatorskich wskazując, że przez prace konserwatorskie należy rozumieć wyłącznie działania mające na celu zabezpieczenie i utrwalenie substancji zabytku, zahamowanie procesów jego destrukcji oraz dokumentowanie tych działań. Definicja ta pokrywa się z definicją prac konserwatorskich wskazaną w art. 3 pkt 6) ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 1446 z późn. zm.). Oprócz prac konserwatorskich w PFU wyróżnia się szereg prac innego rodzaju będących elementem procesu rewitalizacji, jak m.in. remont, prace restauratorskie, roboty renowacyjne czy rekultywacja, przyporządkowując im odpowiednie znaczenie. W świetle powyższego należy uznać, iż pojęcie prac konserwatorskich ma na gruncie dokumentacji postępowania jasno określone znaczenie i przypisywanie mu znaczenia szerszego niż wynikające z tej dokumentacji nie jest uprawnione. Nie jest zatem zasadne domniemywanie przez Zamawiającego na podstawie treści oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby, że Przystępujący składając w formularzu ofertowym oświadczenie o zakresie planowanego podwykonawstwa miał na myśli całość prac rewitalizacyjnych, a nie tylko prace konserwatorskie. Tym bardziej jest to działanie nieuzasadnione, jeśli weźmie się pod uwagę wskazywaną powyżej okoliczność, że z treści zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów nie wynika, iż udostępnienie potencjału w zakresie prac rewitalizacyjnych i konserwacyjnych nastąpi w formie podwykonawstwa, gdyż równie dobrze mogło ono przyjąć formę konsultacji czy doradztwa, które to formy zaangażowania także zostały przewidziane w treści oświadczenia firmy KARTEL.

Ponadto nie można tracić z oczu okoliczności, że przedmiotem udostępnionych przez firmę KARTEL zasobów była robota budowlana, która polegać miała na przebudowie lub remoncie konserwatorskim budynku lub zespołu budynków (zabytku) wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną. W treści SIWZ Zamawiający wskazał, iż pojęcia „*przebudowa*”, „*remont*” są zgodne z definicjami podanymi w art. 3, odpowiednio pkt 7a) i pkt 8) w ustawie Prawo budowlane. Zgodnie z art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego pod pojęciem przebudowy należy rozumieć „*wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji.*” Z kolei zgodnie z art. 3 pkt 8 Prawa budowlanego poprzez remont należy rozumieć „*wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.*” Są to zatem pojęcia o niewątpliwie szerszym znaczeniu niż użyte w PFU pojęcie „*prac konserwatorskich*”, które ograniczone zostało do zabezpieczenia i utrwalenia substancji zabytku, zahamowanie procesów jego destrukcji. Tymczasem Przystępujący zobowiązany był udowodnić realność wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia w zakresie doświadczenia w wykonaniu remontu lub przebudowy budynku będącego zabytkiem i to wraz z zagospodarowaniem terenu.

Izba nie uznała również za zasadne twierdzenia Zamawiającego, jakoby zakres udostępnionych zasobów dotyczących prac konserwatorskich obejmował realizację wszystkich wymaganych zgodnie z warunkiem z pkt 6.3.3.1. SIWZ robót, jako że w zakresie prac konserwatorskich mieszczą się roboty ogólnobudowlane, instalacyjne i konstrukcyjne. Jak wskazano bowiem we wcześniej części niniejszego uzasadnienia odnoszącej się do kwestii wykazania czy doświadczenie podmiotu trzeciego, na które się powołano, obejmowało zagospodarowanie terenu, informacja zawarta w pkt 6.3.3.1 SIWZ, z której wynika, że zakres ww. robót winien obejmować co najmniej roboty ogólnobudowlane, konstrukcyjne oraz instalacyjne, nie zmienia rodzaju roboty budowlanej, której wykonaniem winien wykazać wykonawca, tj. przebudową lub remontem konserwatorskim budynku lub zespołu budynków wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną. A zatem to w tym zakresie Przystępujący winien był wykazać, że zamówienie zrealizuje firma KARTEL.

Nie zasługuje na aprobatę również pogląd Zamawiającego, że zakresem podwykonawstwa objęte zostały zarówno prace rewitalizacyjne, jak i konserwacyjne, z uwagi na fakt, że w treści wyjaśnień złożonych w dniu 2 października 2017 r. Przystępujący

potwierdził formę podwykonawstwa w zakresie udostępnionych zasobów dotyczących realizacji prac rewitalizacyjnych i konserwacyjnych.

