

Sygn. akt: KIO 1627/23

WYROK

z dnia 22 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 20 czerwca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2023 r. przez: wykonawcę G. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „MAX-BUD G. P.” z siedzibą w Szerokie 119, 20 – 050 Lublin w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Poniatowa z siedzibą w Poniatowej, ul. Młodzieżowa 2

przy udziale wykonawcy Edach spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Ciecierzynie, Jakubowice Konińskie-Kolonia, Różana 3 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1627/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę G. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „MAX-BUD G. P.” z siedzibą w Szerokie 119, 20 – 050 Lublin i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę G. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „MAX-BUD G. P.” z siedzibą w Szerokie 119, 20 – 050 Lublin tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy G. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „MAX-BUD G. P.” z siedzibą w Szerokie 119, 20 – 050 Lublin na rzecz zamawiającego Gmina Poniatowa z siedzibą w Poniatowej, ul. Młodzieżowa 2 kwotę 3 600 zł. 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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 1627/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym bez negocjacji pt.: „Przebudowa Krytej Pływalni w Poniatowej” zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2023/BZP 00132509/01 z 13 marca 2023 r.

W dniu 31 maja 2023 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

W dniu 5 czerwca 2023 r. wykonawca G. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „MAX-BUD G. P.” z siedzibą w Szerokie 119, 20 – 050 Lublin wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 czerwca 2023 r. udzielonego przez właściciela firmy. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 5 czerwca 2023 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) w zw. z art. 123 ustawy przez zaniechanie czynności

odrzućenia oferty EDACH Sp. k. w sytuacji, w której ten wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 6 pkt. 6.1.4 SWZ, ponieważ podmiot trzeci (EDACH Sp. z o. o.) udostępnił swoje zasoby (doświadczenie) jedynie w nieznacznym, niewystarczającym z perspektywy treści warunku zakresie prac (wykonanie elewacji), zaś sam wykonawca również nie posiada wymaganego doświadczenia;

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy w zw. z § 9 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra

Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415) przez zaniechanie czynności odrzućenia oferty EDACH Sp. k. w sytuacji, w której ten wykonawca nie wykazał spełniania

warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 6 pkt. 6.1.4 SWZ, ponieważ podmiot trzeci (EDACH Sp. z o. o.) nie uczestniczył bezpośrednio w wykonaniu robót budowlanych zrealizowanych wraz z innymi podmiotami, wskazanych w treści złożonego wykazu robót budowlanych;

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy przez zaniechanie

czynności odrzucenia oferty EDACH Sp. k., który co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej

oferty EDACH Sp. k.;

3. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty EDACH Sp. k.;
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania

odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia ustawy przez zamawiającego. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu – za ofertą EDACH Sp. k. Doprowadzenie do odrzucenia oferty EDACH będzie skutkować tym, że to oferta odwołującego zostanie oceniona najwyżej, a jako podmiot spełniający warunki udziału w postępowaniu i niepodlegający wykluczeniu odwołujący będzie mógł uzyskać zamówienie.

W rozdziale 6 pkt. 6.1.4 SWZ zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca winien wykazać, że wykonał należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 12 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie min. 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie budynku krytej pływalni o wartości minimum 6 000 000,00 zł brutto, która: a)

obejmowała wykonanie technologii basenowej,

- b) obejmowała wykonanie niecki basenowej, o powierzchni minimum 80 m²

(dalej jako „warunek doświadczenia”)

31 maja 2023 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty EDACH Sp. k.. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) w zw. z art. 123 ustawy

W złożonej ofercie EDACH Sp. k. wskazał, że w zakresie warunku doświadczenia polega na zasobach swojego komplementariusza, tj. EDACH Sp. z o. o. Do oferty EDACH Sp. k. załączył wypełniony przez EDACH Sp. z o. o. załącznik nr 5 do SWZ – Wzór oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, w którym podmiot udostępniający oświadczył, że spełnia warunek doświadczenia.

- (5) Jednocześnie EDACH Sp. k. złożył wraz z ofertą dokument zatytułowany „ZOBOWIĄZANIE INNEGO PODMIOTU” (dalej jako „zobowiązanie”), w którym przedstawiciel tej spółki oświadczył, że zobowiązuje się do oddania EDACH Sp. z o. o., na potrzeby realizacji zamówienia, zasobów w postaci:

„referencji na wykonane roboty zgodnie z zakresem zamówienia”

EDACH Sp. o. o. oświadczył przy tym, że zakres jego udziału przy wykonywaniu zamówienia obejmie:

„Wykonanie elewacji w systemie ETIS”

Dokument zawierał przy tym dodatkowe oświadczenie o treści:

„Oświadczam, że w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, wyżej wymieniony podmiot na zasobach których polegam, zrealizuje roboty budowlane do realizacji których te zdolności są wymagane.”

- pod którym wskazano imię i nazwisko osoby składającej to oświadczenie, tj. J. S., z informacją, że jest on osobą uprawnioną do reprezentowania wykonawcy (zdefiniowanego w treści dokumentu jako EDACH Sp. z o. o. Sp. k., czyli wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu) w dokumentach rejestrowych lub we właściwym upoważnieniu.

Tym samym w złożonym przez EDACH dokumencie zawarto (połączono):

1. oświadczenie EDACH Sp. z o. o. o zobowiązaniu do oddania EDACH Sp. k. zasobów

w postaci „Referencji na wykonane roboty zgodnie z zakresem zamówienia”, których udostępnienie miałyby nastąpić przez „Wykonanie elewacji w systemie ETIS”

2. oraz oświadczenie EDACH Sp. k. o tym, że „wyżej wymieniony podmiot”, tj. EDACH

Sp. z o. o., „zrealizuje roboty budowlane do realizacji których te zdolności są wymagane”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 118 ust. 3 i 4 ustawy stosowne zobowiązanie, określające m. in. czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą, powinno zostać złożone – w zakresie wszystkich elementów – przez podmiot udostępniający zasoby, a nie przez wykonawcę.

W chwili złożenia oferty EDACH Sp. k. przedstawił zatem zobowiązanie EDACH Sp. z o. o., w którym określono jedynie, że ten podmiot zobowiązuje się do oddania EDACH Sp. k. „Referencji na wykonane roboty zgodnie z zakresem zamówienia” oraz że nastąpi to przez wykonanie w ramach zamówienia elewacji w systemie ETIS.

Nie powinno jednak według odwołującego ulegać wątpliwości, że wykonanie prac elewacyjnych, o których mowa w zobowiązaniu, nie może zostać uznane za wystarczające do zagwarantowania realnego wykorzystania doświadczenia potrzebnego do wykonania robót z zakresu technologii basenowej i niecki basenowej, o których mowa w warunku doświadczenia. Także oświadczenie EDACH Sp. z o. o. o tym, że odda EDACH Sp. k. „Referencje na wykonane roboty zgodnie z zakresem zamówienia” jest na tyle ogólne, że nie niesie za sobą jakiegokolwiek merytorycznej treści, istotnej dla zamawiającego z perspektywy możliwości pozytywnej oceny podmiotowej wykonawcy; przede wszystkim nie wskazuje, w jakim konkretnie zakresie, mieszczącym się w przedmiocie zamówienia, dojdzie do udostępnienia doświadczenia („referencji”) posiadanego przez EDACH Sp. z o. o. Równie dobrze – parafrazując popularną wśród zamawiających odpowiedź na wnioski o wyjaśnienie dokumentacji zamówienia – EDACH Sp. z o. o. mógł wskazać w treści zobowiązania, że udostępni EDACH Sp. k. swoje doświadczenie „zgodnie z SWZ”. Nie będzie przy tym przesadą stwierdzenie, że złożone wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego wskazuje w tej części jedynie na rodzaj udostępnianego zasobu (doświadczenie), a nie na jego zakres.

Analizując jednak całość treści zobowiązania zdaniem odwołującego należy uznać, że powołanie się przez EDACH Sp. k. na zasoby EDACH Sp. k. nastąpiło (do upływu terminu składa-

nia ofert) wyłącznie w zakresie doświadczenia w wykonywaniu prac elewacyjnych w systemie ETIS. Tak określony zakres udziału EDACH Sp. z o. o. w realizacji zamówienia stanowi przy tym istotny element treści oferty EDACH Sp. k., który nie może zostać rozszerzony na dalszym etapie postępowania.

Z otrzymanej przez odwołującego dokumentacji postępowania wynika, że 8 maja 2023 r. Zamawiający wezwał EDACH Sp. k. do złożenia (uzupełnienia) lub poprawienia zobowiązania EDACH Sp. z o. o.

W treści wezwania wskazał, że złożone wraz z ofertą zobowiązanie

„(...) nie wskazuje poprawnego zakresu robót jaki wykona podmiot trzeci w ramach udostępnienia zasobów, w jakim okresie to udostępnienie zasobów nastąpi oraz informacji na temat formy prawnej jaka będzie łączyła podmiotu udostępniający zasoby” z wykonawcą (...) Reasumując, podmiot udostępniający zasoby powinien wskazać w uzupełnionym zobowiązaniu dokładnie i szczegółowo zakres robót, który wykona podmiot udostępniający zasoby - odpowiadający treści warunku udziału w postępowaniu — zgodnie z pkt. 6.1.4 SWZ, a mianowicie wskazać, że wykona przebudowę budynku krytej pływalni wraz z technologią basenową oraz niecką basenową ze względu na treść warunku udziału (podmiot udostępniający zasoby powinien wykonać te roboty ze względu na to, że wykonawca nie posiada odpowiedniego doświadczenia w tym zakresie). Zamawiający wzywa do dokładnego opisu zakresu robót, do wykonania których zobowiązuje się podmiot udostępniający zasoby, okresu czasu na jaki zasoby zostaną udostępnione oraz wskazania formy prawnej łączącej podmiot udostępniający zasoby z wykonawcą.”

Z treści wezwania wynikało zatem, że zamawiający uznał pierwotny zakres robót (wsparcia EDACH Sp. z o. o. dla EDACH Sp. k.) za niewystarczający.

W odpowiedzi na to wezwanie EDACH Sp. k. złożył nowe Zobowiązanie, w którym EDACH Sp. z o. o. ponownie określił zarówno zakres doświadczenia zawodowego, który zamierza udostępnić EDACH Sp. k., jak i swojego udziału (podwykonawstwa) na etapie realizacji zamówienia. Poniżej odwołujący zawarł zestawienie pierwotnej i zmienionej treści zobowiązania EDACH Sp. z o. o.:

Pierwotne Zobowiązanie

Zakres udostępnianego doświadczenia „

Referencj[e] na wykonane roboty zgodnie z zakresem zamówienia”

Nowe Zobowiązanie

„doświadczenie zawodowe w postaci referencji na realizację inwestycji „Przebudowa Krytej Pływalni w Poniatowej”, które potwierdzają: doświadczenie polegające na wykonaniu roboty budowlanej, która polegała na budowie lub przebudowie lub remoncie budynku krytej pływalni wartość minimum 6 000 000,00 zł brutto która obejmowała wykonanie technologii basenowej oraz wykonanie niecki basenowej o powierzchni minimum 80m²”

Zakres udziału przy wykonywaniu zamówienia „Wykonanie elewacji w systemie ETIS” Nowe Zobowiązanie

„- przebudowa zaplecza szatniowosanitarnego wraz z dostosowaniem dla potrzeb osób niepełnosprawnych (dostęp niezależnym wejściem na halę basenową oraz wykorzystanie windy basenowej typu mobilnego),

- przebudowa strefy wejściowej - zmiana układu pomieszczeń w obrębie przestrzeni kaso-woszatniowej,
- rozbudowa zaplecza administracyjno-magazynowego (budowa nowego skrzydła budynku od strony zachodniej),
- przebudowa i modernizacja instalacji wewnętrznych - w tym technologii uzdatniania wody basenowej,
- wykonanie wieży pod zjeżdżalnię ,
- przebudowa oraz rozbudowa istniejącego fragmentu budynku zawierającego basen rekreacyjny tzw. brodzik o trzy nowe niecki basenowe tj. nieckę basenu szkoleniowego o wymiarach

