Sygn. akt: KIO 922/23

WYROK

z dnia 18 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum: Firma Budowlana EKOINBUD sp. z o.o. sp. k, EKOINBUD sp. z o.o. z siedzibą lidera w Gdańsku, ul. Geodetów 29, 80-298 Gdańsk w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wąchock, ul. Wielkowiejska 1, 27-215 Wąchock

przy udziale wykonawcy I. M. prowadzącego w Kielcach działalność gospodarczą pod firmą Usługi Instalacyjno - Budowlane Kompens I. M., ul. Łazy 31, 25-677 Kielce zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności oceny ofert, w tym wystąpienie do wykonawcy I. M. prowadzącego w Kielcach działalność gospodarczą pod firmą Usługi Instalacyjno - Budowlane Kompens I. M. o wyjaśnienia dotyczące udziału w realizacji zamówienia AMB Budownictwo K. P. jako podmiotu udostępniającego zasoby;

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Gminę Wąchock, i:

2.1. 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;

2.2. zasądza od Gminy Wąchock na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum: Firma Budowlana EKOINBUD sp. z o.o. sp. k, EKOINBUD sp. z o.o. z siedzibą lidera w Gdańsku kwotę 14 953 zł 05 gr (słownie: czternaście tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt trzy złote pięć groszy), w tym kwotę uiszczonego przez odwołującego wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony oraz

kwotę 1 353 zł 05 gr (słownie: tysiąc trzysta pięćdziesiąt trzy złote pięć groszy) tytułem kosztów związanych z dojazdem na rozprawę.

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: ……

Sygn. akt: KIO 922/23

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

Gmina Wąchock (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.: „Budowa centrum administracyjnego w gminie Wąchock", numer referencyjny: BGK.271.1.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 21 lutego 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych, nr ogłoszenia: 2023/BZP 00103216.

W dniu 28 marca 2023 roku Zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu wyboru oferty złożonej przez wykonawcę I. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Instalacyjno - Budowlane Kompens I. M. (dalej: „Kompens"). Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum: Firma Budowlana EKOINBUD sp. z o.o. sp. k, EKOINBUD sp. z o.o. z siedzibą lidera w Gdańsku (dalej wspólnie: „Odwołujący") wnieśli odwołanie wobec tej czynności, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1) art. 57 pkt 1, art. 118 ust.1, art. 118 ust. 2, art. 119 w zw. z art. 266 poprzez uznanie, że wykonawca Kompens spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XV pkt 2 ppkt 1 lit. b) SWZ,

2) art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 266 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Kompens, który

nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XV pkt 2 ppkt 1 lit. b) SWZ.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2) powtórzenia czynności oceny ofert i odrzucenie oferty wykonawcy Kompens.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał w szczególności, że wykonawca Kompens nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XV pkt 2 ppkt 1) lit. b) SWZ, zgodnie z którym: o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania zdolności technicznej i zawodowej w zakresie tego, że Wykonawca zobowiązany jest wykazać się doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat – (przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie) w sposób należyty co najmniej dwóch robót budowlanych obejmujących budowę, przebudowę lub rozbudowę budynku użyteczności publicznej o min. Wartości 6.000.000 zł każda. Co do zasady Wykonawca