Po pierwsze należy tutaj wskazać, iż zakresem wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego w dniu 22 września 2017 r. nie była objęta istniejąca rozbieżność pomiędzy zakresem podwykonawstwa przewidzianym w punkcie 10 formularza ofertowego (prace konserwatorskie), a zakresem, w jakim podmiot KARTEL zobowiązał się udostępnić zasoby na potrzeby realizacji zamówienia (prace rewitalizacyjne i konserwacyjne oraz szeroko rozumiane doradztwo) ani kwestia wykazania realności udostępnienia przedmiotowych zasobów. Wezwanie dotyczyło wyłącznie niezgodności, jaka zaistniała w formularzu JEDZ, gdzie w Części II punkt 2, w polu dotyczącym wskazania podwykonawców, na których zdolnościach wykonawca nie polega, Przystępujący wskazał firmę KARTEL, na której zdolnościach polega. Przystępujący skorygował oświadczenie w tym zakresie, wskazując, iż była to niezamierzona omyłka i przedłożył prawidłowo wypełniony JEDZ.

Po drugie, jak wynika z treści złożonych wyjaśnień Przystępujący wskazał jedynie, iż *„Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego KARTEL S.A. jest podmiotem, na którego zasobach opiera się Wykonawca i który zobowiązał się pełnić funkcję podwykonawcy przy wykonywaniu prac rewitalizacyjnych i konserwacyjnych.”* Twierdzenie to odnosi się do treści zobowiązania podmiotu trzeciego, na którego zdolnościach Przystępujący polega, nie zaś do oświadczenia Przystępującego wyrażonego w punkcie 10 formularza ofertowego. Uznanie przez Zamawiającego na tej podstawie, iż zamiarem Przystępującego było objęcie zakresem podwykonawstwa prac rewitalizacyjnych i konserwacyjnych prowadziło do niedozwolonego rozszerzenia zakresu podwykonawstwa. W tym kontekście nie można pominąć okoliczności, iż zgodnie z art. 36b ust. 1 Ustawy wskazanie części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom jest ustawowym obowiązkiem wykonawcy, a zatem oświadczenie wykonawcy w tym zakresie ma istotny charakter i nie może być przedmiotem domniemań, a tym bardziej nie może być przez Zamawiającego interpretowane w sposób rozszerzający. Izba stoi na stanowisku, że zakres podwykonawstwa (tj. część zamówienia wskazana w ofercie, które wykonawca przeznacza do realizacji za pomocą podwykonawstwa) stanowi o sposobie spełnienia świadczenia przez wykonawcę i jako taki nie może ulegać zmianie po złożeniu oferty. Idąc dalej to art. 22a ust. 4 Ustawy wskazuje, że określone zasoby wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia przy zamówieniach na roboty budowlane lub usługi mogą być realnie udostępnione tylko przez realizację ich przez podmioty udostępniające, a w konsekwencji art. 36b ust. 2 Ustawy nakazuje zachowanie ciągłości spełniania warunków udziału w razie konieczności zmiany podwykonawcy. Tym samym przedmiotem oceny Zamawiającego

powinno być z jednej strony to, jak będzie wykonane zamówienie, a z drugiej czy potencjał udostępniony został w sposób realny i czy ta realność została zachowana tak w ofercie, jak i na etapie wykonania zamówienia (por. wyrok KIO z 14 września 2017 r., sygn. akt KIO 1751/17). Dlatego też w ocenie Izby wykonawca, który deklaruje, iż wykona zamówienie z udziałem podwykonawcy w konkretnym, ograniczonym zakresie (w tym wypadku w zakresie prac konserwatorskich), nie może później podnosić, że podwykonawcom zostanie powierzona jednak większa część zamówienia. Tym bardziej do rozszerzenia zakresu podwykonawstwa w stosunku do treści oświadczenia wykonawcy wyrażonego w ofercie nie jest uprawniony sam Zamawiający, na podstawie oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby. Nie sposób więc zgodzić się z twierdzeniem Przystępującego, że nie ma znaczenia fakt, iż w formularzu ofertowym wskazano jedynie na podwykonawstwo w zakresie prac konserwatorskich, skoro w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów wskazano na prace rewitalizacyjne i konserwacyjne. Nie budzi wątpliwości składu orzekającego, że oświadczenie, co do tego, jakie części zamówienia wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy, a więc oświadczenie referujące do sposobu wykonania zamówienia, jest oświadczeniem, które nie tylko merytorycznie kształtuje treść oferty, ale ma również wpływ na proces badania oferty, chociażby w kontekście wykazania przez wykonawcę, że podmiot trzeci na którego zasoby się powołano zrealizuje zamówienie. Nie jest to więc oświadczenie o walorze jedynie informacyjnym.