4,3x12m (0,9- 1,2m),

- nieckę basenu rekreacyjnego (8x12m, gł. ze zjeżdżalnią o długości ok. 64,8 m oraz brodzik dla dzieci z atrakcjami wodnymi (3,30x12,80m), wanna SPA oraz dwie sauny fińskie z natryskami,
- dostosowanie obiektu do zaleceń „Ekspertyzy technicznej stanu ochrony przeciwpożarowej” oraz wydanych na jej podstawie postanowień WZ.52840.185.3.2022.PM oraz WZ.52UO.185.2.2022.PM Lubelskiego Komendanta Wojewódzkiego Państwowej Straży Pożarnej (odstępstwa)
- dobudowa trybun (siedziska) przy basenie typu pływackiego dla uczestników zawodów pływackich,
- wykonanie izolacji i termomodernizacji przegród zewnętrznych i fundamentów w zakresie koniecznym do wykonania przebudowy (rozbudowy) istniejącego obiektu,
- montaż stolarki okiennej i drzwiowej,
- wykonanie instalacji elektrycznych i teletechnicznych (instalacji oświetlenia zewnętrznego, podstawowego, awaryjnego, ewakuacyjnego, nagłośnieniowego, instalacje gniazd wtykowych 230V ogólnych i gniazd 400V, zasilania urządzeń elektrycznych branży sanitarnej, okablowania strukturalnego, instalacji przyzywowych, systemu CCTV, autonomicznych czujek dymu, głównego wyłącznika prądu, instalacji uziemiającej i połączeń wyrównawczych, instalacji odgromowej i przeciwporażeniowej, instalacji oświetlenia terenu,
- wykonanie instalacji sanitarnych (przebudowa w złącza ciepłego, instalacji c.o. i c.t., wod-kan., instalacji zewnętrznych, wentylacyjnych),
- wykonanie technologii basenowej (technologii uzdatniania wody obiegów basenów wraz z instalacją utrzymania stężenia chloru wolnego),
- montaż wyposażenia wewnętrznego,
- montaż elektronicznego systemu obsługi klienta,
- wykonanie wszystkich prac wykończeniowych wewnętrznych oraz zewnętrznych

Z powyższego zestawienia wynika zatem, że w stosunku do treści oferty EDACH Sp. k. zakres wsparcia EDACH Sp. z o. o. został istotnie zmieniony. Zgodnie z uzupełnionym zobowiązaniem EDACH Sp. k. zamierza skorzystać z doświadczenia EDACH Sp. z o. o. w zakresie niemalże całości zamówienia (bez robót rozbiórkowych, demontażowych oraz zagospodarowania terenu), podczas gdy z treści zobowiązani złożonego wraz z ofertą wynikało, że wsparcie EDACH Sp. z o. o. będzie dotyczyć jedynie wykonania elewacji.

Co istotne, niezależnie od widocznej już na pierwszy rzut oka skali zmian w zakresie robót, których wykonanie EDACH Sp. k. zamierza powierzyć EDACH Sp. z o. o., należy zwrócić uwagę, że o istotności dokonanej zmiany świadczy także wartość wymienionych powyżej robót. Prace elewacyjne stanowią nie więcej niż 5 % wartości zamówienia, natomiast prace wymienione w zmienionym zobowiązaniu ok. 90 %. Można zatem stwierdzić, że przedstawiając nowe zobowiązanie EDACH Sp. k. próbuje doprowadzić do istotnej zmiany treści oferty – zarówno w warstwie przedmiotowej (sposobu, w jaki zostanie zrealizowane zamówienie), jak i podmiotowej (zakresu udziału EDACH Sp. z o. o. jako podmiotu mającego posiadać adekwatne doświadczenie).

W ocenie odwołującego zaakceptowanie przez zamawiającego dokonanej zmiany treści Zobowiązania EDACH Sp. z o. o. (istotne rozszerzenie zakresu zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, który wynikał z oferty EDACH Sp. k.)

stanowi naruszenie art. 123 ustawy.

Zgodnie z art. 123 ustawy wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

W tym przypadku zakres możliwego powoływania się przez EDACH Sp. k. na zasoby podmiotu trzeciego został w chwili złożenia oferty ograniczony do doświadczenia w realizacji i późniejszym wykonaniu (w przypadku udzielenia zamówienia) prac elewacyjnych, co nie wyczerpuje jednak zakresu robót wymienionego w warunku doświadczenia.

W tym miejscu odwołujący zauważył, że zbliżony stan faktyczny był przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w sprawie o sygn. KIO 284/23 (wyrok z 15 lutego 2023 r.) W sprawie, w której wykonawca przedstawił wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego dotyczące udostępnienia „zasobów w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych - doświadczenie, przy czym sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów doty-

czył: wykonywania powierzonych części zamówienia jako podwykonawca, wykonywania wewnętrznych prac wykończeniowych przez cały czas wykonywania zamówienia - na czas niezbędny do realizacji zamówienia.” Izba uznała:

Zmiana oferty w odniesieniu do zakresu polegania na zasobach podmiotu trzeciego podczas realizacji zamówienia, czyli de facto w zakresie sposobu realizacji zamówienia, po upływie terminu składania ofert nie jest możliwa w sposób, który prowadziłby do rozszerzenia zakresu korzystania z tych zasobów. (...) wskazanie w ofercie nazwy i zakresu robót, który wykona podwykonawca, w związku z tym, że jest to podmiot, który użycza wykonawcy swoje doświadczenie dla wykazania spełnienia warunku udziału w przetargu dotyczącego doświadczenia, jest istotnym elementem treści oferty.

Izba stwierdziła, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca A&K znacząco rozszerzył zakres robót, które miały wykonywać podwykonawca PUZ w stosunku do tych wskazanych w ofercie. (...) W ocenie składu orzekającego dokonana zmiana treści oferty jest niedopuszczalna na gruncie art. 123 ustawy(...)

Powyższe oznaczają, że w momencie, kiedy zamawiający - po negatywnej weryfikacji podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby do wykazania spełnienia warunku udziału w przetargu, wezwie wykonawcę do uzupełnienia zdolności podmiotowej dotyczącej spełnienia tego warunku, wykonawca może:

- 1) wskazać innego podwykonawcę
- 2) wykazać się samodzielnym spełnieniem warunku.

Niemniej, już po upływie terminu na składanie ofert w postępowaniu obowiązuje zasada niezmienności treści oferty, w tym co do istotnych jej elementów, tu w zakresie sposobu realizacji umowy, więc ustawodawca dopuszcza zmianę podmiotu udostępniającego zasoby zgodnie z ograniczeniem określonym w art. 123 ustawy

Oznacza to, że w takiej sytuacji - w przeciwieństwie do możliwości szerokiego poprawienia, uzupełnienia i wyjaśniania oświadczeń z art. 125 ust. 1 ustawy, mamy znaczący ustawowy zakaz dotyczący zasad posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego. Ograniczenie dotyczy czasu - uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego przysługuje do upływu terminu składania ofert, i ograniczenie dotyczące zakresu - uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego w zakresie, który wykonawca wskazał na etapie składania ofert.

Znaczące rozszerzenie zakresu robót budowlanych zleczanych podwykonawcy PUZ, który udostępnia zasoby dotyczące spełnienia warunku posiadania właściwej zdolności technicznej i zawodowej w postaci doświadczenia dla wykonawcy A&K, o prace inne niż wskazane w ofercie roboty wykończeniowe, jest zatem niedopuszczalne na gruncie art. 123 ustawy”

Zdaniem Izby rozszerzenie przez wykonawcę zakresu robót realizowanych przez podmiot trzeci prowadzi do naruszenia art. 123 ustawy oraz zasady niezmienności oferty, a jako takie jest niedopuszczalne.

Podobne stanowisko zostało także zajęte przez Izbę w sprawie o sygn. KIO 510/22 (wyrok z 18 marca 2022 r.) i w sprawie o sygn. KIO 1174/20 (wyrok z 13 lipca 2020 r.)

Zamawiający nie powinien był uznać, że EDACH Sp. k. wykazał w ten sposób spełnianie warunku doświadczenia. Jego obowiązkiem było zatem odrzucenie oferty EDACH Sp. k. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy.

Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy w zw. z § 9 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415)

Niezależnie od tego, że przedstawienie przez EDACH Sp. k. nowego zobowiązania, w którym doszło do zakazanego rozszerzenia powoływania się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, powinno było skutkować uznaniem, że ten wykonawca nie spełnia warunku doświadczenia, zamawiający nieprawidłowo uznał, że podmiot udostępniający zasoby (EDACH Sp. z o. o.) posiada wymagane doświadczenie.

W treści złożonego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego (z art. 274 ust. 1 ustawy) wykazu robót EDACH Sp. k.

powołał się na dwie roboty budowlane, które miały zostać zrealizowane przez EDACH Sp. z o. o.):

- a) budowa krytej pływalni wraz z remontem i rozbudową hali sportowej MOSiR we Włodawie, ul. Szkolna 4 (zakończona 31 maja 2012 r.), zrealizowane w ramach konsorcjum z ELEKTROMEKS Sp. z o. o., WAMACO Sp. z o. o., POLMIL LTD Sp. z o. o.
- b) budowa krytej pływalni przy Zespole Szkół nr 7 w Lublinie, przy ul. Roztocze 14 wraz z instalacjami wewnętrznymi, przyłączami, oświetleniem i zagospodarowaniem terenu (zakończona 11 września 2013 r.), zrealizowane w ramach konsorcjum z POLMIL LTD Sp. z o. o.

Ze względu na to, że ani z treści wykazu robót, ani z załączonych do niego referencji, nie wynikało, który z konsorcjantów wykonywał roboty budowlane, o których mowa w warunku doświadczenia, tj. wykonanie, w ramach roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie lub remoncie budynku krytej pływalni o wartości minimum 6 000 000,00 zł brutto, która technologii basenowej oraz niecki basenowej o powierzchni minimum 80 m², zamawiający pismem z 24 maja 2023 r. zwrócił się do EDACH Sp. k. o wyjaśnienie:

- a) czy EDACH Sp. z o.o. bezpośrednio uczestniczył w wykonaniu robót budowlanych wskazanych w pozycji 1) oraz 2) wykazu, w zakresie wymaganym warunkiem doświadczenia; b) czy inwestycja wskazana w wykazie robót i referencjach dla pozycji 1) stanowi budowę lub przebudowę lub remont budynku krytej pływalni o wartości minimum 6 000 000 zł

brutto, oraz wskazania jaka jest robót budowlanych wyłącznie w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu budynku krytej pływalni z wyłączeniem prac o innym charakterze.

W odpowiedzi na to wezwanie EDACH Sp. k. pismem z 29 maja 2023 oświadczył, że w przypadku obydwu robót opisanych w treści wykazu był podmiotem odpowiedzialnym bezpośrednio za wykonanie prac polegających na wykonaniu technologii basenowej oraz niecki basenowej o powierzchni minimum 80 m².

Zgodnie z wiedzą, którą odwołujący posiada na moment wniesienia odwołania, w ramach wykazanych zamówień EDACH Sp. z o. o. nie uczestniczył jednak bezpośrednio w wykonaniu prac, o których mowa w warunku doświadczenia, tj. w wykonaniu technologii basenowej oraz niecki basenowej o powierzchni minimum 80 m². Takie prace były najprawdopodobniej realizowane przez pozostałych partnerów konsorcjów.

Zamawiający nie powinien był zatem uznać, że EDACH Sp. k. – przez powołanie się na zasoby EDACH Sp. z o. o. – wykazał spełnianie warunku doświadczenia.

Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy

Odwołujący zauważył, że niezależnie od konieczności odrzucenia w takim przypadku oferty EDACH Sp. k. na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy, zamawiający powinien był uznać, że wskazanie w treści wyjaśnień, że EDACH Sp. z o. o. był „odpowiedzialny bezpośrednio” za wykonanie prac, o których mowa w warunku doświadczenia, stanowi przedstawienie, co najmniej w wyniku lekkomyślności, informacji wprowadzających w błąd, co mogło (i miało) mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia; kierując się złożonymi w tym zakresie oświadczeniami zamawiający uznał, że EDACH Sp. k. wykazał spełnianie stosownego warunku udziału w postępowaniu oraz wybrał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą.