powinien wykazać, że samodzielnie spełnia w/w warunek udziału. Prawo zamówień publicznych, a za nim SWZ, dopuszcza wykazanie spełniania warunku udziału w oparciu o zasoby podmiotu trzeciego. Zgodnie z art. 118 ust.1 Pzp Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. W takim wypadku w odniesieniu do warunku doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Jeśli chodzi o doświadczenie w wykonywaniu robót budowlanych, to dla skutecznego i realnego opierania się w tym zakresie na zasobach podmiotu trzeciego konieczne jest to, aby podmiot ten wykonał roboty, do których odnosi się warunek udziału, który spełnia podmiot udostępniający. Zakres prac, który musi wykonać podmiot trzeci, aby uznać, że jego udział w realizacji zamówienia potwierdza spełnianie warunku udziału, jest ściśle uzależniony od treści warunku. Wykonawca Kompens wykazywał spełnianie warunku doświadczenia, opierając się na doświadczeniu podmiotu trzeciego - AMB Budownictwo K. P. (dalej: „K. P.”). W postępowaniu wykazano, że K. P.posiada doświadczenie w zakresie dwóch robót budowlanych obejmujących budowę, przebudowę lub rozbudowę budynku użyteczności publicznej o wartości min. 6.000.000 zł każda. W Formularzu oferty wykonawca Kompens wskazał, że będzie realizował 50% zamówienia w oparciu o udostępnione zasoby podmiotu trzeciego K. P. . W formularzu oferty w pkt 11 ppkt 2 określono zakres, w jakim wykonawca Kompens będzie realizował zamówienie przy udziale tego podwykonawcy. Zdaniem Odwołującego K. P. nie wykona robót budowlanych, do realizacji których jego zdolności są wymagane. Warunek udziału w postępowaniu dotyczy budowy, przebudowy lub rozbudowy budynku użyteczności publicznej i doświadczenie w tym zakresie posiada i wykazuje K. P. . Przy tak określonym warunku udziału musiałby on wykonać budowę zamawianego obiektu. Sytuacja, w której zakres polegania na jego zasobach dotyczy budowy przez niego tylko 50% obiektu, oznacza, że obiekt nie będzie budowany przez podmiot, który posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie. Powołując się na wyrok Izby w sprawie KIO 512/21, gdzie zakres podwykonawstwa podmiotu udostępniającego zasoby został określony na 20%, Odwołujący stwierdził, że nie spełnia warunków SWZ i Pzp taki układ podmiotowy, w którym podmiot udostępniający będzie wykonywał tylko połowę robót, których dotyczy warunek doświadczenia.

W ocenie Odwołującego na to, że K. P. nie będzie wykonywał zamówienia w zakresie, do którego odnosi się warunek udziału w postępowaniu, wskazuje także złożony wykaz osób

obejmujący kierownika budowy i kierowników robót, którzy są zasobami własnymi wykonawcy Kompens. Żaden z nich nie będzie ustanowiony przez podmiot posiadający doświadczenie tj. K. P..

W oświadczeniu o udostępnieniu zasobów K. P. mowa jest także o „wsparciu merytorycznym w postaci doradztwa technicznego na wykonywanych robotach budowlanych na budynkach użyteczności publicznej o wartości min. 6 mln” jednak taki udział nie spełnia wymogów z art. 118 ust.2 Pzp i nie jest wystarczający dla wykazania posiadania wymaganego doświadczenia. W tej sytuacji w świetle art. 123 Pzp wykonawca Kompens nie może powoływać się na zdolności podmiotu trzeciego w szerszym zakresie niż ten, na który powołał się i polegał składając ofertę. Potwierdzają to komentatorzy Pzp oraz orzecznictwo: W świetle art. 123 Pzp uprawnienie wykonawców biorących udział w postępowaniu do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego jest ograniczone w czasie, tj. przysługuje jedynie do upływu terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. (…) Uprawnienie do powołania się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby po upływie tego terminu ograniczone jest do zakresu, w którym wykonawca na etapie składania wniosków albo ofert korzystał z udostępnianych zasobów. W wyroku z 18 marca 2022 r. (KIO 510/22, Legalis) Izba potwierdziła, iż "Zakres polegania przez wykonawcę na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby musi zostać określony do upływu terminu składania ofert i nie może zostać następnie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, na wezwanie wystosowane w trybie art. 128 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, rozszerzony. Wykonawca może zamiast skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego polegać na potencjale własnym, jednak nie odwrotnie". Również w uchwale KIO z 28 lutego 2020 r. (KIO/KD 11/20, Legalis). (por. komentarz do art. 123 PZP w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak 2022 SIP Legalis).

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie, jak też nie stawił się na posiedzenie i rozprawę.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca I. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi

Instalacyjno - Budowlane Kompens I. M. (dalej również: „Przystępujący") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego stając się uczestnikiem postępowania.