Mając na uwadze powyższe, należy zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż wykonawca ZAB-BUD wykazał Zamawiającemu, że będzie dysponował doświadczeniem firmy KARTEL w zakresie wykonania prac konserwatorskich, nie udowodnił natomiast, że będzie dysponował doświadczeniem tego podmiotu, niezbędnym do wykonania tej części zamówienia, która wykracza poza prace konserwatorskie, a która wynika z treści punktu 6.3.3.1. SIWZ, wobec czego Zamawiający nie mógł uznać, iż spełniony został warunek udziału w postępowaniu. Potwierdziły się zatem stawiane w tym zakresie przez Odwołującego zarzuty naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) oraz art. 22 ust. 4 Ustawy. Słusznie wskazuje także Odwołujący, iż Zamawiający w takiej sytuacji powinien był wezwać Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy.

Izba nie podzieliła jednak stanowiska Odwołującego w zakresie, w jakim twierdzi on, iż wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentów powinno obejmować wyłącznie obowiązek wykazania samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 6.3.3.1 SIWZ. Zgodnie z treścią art. 22a ust. 6 Ustawy, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu trzeciego, na których wykonawca polega, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, zamawiający

ma obowiązek zażądać, aby wykonawca w określonym terminie zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże, że zdolności techniczne lub zawodowe odpowiadające wymaganemu warunkowi. W konsekwencji, gdy na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1-2 Ustawy wykonawca przedłoży dokumenty, które nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu aktualizuje się obligatoryjny wymóg wezwania wykonawcy do uzupełnienia tych dokumentów wynikający z aktualnie obowiązującego art. 26 ust. 3 Ustawy. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca zobowiązany jest przedłożyć wymagane dokumenty dotyczące innego podmiotu trzeciego albo osobiście potwierdzić spełnienie warunku, którego dotyczył zasób podmiotu trzeciego (por. wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1581/17). Przystępujący nie może zostać zatem pozbawiony możliwości zastąpienia podmiotu trzeciego ewentualnym innym podmiotem trzecim, jak na to wskazuje art. 22a ust. 6 Ustawy i ograniczony wyłącznie do powołania się na własne zasoby, tym bardziej zważywszy na fakt, iż powodem wezwania jest nie tylko brak potwierdzenia realnego udostępnienia zasobów w pełnym wymaganym w punkcie 6.3.3.1. SIWZ zakresie, ale przede wszystkim brak wykazania, że wskazane w Wykazie robót budowlanych doświadczenie podmiotu trzeciego odpowiada wymogom wynikającym z punktu 6.3.3.1. SIWZ jako, że nie obejmowało swoim przedmiotem zagospodarowania terenu. Niemniej podkreślić trzeba, że podczas dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu po uzupełnieniu dokumentów przez Przystępującego, w tym oceny realności udostępnianych zasobów w przypadku zastąpienia podmiotu, na którego zasobach Przystępujący polegał, innym podmiotem, Zamawiający powinien wziąć pod uwagę także treść oświadczenia Przystępującego wskazanego w ofercie odnośnie zakresu przewidywanego podwykonawstwa.

W tym stanie rzeczy Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w ramach niej wezwanie Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, iż spełnia on warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 6.3.3.1 SIWZ.

Na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze Ustawy Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a), § 3 pkt 2 lit. a i b) oraz § 5 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), Izba zaliczyła do kosztów postępowania

wpis uiszczony przez Odwołującego w kwocie 20 000 zł, jak również koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3600 zł oraz koszty związane z dojazdem pełnomocnika Odwołującego na rozprawę w kwocie 398,88 zł, stwierdzone rachunkami złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciąża nimi Zamawiającego. Zasądzone od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty wynagrodzenia pełnomocnika ograniczone zostały do kwoty 3600 zł z uwagi na treść § 3 pkt 2 lit. b) ww. Rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....