Zamawiający powinien był zatem uznać, że EDACH Sp. k. podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy (zamawiający przewidział tę podstawę wykluczenia w rozdziale 7, pkt 7.2 SWZ).

Zgodnie z orzecznictwem KIO obowiązkiem wykonawcy jest weryfikacja podawanych danych, szczególnie w sytuacji gdy te mają lub mogą mieć wpływ na ocenę złożonej oferty. Wykonawca powinien w tym zakresie dochować należytej, przynależnej profesjonalności staranności przy składaniu oświadczeń w danym postępowaniu. Dodatkowo „wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa w postępowaniu ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości, bowiem mają one wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności.”

Zdaniem KIO „(...) dla spełnienia przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy wystarczające jest wprowadzenie zamawiającego w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. Nie jest konieczne zamierzone działanie czy rażące niedbalstwo. Lekkomyślność będzie polegać na tym, że wykonawca przedstawia informacje, przewidując możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, ale bezpodstawnie sądzi, że skutku tego uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności. Natomiast niedbalstwo zachodzi, jeżeli wykonawca nie ma w ogóle wyobrażenia co do możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, choć przy dołożeniu należytej staranności powinien był skutek ten sobie wyobrazić, co w ocenie Izby miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.”

Dodatkowo „zastosowanie omawianej normy [art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy], zgodnie z jej brzmieniem, nie jest zależne od tego, czy w przetargu potwierdzą się inne podstawy wykluczenia. Jest to samodzielny, odrębny przepis, który nie jest uzależniony od stwierdzenia przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy (...) art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy, systemowo pełni także rolę prewencyjną, jego celem jest nie tylko wykluczenie nierzetelnych wykonawców, ale również zapewnienie, że wykonawcy nie będą zachęceni przez zbyt pobłażliwe normy prawne do usiłowania wprowadzenia w błąd zamawiającego, z ewentualną opcją na „poprawę” czy „pełniejsze wyjaśnienie” swojego działania w przypadku, gdy ich

zachowanie zostanie wykryte."

Odwołujący zwrócił uwagę, że wyjaśnienia EDACH Sp. k. dotyczą zamówień, które były realizowane przez jego komplementariusza – EDACH Sp. z o. o., tj. przez podmiot bezpośrednio powiązany (zarówno kapitałowo, jak i osobowo). EDACH Sp. k. z pewnością posiada pełny zakres informacji na temat faktycznego podziału zadań pomiędzy członków obydwu konsorcjów.

W dniu 7 czerwca 2023 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 12 czerwca 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się wykonawca Edach spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Ciecierzynie, Jakubowice Konińskie-Kolonia, Różana 3 i wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, bo jego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, a oddalenie odwołania umożliwi mu uzyskanie zamówienia. Przystępujący nie zgadza się z treścią postawionych przez odwołującego zarzutów i argumentów. W sposób należyty i dostateczny udostępnił zamawiającemu informacje, które potwierdzały wykonanie prac budowlanych w zakresie dopuszczalnym ustawą oraz wymaganych postanowieniami zamówienia. Potwierdzeniem tej tezy są dokumenty jakie zostały przekazane zamawiającemu na etapie postępowania przetargowego. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 12 czerwca

2023 r. udzielone przez prezesa zarządu komplementariusza, uprawnionego do reprezentacji zgodnie z KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania przystąpienia stronom.

W dniu 19 czerwca 2023 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

W zakresie zarzutu, o którym mowa w pkt 1) odwołania, zamawiający stoi na stanowisku, że podczas oceny ofert prawidłowo zinterpretował i zastosował art. 118 i 123 oraz art. 128 ustawy. Zgodnie z treścią art. 116 ust. 1 ustawy w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Zgodnie z art. 118 ustawy 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 odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. 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. 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.

Art. 118 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi transpozycję do porządku krajowego art. 63 dyrektywy 2014/24 w którym wskazano, że uprawnieniem wykonawcy jest - w odnie-

sieniu do kryteriów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej - polegać na zdolności innych podmiotów (art. 118 ust. 1), niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. W odniesieniu do kryteriów dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą polegać na zdolności innych podmiotów (art. 118 ust. 2) tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. W przypadku gdy wykonawca chce polegać na zdolności innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami (art. 118 ust. 3-4), przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. Instytucja zamawiająca sprawdza, czy podmioty, na których zdolności wykonawca zamierza polegać, spełniają odpowiednie kryteria kwalifikacji, i czy istnieją podstawy wykluczenia na mocy art. 57.

Z podanych wyżej przepisów wynika, że:

- a) uprawnieniem zamawiającego jest wymaganie spełnienia warunku odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy;
- b) uprawnieniem wykonawcy jest wykazanie warunku doświadczenia przez powołanie się na zdolności innego podmiotu;

- c) podmiot udostępniający zasoby musi spełniać wskazany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu oraz nie może podlegać wykluczeniu z udziału w postępowaniu;
- d) zamawiający powinien zbadać czy podmiot udostępniający zasoby spełnia warunek udziału w postępowaniu i czy nie podlega wykluczeniu;
- e) jeśli podmiot udostępniający zasoby nie spełnia warunku udziału w postępowaniu lub podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu wykonawca nie może wykazać warunku udziału w postępowaniu polegając na jego zasobach;
- f) art. 118 ust. 1 pozwala na korzystanie ze zdolności innego podmiotu zaś celem dowodu, o którym nowa w art. 118 ust. 4 jest wykazanie realności transferu określonych i skonkretyzowanych zasobów.

Jednocześnie w art. 123 ustawy zawarto uzupełnienie ww. regulacji wprowadzając zasadę, zgodnie z którą wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca powołał się na inny podmiot w zakresie zdolności dotyczącej doświadczenia w wykonywaniu robót budowlanych (samodzielnie nie spełniając warunku udziału w postępowaniu). Z dokumentów złożonych w postępowaniu wynika, że podmiot, na którego zdolności polega wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. W wykonaniu przepisu art. 118

ust. 3 wykonawca złożył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby zawierające wszystkie elementy wskazane w art. 118 ust. 4 ustawy. Zamawiający uznał, że podmiot udostępniający zasoby wskazał w zobowiązaniu zakres zasobów, sposób i okres ich udostępnienia oraz to czy będzie zrealizuje roboty budowlane których dotyczą transferowane zdolności. Zamawiający uznał, że wskazany sposób udostępnienia zasobów jest wadliwy bowiem planowany zakres realizacji robót budowlanych jest zbyt wąski i wezwał wykonawcę do uzupełnienia zobowiązania o wskazanie zakresu, który będzie wystarczającym do realnego transferu zasobu z podmiotu udostępniającego zasoby na wykonawcę.

Przedmiotem odmiennej oceny zachowania zamawiającego przez odwołującego i zamawiającego jest interpretacja art. 123 ustawy. Odwołujący wywodzi, że zmiana planowanego zakresu podwykonawstwa w wyniku zastosowania art. 128 narusza regulację art. 123 a tym samym implikuje konieczność odrzucenia oferty wykonawcy, zamawiający twierdzi, że w realiach tego stanu faktycznego naruszenia takie nie miało miejsca, zaś oferta wykonawcy nie podlega wykluczeniu.

W ocenie zamawiającego interpretacja treści art. 123 zaprezentowana przez odwołującego jest wadliwa. Przepis ten jest kontynuacją regulacji wskazanej w art. 118 (o czym świadczy systematyka ustawy i jego umiejscowienie w oddziale 3 „Udostępnienie zasobów”). Kluczowe dla literalnej wykładni art. 118 i 123 ustawy jest rozstrzygnięcie zakresu używanych w ww. oddziale pojęć: „zdolność” i „zasób” oraz „sposób udostępnienia wykonawcy zasobu”. Art. 118 wskazuje, że 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 podmiotu udostępniającego zasoby. W art. 118 ust. 2 wskazano, że w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W art. 118 ust. 3 ustawodawca reguluje techniczny sposób korzystania ze zdolności innego podmiotu wskazując, że wykonawca, który polega na zdolnościach 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. Zgodnie z treścią art. 118 ust. 4 ustawy (rozwiniecie art. 118 ust. 3) zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby ma potwierdzać, 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.

Opierając się na założeniu racjonalnego ustawodawcy należy przyjąć, że używając w jednym akcie prawnym trzech różnych pojęć nie nadaje im tożsameru znaczenia. Art. 118 wskazuje w ocenie zamawiającego precyzyjnie, że doświadczenie jakie posiada podmiot udostępniający zasoby jest jego zdolnością, zaś wykorzystanie tej zdolności odbywa się przez wyodrębnienie skonkretyzowanego zasobu, który zostaje przekazany i wykorzystany na etapie realizacji zamówienia (w przypadku robót budowlanych jest to ich wykonanie). Techniczny i prawny sposób transferu zasobu oznacza zaś sposób udostępnienia zasobów (np. umowa o podwykonawstwo). Taką też interpretację w sposób konsekwentny przyjął zamawiający na potrzeby oceny dokumentacji złożonej przez wykonawcę. Do podobnych wniosków prowadzi analiza treści art. 63 dyrektywy 24/2014, która wskazuje, że w odniesieniu do kryteriów dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. W dalszej części ww.

przepisu wskazano, że w przypadku, gdy wykonawca chce polegać na zdolności innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. Literalna wykładnia ww. regulacji wskazuje, że ustawodawca wspólnotowy wyodrębnił pojęcie zdolności i zasobów (zdolność odnosząc do danego warunku udziału w postępowaniu np. wymogu posiadania doświadczenia, zaś zasoby odnosząc do konkretnego formalno-technicznego mechanizmu transferu danej zdolności).

W ocenie zamawiającego zakaz ujęty w regulacji art. 123 powołania się po terminie składania ofert dotyczy jedynie zdolności podmiotu udostępniającego zasoby (wykładnia literalna). Regulacja w żadnym miejscu nie powołuje się na pojęcie zasobów. Jest to rozwiązanie ze strony ustawodawcy celowe. Gdyby racjonalny ustawodawca chciał, aby zakaz ten obejmował również zasoby (w tym sposób i zakres ich transferu) – wskazałby je tym przepisem, gdyż w art. 118 używa ww. pojęć odrębnie nadając im inne zakresy znaczeniowe. Interpretacja art. 123 przyjęta przez zamawiającego uwzględnia nakaz wąskiej (literalnej) interpretacji przepisów które stanowiąc miałyby dla zamawiającego podstawę odrzucenia oferty (orzeczenie TSUE z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17).

Na marginesie zamawiający podkreślił, że użyte w art. 123 ustawy pojęcie „zakresu zdolności” nie może być utożsamiane z pojęciem „zakresu zasobu”. Zakres zdolności w niniejszej

sprawie (warunek oświadczenia) należy odnieść do regulacji art. 116 ustawy uszczegóławiającej cztery zdolności technicznej i zawodowej i wskazującej, że w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia

(1), kwalifikacji zawodowych

(2), doświadczenia

(3), potencjału technicznego

(4) wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Jeśli bowiem w art. 123 ustawodawca posługuje się pojęciem „zakresu zdolności” zaś w innym przepisie ustawy (art. 116) opisując zdolność techniczną i zawodową (będącą jednym z czterech obszarów warunków udziału w postępowaniu) wskazuje, że dzieli się na cztery grupy potencjałów to naturalnym w procesie wykładni gramatycznej jest odniesienie tego pojęcia do tych właśnie zakresów. Innymi słowy, jeśli z oferty i dokumentów złożonych wraz z ofertą wynika, że wykonawca samodzielnie wykazuje warunek potencjału kadrowego (kwalifikacje zawodowe kadry) zaś polega na zasobach podmiotu trzeciego na zdolności doświadczenia -to art. 123 zabrania zmiany zakresu zdolności, a więc rozszerzenia polegania na zasobach innego podmiotu na warunek potencjału kadrowego, co do którego wykonawca pierwotnie wskazał, że spełnia go samodzielnie. Art. 123 dopuszcza tym samym zmianę zasobu, w ramach którego dojdzie do realnego transferu zdolności, gdyż takie rozwiązanie nie przeczy ratio legis tego przepisu (nie dochodzi do zmiany sposobu wykazania warunku udziału w postępowaniu ani zmiany zakresu zdolności). A jeśli ustawodawca dopuszcza zmianę zasobu tym bardziej dopuszcza techniczną zmianę jaką jest zmiana sposobu jego udostępnienia poprzez rozszerzenie proponowanego zakresu podwykonawstwa.