W piśmie zawierający zgłoszenie przystąpienia Przystępujący wskazał m.in., że Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wybiera fragmenty z całości złożonej oferty Przystępującego w celu z dyskryminowania stanu faktycznego polegania na zasobach

podmiotu trzeciego. Kwestionowanie niespełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego jest błędne, gdyż z przedstawionych dokumentów jednoznacznie wynika, że podmiot udostępniający zasoby będzie je realizował w zakresie takim jak nastąpiło ich udostępnienie, co jednoznacznie wynika z zobowiązania złożonego przez ten podmiot oraz informacji przedstawionej w formularzu oferty. Odwołujący w uzasadnieniu w sposób nieprawdziwy przedstawia fragment zobowiązania podmiotu udostępniającego o treści: „wsparciu merytorycznym w postaci doradztwa technicznego na wykonywanych robotach budowlanych na budynkach użyteczności publicznej o wartości min. 6 mln", natomiast w zobowiązaniu cały zapis brzmi: „Udostępnienie zasobów nastąpi poprzez czynne podwykonawstwo w zakresie odpowiadającym udostępnionemu zasobowi oraz udostępnienie dokumentów i wiedzy w zakresie technologii, poprzez wsparcie merytoryczne w postaci doradztwa technicznego na wykonywanych robotach budowlanych na budynkach użyteczności publicznej o wartości min 6 mln". Dodatkowo w przywołanym zobowiązaniu w punkcie b) – „sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: podwykonawstwo w zakresie robót budowlanych zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie obejmującym budowę, przebudowę lub rozbudowę budynków użyteczności publicznej o min. wartości 6.000.000 zł każda". Zdaniem Przystępującego w oparciu o przywołane zapisy zobowiązania nie można mieć wątpliwości o faktycznym, pełnym udziale udostępniającego zasobu.

Odnośnie twierdzeń Odwołującego dotyczących przedstawionej informacji w formularzu oferty w ust. 11 pkt 2, gdzie określono zakres, w jakim będzie realizował zamówienie przy udziale AMB Budownictwo K. P., Przystępujący wskazał, iż 50% udziału w wykonywanych robotach tego podwykonawcy w żaden sposób nie ogranicza jego zakresu podwykonawstwa jaki udostępnił. Użyte sformułowanie w formularzu oferty mówi o wykonywanych robotach budowlanych w 50%, do których nie wliczono materiałów budowlanych które zapewnia Przystępujący. Przystępujący ma świadomość ciążącego na nim obowiązku, wynikającego z art. 464 ust. 8 Pzp, zgłaszania dostawców materiałów nabywanych na realizowanej inwestycji na zasadach określonych ustawą Pzp. Na obecnym etapie (zamówienie realizowane w formie zaprojektuj wybuduj) nie jest możliwe określenie podwykonawców, którzy będą podlegać zgłoszeniu ze względu na wartość nabywanych materiałów. Z wstępnych szacunków wartość materiałów przekazanych podwykonawcy przekroczy 1,5 miliona złotych.

Przystępujący wskazał również, że nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego, że stwierdzenie przez Zamawiającego niespełnienia warunku udziału w postępowaniu przez udostępniającego zasoby AMB Budownictwo K. P. można naprawić (w rozumieniu art. 122 Pzp) tylko przez wykazanie przez Przystępującego, że samodzielnie

spełnia ww. warunek udziału. Gdyby teoretycznie doszło do uwzględnienia odwołania to zarzut Odwołującego jest przedwczesny, gdyż Zamawiający przed odrzuceniem oferty musi bezwzględnie dopełnić obowiązku wezwania Przystępującego do wykazania się innym podmiotem lub wykazania, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu a tego Odwołujący nie zarzuca.

Następnie Przystępujący poinformował, że dysponuje własnym doświadczeniem nabytym w ramach zrealizowanego kontraktu zakończonego w grudniu 2018, zleconego przez NSK BERINGS POLSKA S.A. ul. Jagiellońska 109, 25-734 Kielce o wartości 27 531 358,14 zł brutto, w tym wartość robót zrealizowanych w budynku użyteczności publicznej ponad 6 500 000,00 zł brutto. Przystępujący podał, że nie mógł wykazać się tym doświadczeniem na etapie składania ofert, gdyż nie dysponował dokumentem poświadczającym należyte wykonanie umowy, natomiast, obecnie jest w jego posiadaniu i załączył go do pisma, jednocześnie stwierdzając, że podtrzymuje wykorzystanie zasobów udostępnionych przez podwykonawcę AMB Budownictwo K. P., gdyż fizycznie będzie wykorzystywał jego zasoby w zakresie wskazanym w zobowiązaniu.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego oraz ww. dowód załączony przez Przystępującego do zgłoszenia przystąpienia.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz zaprezentowane w sprawie stanowiska, 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.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Na wstępie wskazania wymaga, że Izba orzeka w granicach zarzutów odwołania. Nie jest natomiast związana żądaniami postawionymi w odwołaniu. Na zarzut odwołania składa się wskazana podstawa prawna oraz okoliczności wskazane przez Odwołującego jako podstawa faktyczna zarzutów. W odwołaniu Odwołujący wskazał na szereg przepisów Pzp,