W przedmiotowej sprawie przed upływem terminu składania ofert wykonawca powołał się na zdolności podmiotu trzeciego w zakresie doświadczenia i po upływie terminu składania ofert tego nie zmienił. Dokonana przez wykonawcę zmiana dotyczyła jedynie zakresu podwykonawstwa, a więc zasobu (technicznego sposobu transferu zasobów).

Kolejnym argumentem przemawiającym za prawidłowością stanowiska zamawiającego jest wykładnia historyczna. Należy podkreślić, że przepis art. 123 ustawy Prawo zamówień publicznych został wprowadzony do polskiego systemu zamówień publicznych w efekcie chęci wdrożenia tezy przyjętej w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 4.05.2017 r., C-387/14, Esa-projekt sp. z o.o. v. Województwo Łódzkie opartej na interpretacji art. 51 dyrektywy 2004/18/WE. TSUE orzekł, że przepis ten „należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia pu-

blicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia”. Należy podkreślić, że wyrok ten zapadł w odniesieniu do stanu faktycznego w którym wykonawca informujący zamawiającego o tym, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu w trakcie trwania postępowania zmienił sposób wykazywania warunku w ten sposób, że skorzystał z zasobów innego podmiotu. Wyrok TSUE w utrwalonym orzecznictwie KIO rozumiany był wąsko (literalnie) jako zakazujący przejścia z wariantu samodzielnego wykazywania warunków doświadczenia (art. 116) na wariant z wykorzystaniem zasobów innego podmiotu (art. 118). Podobne stanowisko prezentuje doktryna cyt. „w okolicznościach określonych w art. 122 wykonawcy przyznano uprawnienie do zmiany sposobu wykazywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu – może on wykazać dysponowanie zasobami innego niż pierwotnie wskazany wykonawcy lub też przedstawić zasoby własne do oceny. Ustawodawca nie dopuszcza natomiast możliwości zmiany sposobu wykazania spełnienia warunku w taki sposób, że wykonawca złożył wniosek lub ofertę bez powołania się na zasoby innego podmiotu, a w wyniku weryfikacji przez zamawiającego i uznania, że warunki nie są spełnione, i następującego wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy próbuje uzupełnić swój potencjał zasobami nowego podmiotu trzeciego”.

Stanowisko odwołującego sprowadza się do nieuzasadnionego i nieznanego ustawie rozszerzenie pierwotnego zakresu stosowania tezy z ww. wyroku TSUE.

Przyjęcie, że art. 123 zakazem swoim obejmuje sposób transferu zasobu prowadzi do niedających się rozstrzygnąć kolizji normatywnych:

- a) wykonawca korzystający z zasobów podmiotu udostępniającego zasoby który przedstawił w zobowiązaniu zbyt wąski zakres podwykonawstwa w stosunku do zapewniającego realny transfer zasobów nie miałby prawa dokonać zmiany tego zakresu zaś miałby prawo skorzystać z rozwiązania wskazanego w art. 122 ustawy tj. w miejsce podmiotu udostępniającego zasoby mógłby wskazać inny podmiot. Jednak wykorzystując to rozwiązanie nie mógłby wskazać, że nowy podmiot wykona szerszy (prawidłowy) zakres robót pozwalający na uznanie, że spełnia warunek udziału w postępowaniu (zakres transferu zasobów zaprezentowana przez pierwszy podmiot wiąże wykonawcę w zakresie w jakim wykorzystuje podmiot kolejny). W efekcie uprawnienie wskazane w art. 123 było iluzoryczne, co przeczy założeniu racjonalnego ustawodawcy;
- b) wykonawca, który złożyłby zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby o zbyt ogólnej treści (np. wskazującej, że wykona jako podwykonawca roboty niezbędne do transferu zdolności) i zostałby wezwany do poprawienia zobowiązania ze względu na jego ogólnikowość – mógłby w ramach procedury wskazanej art. 128 wskazać zakres szczegółowy podwykonawstwa.

Nie miałby wówczas zastosowania art. 123 ustawy, gdyż nie doszłoby w tym zakresie do sposobu udostępnienia zasobu ani zmiany zakresu podwykonawstwa a jedynie do jego doprecyzowania. Powyższe w ocenie zamawiającego w sposób nieuzasadniony faworyzowałoby wykonawców, którzy dopiero w efekcie zastosowania art. 128 spełnialiby oczekiwania zamawiającego względem wykonawców (wyrażone w tym wezwaniu). Tym samym doszłoby do naruszenia art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oceniając zachowanie zamawiającego należy podkreślić, że w prowadzonym postępowaniu zrezygnował z możliwości jaką daje mu regulacja wskazana w art. 462 ust. 2 ustawy (nie żądał wskazania w ofercie części zamówienia jakich których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom). W efekcie informacja o podwykonawstwie i jego zakresie nie była dla niego istotna i tym samym nie stanowiła istotnej treści oferty. Informacja ta pojawiła się jedynie w zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby (a nie w treści oferty) - co jest elementem odróżniającym stan faktyczny będący przedmiotem sporu od stanów faktycznych ocenianych przez KIO w sprawach powołanych przez odwołującego. Zobowiązanie to jest bezspornie podmiotowym środkiem dowodowym. Zgodnie z treścią art. 128 ustawy obowiązkiem zamawiającego jest wezwanie wykonawcy do poprawienia lub uzupełnienia tego zobowiązania, jeśli nie jest kompletne lub zawiera błędy, co zamawiający uczynił. W efekcie zastosowania art. 128 ustawy nie doszło więc do zmiany treści oferty. Zamawiający stoi na stanowisku, że zastosowanie art. 128 nie naruszyło też art. 123 ze względu na to, że w postępowaniu nie doszło do zmiany sposobu wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie którejkolwiek ze zdolności, do których warunki referowały (w tym zakresie stanowisko wykonawcy o korzystaniu z zasobów podmiotu trzeciego w zakresie zdolności zawodowej zostało utrzymane). Reasumując, zamawiający stoi na stanowisku, że nie naruszył art. 123 przez zastosowanie wezwania w trybie art. 128 w wyniku którego wykonawca uzupełnił zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby o wskazanie zmienionego w stosunku do pierwotnej treści tego zobowiązania zakresu podwykonawstwa jaki wykona na etapie realizacji zamówienia. Stanowisko swoje zamawiający opiera na rozróżnieniu przez ustawodawcę unijnego i krajowego pojęcia „zdolności” oraz „zasobu”, co w konsekwencji powoduje, że zakres zdolności (do którego odnosi się art. 123 i zakazuje jego zmiany) nie oznacza tego samego co zakres zasobu i sposób jego udostępnienia oraz zakres podwykonawstwa (art. 118 ust. 4). W przedmiotowym postępowaniu nie zmieniono po upływie terminu składania ofert zakresu zdolności na której polega wykonawca (doświadczenie w wykonywaniu robót), nie zmieniono zakresu dostępnych zasobów (doświadczenie zdobyte przez podmiot trzeci podczas realizacji wskazanych w zobowiązaniu i wykazie robót inwestycji), nie zmieniono sposobu udostępnienia zasobów rozumianego jako techniczny i formalny sposób zachowa-

nia się podmiotu trzeciego (podwykonawstwo), zmieniono jedynie element do którego odnosi się art. 118 ust. 4 pkt 3 ustawy, a więc zakres podwykonawstwa. Wykładnia gramatyczna przepisu art. 123 bez żadnych wątpliwości prowadzi do wniosku o tym, że art. 123 nie ma zastosowania do treści zobowiązania obejmującego zakres podwykonawstwa. Stanowisko odwołującego prowadzi do rozszerzającego, niezgodnego z literalnym brzmieniem oraz niezgodnego z założeniem racjonalnego wykonawcy sposobu wykładni przepisów art. 123 ustawy. Jeśli intencją ustawodawcy byłoby wskazanie, że art. 123 referuje do zasobu i tym samym zakazuje zmiany zakresu podwykonawstwa jako technicznego sposobu przekazania zasobu - powinien to wyraźnie ująć w tym przepisie (gdyż konsekwentnie w regulacji ustawowej odróżnia zdolność od zasobu). Dokonywanie w tym zakresie wykładni rozszerzającej jest w ocenie zamawiającego niedopuszczalne. Trybunał Sprawiedliwości UE (por. wyrok z 13 lipca 2017 r. C-35/17) stoi na stanowisku, że zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązujące we wszystkich przetargach publicznych wymagają tego, by warunki materialne i formalne dotyczące udziału w przetargu były jasno z góry określone i podane do publicznej wiadomości, zwłaszcza w zakresie obowiązków ciążyących na oferentach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów (zob. podobnie wyroki: z dnia 9 lutego 2006 r., La Ca-scina i in., C-226/04 i C-228/04, EU:C:2006:94, pkt 32; a także z dnia 2 czerwca). Ten obowiązek kierowany jest także do ustawodawcy krajowego, który nie może tworzyć przepisów stanowiących podstawę odrzucenia oferty w sposób umożliwiający ich swobodną i rozszerzającą wykładnię. W tym względzie Trybunał orzekł już, że zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej

dokumentacji luk (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 51). Odnosząc się do zarzutu wskazanego w pkt 2) odwołania zamawiający podniósł:

Odwolujący nie poparł stawianego zarzutu żadnymi dowodami, a samo uzasadnienie stawianego zarzutu spłył do wyrażenia własnych wątpliwości co do prawdziwości wyjaśnień złożonych w toku postępowania. Odwołujący powołał się na „własną wiedzę” i postawił tezę, że prace wymagane warunkiem były „najprawdopodobniej” realizowane przez pozostałych partnerów konsorcjów. Tym samym, cały zarzut nie niesie za sobą jakiegokolwiek wartości merytorycznej i stanowi bezzasadną polemikę z prawidłowo dokonaną czynnością zamawiającego.

Okoliczność spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający bada na podstawie dokumentów, które wykonawcy przedstawiają w toku postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego. Jeżeli treść dokumentów swoim zakresem i formą odpowiada odpowiednim dla nich przepisom, zamawiający nie ma możliwości uznać, że wykonawca, którego dokumenty te dotyczą warunków udziału nie spełnia. Zamawiający oczywiście może kwestionować poprawność czy nawet prawdziwość tych dokumentów, jeżeli ma ku temu uzasadnione podstawy. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu sytuacja taka nie wystąpiła. Treść dokumentów, po udzieleniu wyjaśnień, była dla zamawiającego jasna i wystarczająca do uznania, że wykonawca potwierdził spełnianie przez podmiot trzeci warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum. Zamawiający nie posiadał (i nadal nie posiada) wiedzy, a tym bardziej jakichkolwiek dowodów, które mogłyby świadczyć, że złożone w postępowaniu oświadczenie jest wadliwe.

Z uwagi na powyższe, zamawiający nie znajduje żadnych podstaw do uznania, że dokonana ocena wyjaśnień dotyczących zaangażowania podmiotu trzeciego w wykonanie robót budowlanych, które stanowią podstawę wykazania posiadanego przez ten podmiot doświadczenia, była wadliwa. Wykonawca odpowiedział na wezwanie w określonym terminie, a treść wyjaśnień wypełniała nałożony w wezwaniu obowiązek.

Odnosząc się do rzekomego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, zamawiający podniósł:

Zarzut stawiany przez Odwołującego jest konsekwencją zarzutu z pkt 2) odwołania i jest z nim nierozzerwalnie połączony.

Jak wskazał zamawiający w części II odpowiedzi na odwołanie, zarzut podnoszony w pkt 2) odwołania jest całkowicie bezzasadny i nie został w żaden sposób merytorycznie wykazany a opiera się jedynie na postawieniu hipotezy przez odwołującego.