które jego zdaniem zostały naruszone w związku z brakiem stwierdzenia przez

Zamawiającego niespełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XV pkt 2 ppkt 1 lit. b) SWZ przez wykonawcę Usługi Instalacyjno - Budowlane Kompens I. M.. W związku z tym rozstrzygnięcia Izby wymaga czy Zadamawiający miał wystarczające podstawy do uznania, że wykonawca Kompens spełnienia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i w związku z tym nie zaistniała postawa odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp.

Izba dokonuje oceny zgodności z przepisami Pzp czynności podjętych w postępowaniu przez Zamawiającego. Wybór najkorzystniejszej oferty, jak też ewentualna czynność odrzucenia oferty wykonawcy musi znajdować oparcie w treści oferty i złożonych przez tego wykonawcę dokumentach, co do których nie powinno być wątpliwości. Oznacza to, że istniejące w tych dokumentach niejasności winny zostać wyjaśnione przed podjęciem czynności czy to wyboru oferty jako najkorzystniejszej, czy jej odrzucenia.

W okolicznościach analizowanej sprawy zaistniała potrzeba takich wyjaśnień z uwagi na treść oświadczenia złożonego przez wykonawcę Kompens w pkt 11 ppkt 2 formularza oferty w związku z treścią zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby celem wykazania spełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Brak wskazania przez Przystępującego, że składał takie wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego, jak też brak w przekazanej Izbie dokumentacji postępowania wystąpienia o wyjaśnienia w przedmiocie udziału w wykonaniu zamówienia podmiotu udostępniającego zasoby, pozwalają na przyjęcie, że takie wezwanie nie zostało jednak wystosowane. Tymczasem zważywszy na treść SWZ oraz złożoną przez wykonawcę Kompens ofertę dopiero po uzyskaniu jednoznacznego stanowiska w zakresie udziału w realizacji zamówienia AMB Budownictwo K. P. jako podmiotu udostępniającego zasoby, będzie możliwe ustalenie realności udziału w wykonaniu zamówienia podmiotu udostępniającego zasoby.

Stosowanie do art. art. 57 pkt 2 Pzp: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Zamawiający określił warunki udziału w postępowanium.in. w zakresie doświadczenia, a w konsekwencji był zobowiązany do rzetelnego zweryfikowania ich spełniania przez wykonawców.

W rozdziale XV zawierającym informacje o warunkach udziału w postępowaniu, w pkt 2 ppkt 1 lit. b) zostało wskazane, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: 1) posiadania zdolności technicznej i zawodowej: b) Wykonawca zobowiązany jest wykazać się doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat - (przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres

prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) w sposób należyty, co najmniej dwóch robót budowlanych obejmujących budowę, przebudowę lub rozbudowę budynków użyteczności publicznej o min. wartości 6.000.000,00 zł każda. W związku z tym rolą Zamawiającego było zweryfikowanie spełniania przez wykonawców postawionych w SWZ warunków.

Co do zasady weryfikacja spełniania warunków udziału w postępowaniu następuje w oparciu o oświadczenie złożone na podstawie art. 125 ust. 1 Pzp oraz podmiotowe środki dowodowe określone w SWZ. W rozdziale XVI., zawierającym informacje o podmiotowych środkach dowodowych Zamawiający wskazał: (…)

1. W celu wstępnego potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach o których mowa w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenia stanowiące załączniki nr 2 i 3 do SWZ.

W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców, w/w oświadczenia składa każdy z Wykonawców. Oświadczenia te potwierdzają brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim każdy z Wykonawców wskazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, Wykonawca przedstawia także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby (zał. nr 2a i 3a do SWZ) potwierdzające brak podstaw do wykluczenia tego podmiotu oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby.

Oświadczenia te stanowią dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i tymczasowo zastępują wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.

Oświadczenia należy dołączyć do oferty w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw do wykluczenia oraz spełniania, w zakresie w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu w w/w oświadczeniu zamieszcza także informacje o tych podmiotach. Wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, w celu wykazania braku istnienia wobec nich

podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu zamieszcza informacje o podwykonawcach w powyższym oświadczeniu.

Wykonawca, który zamierza wykonywać zamówienie przy udziale Podwykonawcy (niebędącym podmiotem udostępniającym zasoby), musi wyraźnie wskazać w formularzu OFERTA, jaką część/zakres zamówienia wykonywać będzie w jego imieniu Podwykonawca (jeżeli jest znany). W przypadku, gdy Wykonawca nie zamierza wykonywać zamówienia przy udziale Podwykonawców, należy wpisać w ofercie „nie dotyczy" lub inne równoważne sformułowanie. Jeżeli Wykonawca zostawi ten punkt niewypełniony (puste pole) Zamawiający uzna, że zamówienie zostanie wykonane bez udziału Podwykonawców.

(…)

3. Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia nw. Podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów: 1) dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu

(…)

b) w celu potwierdzenia spełniania warunku o którym mowa w rozdziale XV ust. 2 pkt. 1 ppkt b SWZ Wykonawca złoży wykaz 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, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty — załącznik nr 5 do SWZ,

a) w celu potwierdzenia spełniania warunku o którym mowa w rozdziale XV ust. 2 pkt. 2 ppkt

a, b, c, d, e, f, g, h SWZ Wykonawca złoży wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz

informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami — sporządzonego wg. Załącznika - Wykaz osób załącznik nr 6 do SWZ.

(...)

5. Udostępnienie zasobów

l) 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 innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych,

2) W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te uczestniczą w realizacji zamówienia w zakresie udostępnianych zdolności,

3) Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów,

4) Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, Zamawiający żąda, aby Wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu,

5) Wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach i sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

Przystępujący złożył m.in. oświadczenie na podstawie 125 ust. 1 Pzp, w którym wskazał, że w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale XV pkt 2 lit. b SWZ polega na zasobach m.in. AMP Budownictwo K. P., jak też złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego z którego wynika zakres i czas udostępnienia zasobów, w którym podmiot ten wskazał: Ja (My) niżej podpisany (i): K. P. – Właściciel działając w imieniu i na rzecz:

AMB Budownictwo K. P., Kozia Wieś 11; 29-105 Krasocin NIP 6090037055

zobowiązuję się zgodnie z postanowieniami art. 118 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz.1710 z późn. zm.) do oddania nw. zasobów na potrzeby wykonania zamówienia: spełnienie warunku udziału w postępowaniu zgodnie z rozdziałem XV SWZ pkt 2 ppkt 1 lit „b" do dyspozycji Wykonawcy Usługi Instalacyjno – Budowlane KOMPENS I. M. ul. Łazy 31; 25-677 KIELCE na potrzeby realizacji zamówienia pn.: „Budowa centrum administracyjnego w gminie Wąchock"

Oświadczam, iż:

a) udostępniam wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie:

posiadania zdolności technicznej lub zawodowej – doświadczenie w wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat (przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) w sposób należyty, co najmniej dwóch robót budowlanych obejmujących budowę, przebudowę lub rozbudowę budynków użyteczności publicznej o min. wartości 6.000.000 zł każda Załącznik Nr 4 do SWZ – składany z ofertą o ile Wykonawca polega na zasobach podmiotu udostępniającego zasoby

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

podwykonawstwo w zakresie robót budowlanych zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie obejmującym budowę, przebudowę lub rozbudowę budynków użyteczności publicznej o min. wartości 6.000.000 zł każda

c) zakres i okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący:

Udostępnienie zasobów nastąpi poprzez czynne podwykonawstwo w zakresie odpowiadającym udostępnionemu zasobowi oraz udostępnienie dokumentów i wiedzy w zakresie technologii, poprzez wsparcie merytoryczne w postaci doradztwa technicznego na wykonywanych robotach budowlanych. na budynkach użyteczności publicznej o wartości min 6 mln

Udostępnienie zasobów nastąpi na cały okres realizacji zamówienia przez Wykonawcę. Ponadto strony łączy umowa cywilno-prawna w zakresie realizowanych inwestycji i pomocy przy ich realizacji, co gwarantuje rzeczywisty dostęp Wykonawcy do udostępnianych zasobów.