Bezzasadność zarzutu wskazanego w pkt 2) odwołania stanowi podstawę oddalenia zarzutu podnoszonego w pkt 3) jako naturalna konsekwencja ich wzajemnej korelacji.

Odwolujący zarzuca zamawiającemu podjęcie nieprawidłowych działań w postępowaniu, które wiąże z istnieniem okoliczności wskazujących na wadliwość złożonych w toku postępowania oświadczeń, nie wykazując jednocześnie na czym ta wadliwość miałaby polegać. Samo postawienie hipotezy o możliwości wystąpienia wady nie jest wystarczające do uznania, że reakcja zamawiającego na otrzymane w postępowaniu dokumenty była wadliwa. Zamawiający ocenił je bowiem zgodnie z posiadaną wiedzą, wykorzystując posiadane do tego uprawnienia nadane ustawą i aktami wykonawczymi, czego przejawem były chociażby kierowane do wykonawcy wezwania. Wszelkie wątpliwości zamawiającego i stwierdzone braki zostały odpowiednio wyjaśnione i uzupełnione. Brak było podstaw do tego, aby nie uznać sposobu wykazania spełniania przez wykonawcę (również w zakresie polegania na zdolnościach podmiotu

trzeciego) warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie może szerzej odnieść się do zarzutów formułowanych w pkt 2) i 3) odwołania z uwagi na to, że same zarzuty są ogólne,

hipotetyczne i nie dowodzą wystąpienia okoliczności, które odwołujący w ramach zarzutów wysnuwa.

Odwolujący wycofał zarzuty odwołania w zakresie:

- zarzutu 2. – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy w zw. z § 9 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415);
- zarzutu 3. – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy.

Jednocześnie oświadczył, że podtrzymuje odwołanie w zakresie zarzutu 1. – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) w zw. z art. 123 ustawy

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ, wyjaśnień SWZ z dnia 17 marca 2023 r. oferty przystępującego, wezwania zamawiającego w zakresie zobowiązania innego podmiotu, udzielonej odpowiedzi, wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, udzielonej odpowiedzi, wezwania do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych i udzielonej odpowiedzi, wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W SWZ:

6.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

6.1.4. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie:

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku:

Wykonawca winien wykazać, że wykonał należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie min. 2 roboty budowlane, z których każda:

a) polegała na budowie lub przebudowie lub remoncie budynku krytej pływalni wraz z

technologią basenową, posiadającej co najmniej jedną nieckę basenową, o powierzchni minimum 80 m²,

b) miała wartość minimum 6 000 000,00 zł brutto.

DODATKOWE INFORMACJE DOTYCZĄCE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU: 1) Wykonawca powinien w wykazie robót wyraźnie określić zakres i wartość robót, aby

można było ustalić, czy spełnia warunek udziału w postępowaniu.

2) Zgodnie z orzeczeniem TSUE C-387/14 (ESAPROJEKT) /odpowiedź na pytanie

czwarte/ Zamawiający wskazuje, że w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub w przypadku korzystania z podmiotów udostępniających zasoby

na podstawie art. 118 ustawy Wykonawca lub minimum jeden Wykonawca wspólnie ubiegający się o zamówienie lub minimum jeden podmiot udostępniający zasoby musi posiadać pełne doświadczenie wskazane w warunku udziału w postępowaniu wskazane w pkt. 6.1.4. SWZ - dotyczy to konieczności wykazania doświadczenia wynikającego z powtarzalności wykonanych robót tj. wykonania minimum 2 robót przez jeden podmiot

3) Zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 ze zm.), przez budowę rozumie się wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego.

4) Zgodnie z art. 3 pkt 7a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, przez przebudowę rozumie się 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; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego.

5) Zgodnie z art. 3 pkt 8 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, przez „remont” w rozumieniu zapisów SWZ rozumie się 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.

6) Zgodnie z art. 2 pkt 8) (Ustawy z dnia 18 sierpnia 2011 r. o bezpieczeństwie osób przebywających na obszarach wodnych (Dz. U. z 2020 r., poz. 350 z późn. zm.) przez pływalnię rozumie się obiekt kryty lub odkryty, z wodą przepływową, przeznaczony do pływania lub kąpieli, posiadający co najmniej jedną nieckę basenową, z trwałym brzegiem i dnem, wyposażony w urządzenia sanitarne, szatnie i natryski

6.3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazując warunek udziału w postępowaniu mogą polegać na zdolnościach tych Wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

6.4. 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.

6.5. Sposób wykazania warunków udziału w postępowaniu wskazano w rozdziale 8 swz.

7.2. Zamawiający przewiduje możliwość wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust.

1 pkt 5, 7 i 10 ustawy, tj.:

1) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego

niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;

2) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wy-

konał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;

3) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające

w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Rozdział 8 informacja o podmiotowych środkach dowodowych

8.1. Wykonawca zobowiązany jest złożyć stanowiące wstępne potwierdzenie, że Wykonawca na dzień składania ofert:

- a) nie podlega wykluczeniu,
- b) spełnia warunki udziału w postępowaniu.

8.1.1. Oświadczenia należy złożyć wg wymogów załącznika nr 4 i 5 do SWZ.

8.1.2. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczeń, o którym mowa w pkt 8.1 SWZ lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wezwie wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

8.1.3. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych oświadczeń, o których mowa w pkt 8.1 SWZ

8.1.4. Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w pkt 8.1 SWZ budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw "kluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

8.2. W przypadku, o którym mowa w rozdziale 6.3 SWZ wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy. W przypadku gdy ofertę składa spółka cywilna, a pełen zakres prac wykonają wspólnicy wspólnie w ramach umowy spółki oświadczenie powinno potwierdzać ten fakt.

Oświadczenie należy złożyć wg wymogów załącznika nr 6 do SWZ.

8.3. Zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie (nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania) następujących podmiotowych środków dowodowych (aktualnych na dzień złożenia) :

8.3.1. W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu: wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane (sporządzonego zgodnie z Załącznikiem Nr 7 do SWZ), oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów -inne odpowiednie dokumenty odniesieniu do warunku określonego w pkt. 61.4. SWZ.

Rozdział 9 informacja dla wykonawców polegających na zasobach innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 118 ustawy oraz zamierzających powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom

9.1. 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 podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

9.2. 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 lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

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

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

9.4. 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,

9.5. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w pkt 9.4 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 wykształ-

cenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

9.6. Zamawiający oceni, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz, a także zbada, czy nie zachodzą, wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

9.7. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą, wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający zażąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

9.8. Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniami, o którym mowa w pkt 8.1 SWZ także oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby.

9.9. Zamawiający nie żąda wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, którzy nie są podmiotami udostępniającymi zasoby, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców.

9.10. W przypadku zamówień na roboty budowlane oraz usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, zamawiający będzie żądał, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca podał nazwy, dane kontaktowe oraz przedstawicieli, podwykonawców zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi, jeżeli są już znani.

9.11. Wykonawca będzie zobowiązany do zawiadamiania zamawiającego o wszelkich zmianach w odniesieniu do informacji, o których mowa w pkt 9.1 SWZ, w trakcie realizacji zamówienia, a także przekazać wymagane informacje na temat nowych podwykonawców, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację robót budowlanych lub usług.

W wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 17 marca 2023 r. zamawiający na pytanie nr 1 zmienił warunek udziału w postępowaniu w następujący sposób:

w rozdziale 6 pkt 6.1.4 Zamawiający zmienia na:

6.1.4. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie:

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku:

Wykonawca winien wykazać, że wykonał należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 12 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie min. 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie budynku krytej pływalni o wartości minimum 6 000 000,00 zł brutto, która:

- a) obejmowała wykonanie technologii basenowej,

- b) obejmowała wykonanie niecki basenowej, o powierzchni minimum 80 m²,

Dodatkowe informacje dotyczące warunków udziału w postępowaniu:

- 1) Wykonawca powinien w wykazie robót wyraźnie określić zakres i wartość robót, aby można było ustalić, czy spełnia warunek udziału w postępowaniu.

- 2) Zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z

2021 r. poz. 2351 ze zm.), przez budowę rozumie się wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego.

- 3) Zgodnie z art. 3 pkt 7a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, przez przebu

dowę rozumie się 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; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego.

- 4) Zgodnie z art. 3 pkt 8 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, przez „remont”

w rozumieniu zapisów SWZ rozumie się 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.

- 5) Zgodnie z art. 2 pkt 8) (Ustawy z dnia 18 sierpnia 2011 r. o bezpieczeństwie osób

przebywających na obszarach wodnych (Dz. U. z 2020 r., poz. 350 z późn. zm.) przez pływalnię — rozumie się obiekt kryty lub odkryty, z wodą przepływową, przeznaczony do pływania lub kąpieli, posiadający co najmniej jedną nieckę basenową, z trwałym brzegiem i dnem, wyposażony w urządzenia sanitarne, szatnie i natryski

w rozdziale 8 pkt 8.3.1 Zamawiający zmienia na:

- 8.3.1. W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu:

wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 12 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane (sporządzonego zgodnie z Załącznikiem Nr 7 do SWZ), oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — inne odpowiednie dokumenty — w odniesieniu do warunku określonego w pkt. 6.1.4. SWZ

w załączniku nr 7 do SWZ Wzór wykazu robót budowlanych. Zamawiający zmienia na: Wykaz zamówień wykonanych w okresie ostatnich 12 lat przed upływem terminu składania ofert

Do oferty przystępującego złożono:

W Załączniku nr 5 do SWZ Wzór oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu

2. Informacja w związku z poleganiem wykonawcy na zasobach innych podmiotów: Oświadczam, że Wykonawca, w imieniu którego składane jest oświadczenie, w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach innych podmiotu/ów w zakresie warunku wskazanego w:

- pkt. 6.1.4 SWZ (zaznaczyć krzyżyk w „kwadracie” jeżeli spełnia)

Dane podmiotu, na zasobach którego polega Wykonawca:

Edach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

Ul. Zawieprzycka 8j

20-228 Lublin

ZOBOWIĄZANIE INNEGO PODMIOTU - OŚWIADCZENIE

Ja:

J. S. Prezes Zarządu

Działając w imieniu i na rzecz:

Edach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

Ul. Zawieprzycka 8j

20-228 Lublin

NIP: 7122656685

Zobowiązuję się do oddania nw. zasobów:

Referencji na wykonane roboty zgodnie z zakresem zamówienia do dyspozycji Wykonawcy: Edach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa Jakubowice Konińskie-Kolonia

Ul. Różana 3

21-003 Ciecierzyn

NIP: 9462658112

(nazwa Wykonawcy)

na potrzeby realizacji zamówienia pod nazwą:

„PRZEBUDOWA KRYTEJ PŁYWALNI W PONIATOWEJ” (INP.271.6.2023)

Oświadczam, iż:

zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący: Wykonanie elewacji w systemie ETIS

Oświadczam, że w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, wyżej wymieniony podmiot na zasobach których polegam, zrealizuje roboty budowlane do realizacji których te zdolności są wymagane.

Jakubowice Konińskie-Kolonia, dnia 19.04.2023r.

J. S.

W dniu 8 maja 2023 r. zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy wezwał do złożenia lub poprawienia oświadczeń, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy i innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu w zakresie wskazanym w uzasadnieniu.

W zakresie zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby

Stosownie do rozdziału 9.1. SWZ 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 podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

Wykonawca poinformował Zamawiającego w oświadczeniu składanym na podstawie art. 273 ust. 2 ustawy o tym, że wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, będzie korzystać z zasobów podmiotu: Edach Spółka Z ograniczoną odpowiedzialnością, u, z którego wynika, że podmiot ten przekaze mu zasoby w zakresie warunku wskazanego w pkt 6.1.4 SWZ.

Wykonawca złożył wraz z ofertą również oświadczenie — zobowiązanie innego podmiotu. Przedłożone zobowiązanie podmiotu: Edach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Zawieprzycka 8j, 20-228 Lublin, nie zawiera częściowo informacji określonych w pkt. 9.5 swz.

Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby musi uwzględniać treść art. 118 ustawy (wymóg wynikający z pkt 9.4 - 9.5 SWZ) i zawierać zapisy wskazujące na szczegółowy sposób i zakres w jakim podmiot udostępniający zasoby zrealizuje roboty budowlane, których wymagane zdolności dotyczą z uwzględnieniem art. 118 ust. 2 ustawy zgodnie, z którym cyt. w odniesieniu do warunków dotyczących 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. Zgodnie z art. 118 ust. 4 ustawy zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby powinno potwierdzać, 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.

Wada dokumentu:

Przedmiotowe zobowiązanie nie wskazuje poprawnego zakresu robót jaki wykona podmiot trzeci w ramach udostępnienia zasobów, w jakim okresie to udostępnienie zasobów nastąpi oraz informacji na temat formy prawnej jaka będzie łączyła podmiot udostępniający zasoby z wykonawcą.

Zamawiający wzywa wykonawcę do poprawienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby o wskazanie sposobu przekazania zasobu doświadczenia zgodnie z treścią art. 118 ust. 2 ustawy tj. wskazania:

- informacji na temat formy prawnej jaka będzie łączyła podmiot udostępniający zasoby z wykonawcą która zapewni realne wykonanie robót w postaci przebudowy budynku krytej pływalni wraz z technologią basenową oraz niecką basenową (np. podwykonawstwo lub umowa o wspólne wykonywanie wszystkich robót polegających na przebudowie krytej pływalni w Poniatowej razem z wykonawcą).
- zakresu wykonywanych robót budowlanych - w związku z tym, że warunek udziału w postępowaniu dotyczy roboty budowlanej, która Polegała na budowie lub przebudowie lub remoncie budynku krytej pływalni wartość minimum 6 000 000,00 zł brutto która obejmowała wykonanie technologii basenowej, oraz wykonanie niecki basenowej, o powierzchni minimum 80 m2, podmiot trzeci powinien udostępnić swoje zasoby w zakresie wskazanym w warunku udziału, tj. realnie wykonać roboty w postaci przebudowy budynku krytej pływalni wraz z technologią basenową oraz niecką basenową. Zobowiązanie złożone z ofertą wskazuje następujący zakres robót jaki wykona podmiot trzeci: „ Wykonanie elewacji w systemie ETIS”. Zakres ten jest niezgodny z warunkiem udziału w postępowaniu.
- w jakim dokładnie okresie czasu zasób wiedzy i doświadczenia zostanie wykonawcy udostępniony.

Przedstawione zobowiązanie nie wskazuje okresu czasu na jaki zostaną udostępnione zasoby.

Pouczenie

1. Zamawiający wskazuje, że wykorzystanie zasobów, o których mowa w art. 118 ustawy musi być jednoznaczne i nie może być domysłem lub domniemaniem Zamawiającego. Wykonawca ma zaś 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 będzie 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 (wyrok KIO, sygn. akt: KIO 2245/17).

2. Dla udostępnienia zasobu doświadczenia przez podmiot trzeci, zgodnie z art. 118 ust 3 i 4 ustawy i orzecznictwem w tym zakresie, koniecznym jest wykazanie rzeczywistego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego poprzez realizację robót przez Ow podmiot. Zobowiązanie powinno zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci (np. podwykonawca lub wspólne wykonywanie robót).
3. Zamawiający jednocześnie informuje, że obowiązkiem Wykonawcy będzie zgłoszenie podmiotu udostępniającego zasoby jako podwykonawcy na etapie realizacji umowy w zakresie ujętym w zobowiązaniu w celu zagwarantowania realności transferu doświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby. Realizacja przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę bez udziału podmiotu udostępniającego zasoby w sposób wskazujący na obejście przepisów o warunkach udziału w postępowaniu będzie traktowana jako rażące naruszenie obowiązków umownych Wykonawcy.
4. Reasumując, podmiot udostępniający zasoby powinien wskazać w uzupełnionym zobowiązaniu dokładnie i szczegółowo zakres robót, który wykona podmiot udostępniający zasoby - odpowiadający treści warunku udziału w postępowaniu — zgodnie z pkt. 6.1.4 SWZ, a mianowicie wskazać, że wykona przebudowę budynku krytej pływalni wraz z technologią basenową oraz niecką basenową ze względu na treść warunku udziału (podmiot udostępniający zasoby powinien wykonać te roboty ze względu na to, że Wykonawca nie posiada odpowiedniego doświadczenia w tym zakresie). Zamawiający wzywa do dokładnego opisu zakresu robót, do wykonania których zobowiązuje się podmiot udostępniający zasoby, okresu czasu na jaki zasoby zostaną udostępnione oraz wskazania formy prawnej łączącej podmiot udostępniający zasoby z wykonawcą.

Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu 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.

W wykonaniu wezwania przystępujący złożył:

Zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia

składane na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Przebudowa Krytej Pływalni w Poniatowej

Ja niżej podpisany

J. S. Prezes Zarządu

działając w imieniu i na rzecz: Edach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Zawie-przycka 8j 20-228 Lublin NIP: 7122656685

w związku, iż Wykonawca:

Edach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa Jakubowice Konińskie-Kolonia Ul. Różana 3 21-003 Ciecierzyn NIP: 9462658112

(pełna nazwa Wykonawcy i adres/siedziba Wykonawcy)

składa ofertę w postępowaniu jw.

zobowiązuję się udostępnić swoje zasoby ww. Wykonawcy.

W celu oceny, czy ww. Wykonawca będzie dysponował moimi zasobami w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek nas łączący gwarantuje rzeczywisty dostęp do moich zasobów podaję następujące informacje:

1) zakres moich zasobów dostępnych Wykonawcy:

doświadczenie zawodowe w postaci referencji na realizację inwestycji „Przebudowa Krytej Pływalni w Poniatowej”, które potwierdzają: doświadczenie polegające na wykonaniu roboty budowlanej, która polegała na budowie lub przebudowie lub remoncie budynku krytej pływalni wartość minimum 6 000 000,00 zł brutto która obejmowała wykonanie technologii basenowej oraz wykonanie niecki basenowej o powierzchni minimum 80m²

2) sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia i wykorzystania przez Wykonawcę moich zasobów przy wykonywaniu zamówienia

podwykonawstwo przez cały okres zamówienia w zakresie przebudowy budynku krytej pływalni wraz z technologią basenową oraz niecką basenową. tj.

- przebudowa zaplecza szatniowo-sanitarnego wraz z dostosowaniem dla potrzeb osób niepełnosprawnych (dostęp niezależnym wejściem na halę basenową oraz wykorzystanie windy basenowej typu mobilnego),
- przebudowa strefy wejściowej - zmiana układu pomieszczeń w obrębie przestrzeni kasowo-szatniowej,
- rozbudowa zaplecza administracyjno-magazynowego (budowa nowego skrzydła budynku od strony zachodniej),
- przebudowa i modernizacja instalacji wewnętrznych - w tym technologii uzdatniania wody basenowej,
- wykonanie wieży pod zjeżdżalnię ,
- przebudowa oraz rozbudowa istniejącego fragmentu budynku zawierającego basen rekreacyjny tzw. brodzik o trzy nowe niecki basenowe tj. nieckę basenu szkoleniowego o wymiarach 4,3x12m (0,9- 1,2m), nieckę basenu rekreacyjnego (8x12m, gl. 0,9-1,2m) ze zjeżdżalnią o długości ok. 64,8 m oraz brodzik dla dzieci z atrakcjami wodnymi (3,30x12,80m), wanna SPA oraz dwie sauny fińskie z natryskami,
- dostosowanie obiektu do zaleceń „Ekspertyzy technicznej stanu ochrony przeciwpożarowej” oraz wydanych na jej podstawie postanowień WZ.52840.185.3.2022.PM oraz WZ.52840.185.2.2022.PM Lubelskiego Komendanta Wojewódzkiego Państwowej Straży Pożarnej (odstępstwa)
- dobudowa trybun (siedziska) przy basenie typu pływackiego dla uczestników zawodów pływackich,
- wykonanie izolacji i termomodernizacji przegród zewnętrznych i fundamentów w zakresie koniecznym do wykonania przebudowy (rozbudowy) istniejącego obiektu,
- montaż stolarki okiennej i drzwiowej,
- wykonanie instalacji elektrycznych i teletechnicznych (instalacji oświetlenia zewnętrznego, podstawowego, awaryjnego, ewakuacyjnego, nagłośnieniowego, instalacje gniazd wtykowych 230V ogólnych i gniazd 400V, zasilania urządzeń elektrycznych branży sanitarnej, okablowania strukturalnego, instalacji przyzywowych, systemu CCTV, autonomicznych czujek dymu, głównego wyłącznika prądu, instalacji uziemiającej i połączeń wyrównawczych, instalacji odgromowej i przeciwporażeniowej, instalacji oświetlenia terenu,

- wykonanie instalacji sanitarnych (przebudowa w złącza ciepłego, instalacji c.o. i c.t., wod-kan., instalacji zewnętrznych, wentylacyjnych),
- wykonanie technologii basenowej (technologii uzdatniania wody obiegów basenów wraz z instalacją utrzymania stężenia chloru wolnego),
- montaż wyposażenia wewnętrznego,
- montaż elektronicznego systemu obsługi klienta,
- wykonanie wszystkich prac wykończeniowych wewnętrznych oraz zewnętrznych

3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczącym wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą

Podmiot udostępniający zasoby zrealizuje prace w zakresie niezbędnym do prawidłowej realizacji całości zamówienia, na zasadzie podwykonawstwa przez cały okres realizacji umowy.

W dniu 16 maja 2023 r. zamawiający na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy wezwał przystępującego do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych:

w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu:

wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 12 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane (sporządzonego zgodnie z Załącznikiem Nr 7 do SWZ), oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — inne odpowiednie dokumenty — w odniesieniu do warunku określonego w pkt. 6.1.4. SWZ.

W odpowiedzi przystępujący złożył załącznik nr 7 zawierający dwie pozycje:

1. Budowa Krytej pływalni wraz z remontem i rozbudową hali sportowej MOSiR we Włodawie, ul. Szkolna 4. 312,5m² o wartości 13 964 000,00 w okresie 09.11.2010r. - 31.05.2012r. Gmina Włodawa
2. Budowa krytej pływalni przy Zespole Szkół nr 7 w Lublinie, przy ul. Roztocze 14 wraz z instalacjami wewnętrznymi, przyłączami, oświetleniem i zagospodarowaniem terenu. 312,5m² o wartości 7 987 620,00 w okresie 14.09.2011r. - 11.09.2013r. Urząd Miasta Lublin

Oraz złożył referencje:

1, z dnia 02-07-2012 r., w których Gmina Włodawa zaświadcza, że Konsorcjum w składzie: firma „EDACH PHU Sp. z o. o.” z siedzibą 20-228 Lublin, ul. Zawieprzycka 8F - lider; firma „ELEKTROMEKS Sp. z o. o.” z siedzibą 20-823 Lublin, Dębówka 33 A - partner; firma „WA-MACO Sp. z o. o.” z siedzibą 20-471 Lublin, ul. Olszewskiego 8 - partner; firma „POLMIL LTD Sp. z o. o.” z siedzibą 25-310 Kielce, ul. Kościuszki 1 - partner;

wykonało w okresie 09.11.2010r. - 31.05.2012r. zadanie pod nazwą „Budowa krytej pływalni wraz z remontem i rozbudową hali sportowej MOSiR we Włodawie, ul. Szkolna 4”.

Zakres wykonanych robót obejmował:

1. Budowa krytej pływalni z basenem o wymiarach 12,5m na 25m, o powierzchni lustra wody 312,5 m², w konstrukcji ze stali kwasoodpornej, z rynną przelewową systemową oraz mały basen o wymiarach 3,8m na 4,3m.