Oświadczam, iż zrealizuję usługi/roboty budowlane, do realizacji których wymagane są zdolności techniczne lub zawodowe (wykształcenie, kwalifikacje zawodowe, doświadczenie).

Przystępujący założył także wykaz robót, w którym zostały wskazane dwie roboty budowlane wykonane przez AMB Budownictwo K. P., w tym: 1) Budowa hali sportowej z łącznikiem do istniejącego budynku szkoły w Zespól Szkół w Kłobucku o wartości 10 181

659,67 zł, 2) Rozbudowa Przedszkola Publicznego w Małogoszczu o oddziały przedszkolne i żłobkowe8 549 143,14 zł.

W sprawie nie ma sporu co do tego, że Przystępujący złożył wymagane w SWZ oświadczenia i dokumenty podmiotowe dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby na potwierdzenie spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, jak też, że te dokumenty potwierdzają spełnianie tego warunku. Odwołujący nie kwestionuje treści zobowiązania złożonego przez AMB Budownictwo K. P., jak też nie kwestionuje, że wskazane w wykazie robót wykonanych przez ten podmiot potwierdzają postawiony w postępowaniu warunek w zakresie doświadczenia.

Spór dotyczy zakresu udostępnienia przez AMP Budownictwo K. P. zasobów w związku z treścią oświadczenia Odwołującego zawartego w pkt 11 oferty, które zgodnie z SWZ miało dotyczyć podwykonawców innych niż udostępniający zasoby, na co wskazuje ww. ostatni akapit rozdziału XVI pkt 1 SWZ.

W pkt 11 oferty zostało wskazane: zamówienie zrealizujemy ~~sami~~ / przy udziale podwykonawców*.

L.p.	Podwykonawca	Zakres powierzonych robót oraz % udział
1	Wielobranżowy Zespół Projektantów S. J., 25-342 Kielce, ul. Mazurska 60	wykonanie dokumentacji technicznej branżowej, projektów wykonawczych wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę (4 %)
2	AMB Budownictwo K. P., Kozia Wieś 11; 29-105 Krasocin	wykonanie robót budowlanych zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz udzielonym zobowiązaniem do udostępnienia zasobów (50%)

W odwołaniu Odwołujący podnosi, że wskazanie w tym miejscu na 50% udział podwykonawstwa AMB Budownictwo K. P. wskazuje na wykonanie połowy obiektu i w związku z tym jego zdaniem Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Podnosi także, że zakres prac, który musi wykonać podmiot trzeci, aby uznać, że jego udział w realizacji zamówienia potwierdza spełnianie warunku udziału, jest ściśle uzależniony od treści warunku. Zdaniem Odwołującego przy treści warunku określonego w SWZ dotyczącego doświadczenia, podmiot udostępniający zasoby musiałby „wykonać budowę zamawianego obiektu", a zatem jego zdaniem wykonanie tylko 50% tego obiektu nie

spełnia wymogów SWZ i Pzp. Nadto Odwołujący zwrócił uwagę na wykaz osób

złożony przez Przystępującego stwierdzając, iż zarówno kierownik budowy jak i kierownicy robót stanowią zasób własny wykonawcy Kompens.

W ocenie Izby, w sytuacji, gdy w ofercie wykonawca Kompens złożył oświadczenie w przedmiocie procentowego udziału w wykonaniu zamówienia K. P. jako podmiotu udostępniającego zasoby, nie powinno ono zostać pominięte przez Zamawiającego przy badaniu spełniania przez tego wykonawcę postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, nawet w sytuacji, gdy takie oświadczenie zgodnie z intencją Zamawiającego wyrażoną w SWZ, winno się odnosić do innych podwykonawców niż udostępniający swoje zasoby.

Jak wyżej wskazano warunek udziału w postępowaniu dotyczy legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu dwóch robót budowlanych obejmujących budowę, przebudowę lub rozbudowę budynku użyteczności publicznej o wartości min. 6 000 000 zł każda. Z Wykazu robót złożonego przez wykonawcę Kompens wynika, że AMB Budownictwo K. P. powołuje się na jedną budowę i jedną rozbudowę. Przedmiotem zamówienia jest budowa centrum administracyjnego. Zgodnie z rozdziałem I pkt 1 SWZ 1. Przedmiot zamówienia realizowany jest w formule „zaprojektuj wybuduj". Przedmiotowe zamówienie obejmuje:

1) opracowanie dokumentacji projektowej w zakresie: aktualnej mapy do celów

projektowych, wniosku i uzyskanie decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego, dokumentacji geotechnicznej, pozwoleń wodno prawnych, jeśli będą wymagane, projektu budowlanego wraz z uzyskaniem niezbędnych uzgodnień oraz pozwolenia na budowę, projektu technicznego, projektu wykonawczego, projektu wnętrz części ogólnodostępnych oraz pomieszczeń higienicznosanitarnych, projektu identyfikacji wizualnej na elewacji oraz w budynku, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiarów, kosztorysów ofertowych, dokumentacji

powykonawczej w tym inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej;

2) Planuje się na podstawie zatwierdzonej dokumentacji projektowej:

- budowę budynku (pow. zabudowy ok. 703 m^2), budowę drewnianej

pergoli o wym. ok. 3,40x14,60 m, powierzchnia zabudowy 50

2 rozebranie części istniejących nawierzchni utwardzonych kolidujących z inwestycją (ok. 473 m^2), budowę nowych powierzchni utwardzonych, placów, dojść i dojazdów do budynku (ok. 850 m^2), budowę trzech zjazdów z drogi publicznej, budowę 10 miejsc parkingowych, w tym 2 stanowiska wyposażone w stacje do ładowania samochodów elektrycznych, wykonanie opaski żwirowej wokół budynku, przebudowę i rozbudowę oświetlenia zewnętrznego wraz z liniami zasilającymi, zaprojektowanie, wykonanie i

montaż elementów identyfikacji wizualnej na elewacji oraz w budynku, budowę monitoringu na zewnątrz budynku, przeniesienie istniejących obiektów małej

architektury kolidujących z planowaną inwestycją (pomnik sołtysa Wąchocka, tablice, ławki, kosze na śmieci), aranżację terenów zielonych, w tym przesadzenie istniejących drzew i krzewów kolidujących z inwestycją, posadzenie 1 drzewa liściastego, urządzenie klombu, przywrócenie trawników, budowę przyłącza wody, kanalizacji sanitarnej, gazu (jeśli będzie wymagane), elektroenergetycznego, telekomunikacyjnego, budowę

odprowadzenia wód opadowych na warunkach określonych przez gminę (np. do szczelnego zbiornika).

3) Planuje się wykonanie następujących instalacji w budynku:

- wody ciepłej i zimnej, kanalizacji sanitarnej, kanalizacji opadowej,

- c.o. (pompa ciepła, ew. rozwiązanie hybrydowe z kotłem gazowym), wentylacji mechanicznej nawiewno - wywiewnej z odzyskiem ciepła i klimatyzacją, elektrycznej, niskoprądowej, odgromowej, fotowoltaicznej (panele lub pokrycie dachu z paneli fotowoltaicznych, na dachu budynku), zasilania awaryjnego

(zewnętrzny agregat prądotwórczy - moc awaryjna powyżej 100 kW).

Zestawienie powierzchni (bilans terenu):

- powierzchnia terenu inwestycji: 3 900 m2 powierzchnia zabudowy: 703 m^2 (bez pergoli), pow. całkowita budynku 1 055 m^2 .

Planuje się budowę wolnostojącego budynku w formie dwóch prostopadłościanów o różnej wysokości i liczbie kondygnacji, przykrytych dachami wielospadowymi o kącie nachylenia połaci 30 ^{0}. Obydwie części połączono łącznikiem przykrytym dachem płaskim. Wysokość budynku, mierząc od poziomu terenu przed najniżej położonym wejściem do kalenicy budynku, wynosi 10,90 m dla części wyższej (dwukondygnacyjnej) i 7,60 m dla części niższej (jednokondygnacyjnej).