W ramach budowy budynku krytej pływalni wykonano następujące elementy robót:

- a) stan surowy budynku pływalni,
- b) stan wykończeniowy budynku pływalni,
- c) montaż niecek basenowych,
- d) technologia uzdatniania wody basenowej,
- e) wewnętrzne instalacje wodno - kanalizacyjne,
- f) instalacje centralnego ogrzewania i węzeł cieplny,
- g) wentylacja mechaniczna,

- h) zewnętrzne instalacje sanitarne i ciepłociąg,
- i) instalacje elektryczne wewnętrzne,
- j) instalacje teletechniczne wewnętrzne,
- k) instalacje elektryczne zewnętrzne.

2. Remont i rozbudowa hali sportowej obejmującej przebudowę segmentu zaplecza sanita-mo- technicznego, remont segmentu z siłownią, remont hali sportowej i hali zapaśniczej, wykonanie termomodernizacji całego kompleksu, roboty zewnętrzne obejmujące zewnętrzne sieci i przyłącza. W ramach remontu hali sportowej wykonane zostały następujące elementy robót:

- a) stan surowy,
- b) stan wykończeniowy,
- c) wewnętrzne instalacje wodnokanalizacyjne,
- d) instalacje centralnego ogrzewania,
- e) wentylacja mechaniczna,
- f) zewnętrzne instalacje sanitarne i ciepłociąg,
- g) instalacje elektryczne wewnętrzne,
- h) instalacje teletechniczne wewnętrzne.

Parametry obiektu:

- Powierzchnia netto - 3896,80 m²
- Powierzchnia całkowita - 4444,81 m²
- Powierzchnia wewnętrzna - 4187,61 m²
- Powierzchnia użytkowa - 3427,92 m²
- Powierzchnia zabudowy - 2594,90 m²
- Kubatura - 22820,20 m³

Łączna wartość wykonanych robót wyniosła 13.964.000,00 zł. brutto.

Jakość wykonanych robót nie budzi zastrzeżeń. Prace zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i wiedzy technicznej, zgodnie z zakresem umowy, terminowo i z należytą starannością, przy zachowaniu obowiązujących przepisów i warunków technicznych.

3. Z dnia 29.10.2013r, w których Urząd Miasta Lublin zaświadcza, że Konsorcjum w składzie:

- 1. firma „EDACH PHU Sp. z o. o.” z siedzibą 20-228 Lublin, ul. Zawieprzycka 8F - lider;
- 2. firma „POLMIL LTD Sp. z o. o.” z siedzibą 25-310 Kielce, ul. Kościuszki 1 - partner;

wykonało w okresie od 14.09.2011r. do 11.09.2013r. zadanie pod nazwą „Budowa krytej pływalni przy Zespole Szkół nr 7 w Lublinie, przy ul. Roztocze 14 wraz z instalacjami wewnętrznymi, przyłączami, oświetleniem i zagospodarowaniem terenu”.

Zakres robót obejmował kompleksowe wykonanie krytej pływalni z basenem o wymiarach 12,5m na 25m, o powierzchni lusta wody 312,5 m² w tym m.in:

- 1. stan surowy budynku pływalni,
- 2. stan wykończeniowy budynku pływalni,
- 3. technologia uzdatniania wody basenowej,
- 4. wewnętrzne instalacje wodno - kanalizacyjne,
- 5. instalacje centralnego ogrzewania i węzeł cieplny,
- 6. wentylacja mechaniczna,

7. zewnętrzne instalacje sanitarne,
8. instalacje elektryczne wewnętrzne,
9. instalacje elektryczne zewnętrzne.

Parametry inwestycji:

- powierzchnia zabudowy - 1.3 75,01 m²
- powierzchnia użytkowa - 2.15 9,12 m²
- powierzchnia całkowita - 2.245,01 m²
- kubatura - 10.504,24 m³

Łączna wartość wykonanych robót wyniosła 6.494.000,00 zł. netto, należny podatek VAT 1.493.620,00 zł. razem brutto 7.987.620,00 zł.

Wykonawcy wywiązali się z nałożonego zadania zapewniając dobrą jakość wykonania robót oraz dotrzymując umownych terminów realizacji.

Polecamy firmy „EDACH PHU Sp. z o. o.” oraz „POLMIL Sp. z o. o.” jako wiarygodnych wykonawców pod względem technicznym, organizacyjnym i technologicznym.

W dniu 24 maja 2023 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy do wyjaśnienia treści złożonych na wezwanie podmiotowych środków dowodowych oraz ich uzupełnienia w zakresie wskazanym w uzasadnieniu.

- I. Zgodnie z warunkiem udziału określonym w pkt 6.1.4. SWZ Wykonawca winien wykazać, że wykonał należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 12 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie min. 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie budynku krytej pływalni o wartości minimum 6 000 000,00 zł brutto, która: a) obejmowała wykonanie technologii basenowej,
- b) obejmowała wykonanie niecki basenowej, o powierzchni minimum 80 m²,

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 12 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania

oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane (sporządzonego zgodnie z Załącznikiem Nr 7 do SWZ), oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — inne odpowiednie dokumenty — w odniesieniu do warunku określonego w pkt. 6.1.4. SWZ, przedłożył Zamawiającemu wykaz robót budowlanych wraz z poświadczeniami należytego wykonania, które budzą następujące wątpliwości Zamawiającego:

- 1) Pozycja nr 1 wykazu robót budowlanych tj. „Budowa Krytej pływalni wraz z remontem i rozbudową hali sportowej MOSiR we Włodawie, ul. Szkolna 4 o wartości robót budowlanych 13 964 000,00 zł oraz powierzchni niecki 312,5 m²,
- 2) Pozycja nr 2 wykazu robót budowlanych tj. „Budowa krytej pływalni przy Zespole Szkół nr 7 w Lublinie, przy ul. Roztocze 14 wraz z instalacjami wewnętrznymi, przyłączami, oświetleniem i zagospodarowaniem terenu”, o wartości robót budowlanych 7 987 620,00 zł oraz powierzchni niecki 312,5 m²,

Zamawiający wskazuje, że w zakresie roboty budowlanej z pozycji 1) jak i 2) wykazu zamówień stwierdza następujące wady:

- a) z treści referencji dołączonych do wykazu dla pozycji 1) wynika, że świadczona była robota w ramach konsorcjum z wykonawcami „EDACH PHU Sp. z o.o.”, „ELEKTROMEKS Sp. z o.o.”, „WAMACO Sp. z o.o.”, „POLMIL LTD Sp. z o.o.” Jednocześnie ani z wykazu robót ani z przedstawionych referencji nie wynika jaki zakres zadania wykonał Wykonawca -Edach Sp. z o.o. (Edach PHU Sp. z o.o. - zgodnie z referencjami) samodzielnie. Z wykazu robót i dołączonych referencji nie wynika w szczególności czy Wykonawca — Edach Sp. z o.o. (Edach PHU Sp. z o.o. - zgodnie z referencjami) był odpowiedzialny za wykonanie roboty budowlanej w zakresie wymaganym warunkiem udziału w postępowaniu tj. czy wykonał jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie budynku krytej pływalni o wartości minimum 6 000 000,00 zł brutto, która:
- obejmującą wykonanie technologii basenowej,

- obejmującą wykonanie niecki basenowej, o powierzchni minimum 80 m², Brak powyższych informacji nie pozwala na jednoznaczne uznanie, czy Wykonawca posiada wymagane warunkiem udziału w postępowaniu doświadczenie. Prosimy o wyjaśnienie w jakim zakresie wykonawca, tj. Edach Spółka z o.o. (Edach PHU Sp. z o.o. - zgodnie z referencjami) bezpośrednio uczestniczył w wykonaniu robót budowlanych wskazanych w pozycji 1). Zakres ten musi być zgodny z warunkiem udziału w postępowaniu.

b) z treści referencji dołączonych do wykazu dla pozycji 2) wynika, że świadczona była robota w ramach w ramach konsorcjum z wykonawcami „EDACH PHU Sp. z o.o.”, „POLMIL LTD Sp. z o.o.”. Jednocześnie ani z wykazu robót ani z przedstawionych referencji nie wy-

ka jaki zakres zadania wykonał Wykonawca — Edach Sp. z o. o. (Edach PHU Sp. z o.o. -zgodnie z referencjami) samodzielnie. Z wykazu robót i dołączonych referencji nie wynika w szczególności czy Wykonawca — Edach Sp. z o.o. (Edach PHU Sp. z o.o. - zgodnie z referencjami) był odpowiedzialny za wykonanie roboty budowlanej w zakresie wymaganym warunkiem udziału w postępowaniu tj. czy wykonał jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie budynku krytej pływalni o wartości minimum 6 000 000,00 zł brutto, która:

- obejmującą wykonanie technologii basenowej,
- obejmującą wykonanie niecki basenowej, o powierzchni minimum 80 m²,

Brak powyższych informacji nie pozwala na jednoznaczne uznanie, czy Wykonawca posiada wymagane warunkiem udziału w postępowaniu doświadczenie. Prosimy o wyjaśnienie w jakim zakresie wykonawca, tj. Edach Spółka z o.o. (Edach PHU Sp. z o.o. - zgodnie z referencjami) bezpośrednio uczestniczył w wykonaniu robót budowlanych wskazanych w pozycji 2. Zakres ten musi być zgodny z warunkiem udziału w postępowaniu.

II. Jednocześnie, zarówno w zakresie robót wskazanych w pozycji 1) wykazu, Zamawiający wskazuje na następujące wady:

zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu, wykazywane zamówienie powinno dotyczyć robót budowlanych, które za przedmiot miały robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie budynku krytej pływalni o wartości minimum 6 000 000,00 zł brutto, która obejmowała wykonanie technologii basenowej oraz wykonanie niecki basenowej, o powierzchni minimum 80 m². Tymczasem:

a) zakres prac wskazany w wykazie i referencjach dla pozycji 1) nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że wskazana inwestycja odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu, tj. obejmowała budowę lub przebudowę lub remont budynku krytej pływalni o podanej w warunku wartości, która obejmowała wykonanie technologii basenowej oraz wykonanie niecki basenowej, o powierzchni minimum 80 m². Jednocześnie złożone dokumenty nie wskazują wyodrębnienia wartości prac polegających na budowie lub przebudowie lub remoncie budynku krytej pływalni. Wykonawca powinien, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, wskazać wartość robót budowlanych dotyczących budowy lub przebudów) lub remontu budynku krytej pływalni, z wyłączeniem prac o innym charakterze i w rym robót budowlanych związanych z remontem i rozbudowa hali sportowej MOSIRI.

W związku z powyższym, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawą”) zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia:

1. czy Edach Sp. z o.o. (Edach PHU Sp. z o.o. - zgodnie z referencjami) bezpośrednio uczestniczył w wykonaniu robót budowlanych wskazanych w pozycji 1) oraz 2) wykazu, w zakresie wymaganym warunkiem udziału w postępowaniu.
2. czy inwestycja wskazana w wykazie robót i referencjach dla pozycji 1) stanowi budowę lub przebudowę lub remont budynku krytej pływalni o wartości minimum 6 000 000,00 zł brutto, oraz wskazania jaka jest wartość robót budowlanych wyłącznie w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu budynku krytej pływalni z wyłączeniem prac o innym charakterze.

Jeżeli przedmiotowe roboty budowlane nie odpowiadają warunkowi udziału w postępowaniu, Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy wzywa Wykonawcę do złożenia wykazu robót budowlanych wskazującego inną robotę budowlaną odpowiadającą warunkowi udziału w postępowaniu wraz z dowodami, o których mowa w pkt. 8.3.1 SWZ.