Stosownie do art. 118 ust.1 - 4 Pzp:

1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających

zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

4. 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 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 udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego musi mieć realny charakter, co winno wynikać z treści złożonego zobowiązania lub innego podmiotowego środka dowodowego i pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia, w realizacji którego podmiot udostępniający zasoby ma uczestniczyć.

Jak wyżej wskazano w treści zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiot je udostępniający wskazał m.in., że udostępnia je w zakresie wymaganego w SWZ warunku udziału w postępowaniu i będą one wykorzystane przez czynne podwykonawstwo w całym okresie realizacji zamówienia w zakresie odpowiadającym udostępnionemu zasobowi.

W okolicznościach analizowanej sprawy zauważenia wymaga, że jakkolwiek zobowiązanie AMB Budownictwo K. P. jako podmiotu udostępniającego zasoby zawiera jego oświadczenie, iż zrealizuje on usługi/roboty budowlane, do realizacji których wymagane są zdolności techniczne lub zawodowe (wykształcenie, kwalifikacje zawodowe, doświadczenie) to wskazanie przez wykonawcę Kompens w ofercie na 50% udział tego podwykonawcy, winno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do realności wykorzystania przez wykonawcę udostępnianych mu zasobów.

Przed podjęciem czynności wyboru oferty Kompens Zamawiający winien mieć pełną wiedzę co do tego, czy udostępniane temu wykonawcy zasoby mają realny charakter.

Zamawiający nie wziął aktywnego udziału w postępowaniu odwoławczym i nie przedstawił swojego stanowiska w omawianym przedmiocie. Z kolei ww. stanowisko Przystępującego zaprezentowane w zgłoszeniu przystąpienia nie jest do końca jasne i wymaga uprzedniej oceny Zamawiającego, która to ewentualnie mogłaby zostać poddana analizie przez Izbę co do jej zasadności. Izba nie może bowiem zastępować Zamawiającego przy czynnościach podejmowanych w postępowaniu. Przykładowo Przystępujący wskazuje w piśmie m.in. na element dostaw, na własne doświadczenie i załącza do pisma posiadane referencje, a jednocześnie potwierdza, że zamierza skorzystać z podwykonawstwa AMB Budownictwo K. P. . Przystępujący w swojej argumentacji wskazuje również na przepis art. 122 Pzp, który ma zastosowanie, jeżeli m.in. zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, podczas gdy w świetle treści odwołania okoliczności te nie są kwestionowane, kwestionowany jest natomiast zakres wykorzystania udostępnionych zasobów.

W związku z tym za zasadne należy uznać żądanie Odwołującego unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i przystąpienia do ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu. W sprawie zostały bowiem stwierdzone okoliczności, które winny zostać przez Zamawiającego wyjaśnione przed podjęciem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czego jednak Zamawiający nie uczynił.

W świetle treści SWZ, w tym przedmiotu zamówienia, treści oferty i dokumentów złożonych przez wykonawcę Kompens, bez uzyskania informacji jakie roboty przy realizacji zamówienia miałby wykonać ww. podwykonawca, nie jest możliwa ocena czy 50% udział tego podwykonawcy wskazany w pkt 11 ppkt 2 oferty jest wystarczający dla uznania realności zasobów czy zbyt mały. Przed podjęciem czynności co do oferty Przystępującego konieczne jest ustalenie konkretnego (na ile to możliwe przy przyjętej formule „zaprojektuj i wybuduj") zakresu udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia.

W ramach powtórzonych czynności Zamawiający winien zatem zwrócić się na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp do wykonawcy Kompens o wyjaśnienie rzeczywistego udziału podmiotu udostępniającego zasoby, tj. AMB Budownictwo K. P., a po otrzymaniu wyjaśnień ocenić realność udostępnionych zasobów.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, 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 stwierdzono naruszenia

przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

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

Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba uwzględniła wniosek Odwołującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika do wysokości zgodnej z ww. rozporządzeniem. W pozostałym zakresie Izba nie uwzględniła wniosku kosztowego Odwołującego, uznając go za bezzasadny.

Przewodniczący: ……..……..