W efekcie Zamawiający wzywa Wykonawcę w trybie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów wskazujących, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby wyjaśnienia, ewentualnie uzupełnione dokumenty wykazały, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W dniu 29 maja 2023 r. przystępujący wyjaśnił:

Wykonawca Edach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa Jakubowice Konińskie-Kolonia Ul. Różana 3 21-003 Ciecierzyn w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych wyjaśnia co następuje:

1. Oświadczam, że za robotę budowlaną Budowa Krytej pływalni wraz z remontem i rozbudową hali sportowej MOSIR we Włodawie, ul. Szkolna 4, o wartości 13 964 000, 00 złotych i powierzchni niecki 312,5 m² wykonaną w ramach konsorcjum z wykonawcami Edach PHU Sp. z o.o., ELEKTROMEKS Sp. z o.o., WAMACO Sp. z o.o.,

POLMIL LTD Sp. z o.o. wskazaną w wykazie oraz złożonych referencjach odpowiedzialny bezpośrednio za jej wykonanie w zakresie wymaganym warunkiem udziału w postępowaniu tj. wykonał jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie budynku krytej pływalni o wartości minimum 6 000 000,00 złotych brutto, która obejmuje wykonanie technologii basenowej oraz obejmuje wykonanie niecki basenowej, o powierzchni minimum 80 m². był Edach PHU Sp. z o.o (Edach Sp. z o.o.)

Inwestycja wskazana w wykazie robót i referencjach dla pozycji 1) stanowi budowę krytej pływalni, której wartość przekraczała 9 500 000,00 złotych, obejmującej wykonanie technologii basenowej oraz wykonanie niecki basenowej, o powierzchni 312,5 m²

Edach Sp. z o.o. (Edach PHU Sp. z o.o. – zgodnie ze złożonymi referencjami bezpośrednio uczestniczył w wykonaniu robót budowlanych wskazanych w poz. 1) w zakresie wymaganych warunkiem udziału w postępowaniu.

2. Oświadczam, że za robotę budowlaną Budowa krytej pływalni przy Zespole Szkół nr 7 w Lublinie, przy ul. Róztocze 14 wraz z instalacjami wewnętrznymi, przyłączami, oświetleniem i

zagospodarowaniem terenu o wartości 7 987 620,00 złotych i powierzchni niecki 312,5 m² wykonaną w ramach konsorcjum z wykonawcami Edach PHU Sp. z o.o., POLMIL LTD Sp. z o.o. wskazaną w wykazie oraz złożonych referencjach odpowiedzialny bezpośrednio za jej wykonanie w zakresie wymaganym warunkiem udziału w postępowaniu tj. wykonał jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie budynku krytej pływalni o wartości minimum 6 000 000,00 złotych brutto, która obejmuje wykonanie technologii basenowej oraz obejmuje wykonanie niecki basenowej, o powierzchni minimum 80 m². był Edach PHU Sp. z o.o (Edach Sp. z o.o.)

Inwestycja wskazana w wykazie robót i referencjach dla pozycji 2) stanowi budowę krytej pływalni, której wartość przekraczała 6 300 000,00 złotych, obejmującej wykonanie technologii basenowej oraz wykonanie niecki basenowej, o powierzchni 312,5 m²

Edach Sp. z o.o. (Edach PHU Sp. z o.o. – zgodnie ze złożonymi referencjami bezpośrednio uczestniczył w wykonaniu robót budowlanych wskazanych w poz. 2) w zakresie wymaganych warunkiem udziału w postępowaniu.

W dniu 31 maja 2023 r. zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła przystępującego w charakterze uczestnika postępowania.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) w zw. z art. 123 ustawy przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty EDACH Sp. k. w sytuacji, w której ten wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 6 pkt. 6.1.4 SWZ, ponieważ podmiot trzeci (EDACH Sp. z o. o.) udostępnił swoje zasoby (doświadczenie) jedynie w nieznacznym, niewystarczającym z perspektywy treści warunku zakresie prac (wykonanie elewacji), zaś sam wykonawca również nie posiada wymaganego doświadczenia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby kluczowe w tej sprawie jest zdekodowanie pojęć użytych przez ustawodawcę w art. 123 ustawy. Przepis art. 123 ustawy zakazuje powoływania się na zdolności lub sytuację innych podmiotów po upływie terminu składania ofert, jeżeli na etapie składania ofert wykonawca nie polegał w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Co to są zdolności, a co to jest sy-

tuation wyjaśnia art. 118 ust. 1 ustawy, bo przez zdolności rozumie się tam zdolności techniczne lub zawodowe, a przez sytuację – sytuację ekonomiczną lub finansową. Zdolności i sytuacje są to zasoby, które mogą być udostępniane przez podmioty trzecie.

Z kolei, czym jest dany zakres zdolności w ocenie Izby wyjaśnia art. 118 ust. 4 ustawy określając elementy, jakie powinno zawierać zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby i są to :

- 1) Zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby, czyli w tym przypadku zakres udostępnianego doświadczenia zawodowego
- 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.

Z przywołania treści art. 118 ust. 4 wynika, że zakres zasobu, to tylko pkt. 1 ust. 4 art. 118 ustawy, zaś pkt. 2 i 3 dotyczą sposobu wykorzystania zasobu przy wykonywaniu zamówienia. W ocenie Izby oznacza to, że rację należy przyznać

zamawiającemu, że granice niezmienności udostępnienia wyznacza zakres zdolności, a nie zakres wykorzystania zasobu przy realizacji zamówienia, choć dla realnego przekazania zasobu zakres zasobu i zakres udziału w realizacji zamówienia powinny sobie odpowiadać. W sprawie bezsporne było to, że przystępujący polega na doświadczeniu zawodowym Edach spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w zakresie :

1. Budowy krytej pływalni wraz z remontem i rozbudową hali sportowej MOSiR we Włodawie, ul. Szkolna 4. 312,5m2 o wartości 13 964 000,00 w okresie 09.11.2010r. -31.05.2012r. Gmina Włodawa
2. Budowy krytej pływalni przy Zespole Szkół nr 7 w Lublinie, przy ul. Roztocze 14 wraz z instalacjami wewnętrznymi, przyłączami, oświetleniem i zagospodarowaniem terenu. 312,5m2 o wartości 7 987 620,00 w okresie 14.09.2011r. - 11.09.2013r. Urząd Miasta Lublin

Dla obu tych doświadczeń potwierdzono, że Edach spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wykonywał budowę krytej pływalni, której wartość przekraczała 9 500 000,00 złotych, obejmującej wykonanie technologii basenowej oraz wykonanie niecki basenowej, o powierzchni 312,5 m2 i budowę krytej pływalni, której wartość przekraczała 6 300 000,00 złotych, obejmującej wykonanie technologii basenowej oraz wykonanie niecki basenowej, o powierzchni 312,5 m2.

Był to zakres doświadczenia zawodowego podmiotu udostępniającego, który wyznaczał dostępne wykonawcy zasoby i w tym zakresie zdolności możliwe było powołanie się na zasoby.

Nie mniej jednak Izba rozważyła, czy w okolicznościach tej sprawy mogło dojść do niedozwolonej zmiany oferty, co do sposobu wykonania zamówienia.

Zakres zasobu poddany w pierwotnym zobowiązaniu było określony jako „Referencji na wykonane roboty zgodnie z zakresem zamówienia do dyspozycji Wykonawcy”, natomiast zakres udziału przy wykonywaniu zamówienia „Wykonanie elewacji w systemie ETIS”.

Jednocześnie J. S. podpisując to zobowiązanie oświadczył „Oświadczam, że w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, wyżej wymieniony podmiot na zasobach których polegam, zrealizuje roboty budowlane do realizacji których te zdolności są wymagane.”

W ocenie Izby w pierwotnym oświadczeniu pojęcie zamówienia zostało zdefiniowane, bo podmiot udostępniający używał tego pojęcia w odniesieniu do przebudowy krytej pływalni w Poniatojewie. Tym samym Edach sp. z o.o. zobowiązał się do udostępnienia doświadczenia w wykonanych już robotach zgodnych z zakresem bieżącego zamówienia. A oświadczenie zawarte w zobowiązaniu wskazujące na pochodzenie od J. S. także wskazywało na to, że podmiot udostępniający zasoby zrealizuje roboty budowlane do realizacji których te zdolności są wymagane. Z tym należało zestawiać oświadczenie o wykonaniu elewacji w systemie ETIS, które to oświadczenie było oderwane od postawionego przez zamawiającego warunku, posiadanego przez podmiot udostępniający zasobu doświadczenia, a także oderwane od zawartego w zobowiązaniu oświadczenia J. S., który wyraźnie wskazywał na powiązanie planowanych do powierzenia podmiotowi trzeciemu robót budowlanych dla których były wymagane zdolności. Jedynie na marginesie można zauważyć, że podmiot udostępniający zasób błędnie podał nazwę systemu, w którym miała być wykonana elewacja, zgodnie bowiem ze str. 9 Opisu do projektu technicznego – załącznik nr 1 do SWZ część 2 system wymagany przez zamawiającego dla elewacji nosi nazwę ETICS. Izba dostrzegła również, że ani w wykazie, ani w przedstawionych referencjach nie ma wskazania na posiadane przez podmiot udostępniający zasób doświadczenie w wykonaniu elewacji w systemie ETICS.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że pierwotne zobowiązanie słusznie budziło wątpliwości zamawiającego, co do tego, jaki będzie faktyczny zakres udziału podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia. Pomędzy stronami nie było sporne, że zobowiązanie podmiotu trzeciego jest podmiotowym środkiem dowodowym, co w ocenie Izby oznaczało, że podlegał uzupełnieniu w przypadku gdy zawierał błędy w trybie art. 128 ust. 1 ustawy.

Niewątpliwie przystępujący nie zmienił ani zasobu, który przyjmuje od podmiotu trzeciego, są to nadal dwa doświadczenia w budowie krytych pływalni, nie zmienił tego podmiotu, co powodowało, że przystępujący nie popadał w sprzeczność z art. 123 ustawy. Oświadczenie wykonawcy w ofercie nie określało zakresu podwykonawstwa, natomiast, jeśli odczytywać ostatnie zdanie z pierwotnego zobowiązania jako oświadczenie wykonawcy, to było ono odmienne od oświadczenia zawartego w tym zobowiązaniu i wskazywało na udział odpowiadający zakresowi wymaganej zdolności doświadczenia zawodowego, a więc bardziej odpowia-

dający treści zobowiązania uzupełnionego. Jeśli zaś uznać, że całość pierwotnego zobowiązania była oświadczeniem podmiotu trzeciego, to było to oświadczenie wewnętrznie sprzeczne w odniesieniu do udziału w wykonaniu zamówienia bo z jednej strony wskazujące na wykonanie elewacji, a z drugiej wykonanie robót wymaganych w zakresie zdolności. Tym bardziej zatem w okolicznościach tej sprawy należało je uzupełnić. Nie można też pominąć, że zobowiązanie pierwotne zawierało również inne braki wskazane przez zamawiającego w wezwaniu, jak okres na który udostępniany jest zasób, jak i sposób jego udostępnienia. W ocenie Izby zatem w świetle wątpliwości występujących w pierwotnym zobowiązaniu nie można było przyjąć tak jednoznacznie jak chciałby tego odwołujący, że pierwotne zobowiązania zobowiązywało podmiot udostępniający zasób wobec wykonawcy tylko do wykonania elewacji w systemie ETIS. Faktycznie taki udział został podany, ale pozostaje w sprzeczności z oświadczeniem znajdującym się w tym samym dokumencie tylko poniżej i świadczącym z użytych sformułowań, że może pochodzić od wykonawcy, ale w ocenie Izby nie ma podstaw, aby bez ewentualnego wezwania do wyjaśnień tę okoliczność przesądzić. W konsekwencji nie można też jednoznacznie uznać, że doszło do zmiany oferty w zakresie podwykonawstwa, zwłaszcza, że jak słusznie podnosił zamawiający wykonawca sam oświadczenia co do zakresu podwykonawstwa zamawiającemu nie składał. A jeśli przyjąć, że końcowe oświadczenie w zobowiązaniu pierwotnym pochodzi jednak od wykonawcy, to należało uznać, że

pozostaje ono w zbieżności z zakresem udziału zawartym w drugim uzupełnionym zobowiązaniu. Mając zatem na uwadze okoliczności tej sprawy, Izba nie dopatrzyła się w zachowaniu zamawiającego naruszenia zarzucanych mu przepisów ustawy.

Pozostałe zarzuty odwołania zostały przez odwołującego wycofane, tym samym nie podlegały merytorycznemu rozpoznaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 zd. 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczonego wpisu odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrot kosztów wydatków pełnomocnika na podstawie złożonej faktury.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: