Sygn. akt: KIO 1707/23

WYROK z dnia 30 czerwca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 23 i 30 czerwca 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2023 roku przez wykonawcę WOD-BUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kraśniku

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gmina Karczmiska

przy udziale wykonawcy P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1707/23 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu, w postępowaniu o udzielnie zamówienia

pn.: „Przebudowa i modernizacja infrastruktury drogowej na terenie Gminy Karczmiska unieważnienie czynności z dnia 7 czerwca 2023 roku, tj. wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie.

Nakazuje Zamawiającemu wezwanie wykonawcy P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia oświadczeń i podmiotowych

środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w zakresie doświadczenia wykonawcy określonego w Rozdziale X w pkt 2.d lit.b Specyfikacji Warunków Zamówienia, jakim musi wykazać się wykonawca P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie, który złożył w postępowaniu o zamówienie ofertę.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Gmina Karczmiska:

   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę WOD-BUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kraśniku tytułem wpisu od odwołania,

   2.2 zasądza od Zamawiającego – Gmina Karczmiska na rzecz wykonawcy WOD-BUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kraśniku kwotę 13 600, 00 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia 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 2019 r., poz. 2019 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 1707/23

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – Gmina Karczmiska prowadzi postepowanie o udzielnie zamówienia publicznego pn.: Przebudowa i modernizacja infrastruktury drogowej na terenie Gminy Karczmiska, numer postępowania: GPI.271.7.2023.GM.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 maja 2023 roku pod numerem 2023/BZP 00215648/01.

W dniu 12 czerwca 2023 roku wykonawca WOD-BUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kraśniku, działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zmianami, dalej: „ustawa” lub „Pzp”) i art. 505 ust. 1 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, a polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie („RAFDAN”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 252 ust. 1 ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 PZP w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej w Postępowaniu przez RAFDAN, podczas gdy wykonawca ten niezgodnie z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ") obowiązującej w Postępowaniu (rozdziałem VII pkt 10 SWZ oraz Załącznikiem nr 1 – Formularz Ofertowy) nie wskazał w swojej ofercie

wymaganych SWZ informacji co do zaangażowania podwykonawców w przedmiocie (i) zakresu powierzonych robót, (ii) wartości/procentowego udziału, (iii) firmy podwykonawcy, podczas gdy informacje te były wymagane treścią SWZ, w szczególności jeżeli intencją RAFDAN było spełnienie warunków udziału w Postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia za pośrednictwem podmiotu trzeciego – D. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. Rafdan D. W. („D. W.") – co dla skuteczności takiego udostępnienia wymagało

zaangażowania wskazanego podmiotu trzeciego

w charakterze podwykonawcy („Zarzut nr 1"),

ewentualnie, w razie uznania przez Izbę, że powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, zarzucam naruszenie:

- naruszenie art. 252 ust. 1 w zw. z art. 123 w zw. z art. 118 ust. 2 w zw. z art. 16 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu przez RAFDAN, podczas gdy wykonawca ten wykazał spełnienie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia za pomocą podmiotu trzeciego - D. W. - wskazując w treści swojej oferty, że wykona zamówienie samodzielnie, bez zaangażowania podwykonawców (w tym D. W.), co oznacza, że powołanie się w tym zakresie na zasoby podmiotu trzeciego było nieskuteczne a w konsekwencji RAFDAN nie wykazał do dnia wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu spełnienia warunków udziału

w Postępowaniu („Zarzut nr 2").

Odwołujący wniósł o:

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania oraz tych opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania, a także dowodów, które zostaną przedstawione na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą,

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, ponowienia badania i oceny ofert oraz:

i. w stosunku do zarzutu 1 – nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty

złożonej w Postępowaniu przez RAFDAN na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy,

ii. w stosunku do zarzutu 2 – nakazanie Zamawiającemu wezwania RAFDAN

do wykazania, że samodzielnie spełnia warunki udziału w Postępowaniu i złożenia podmiotowych środków dowodowych w tym zakresie,

- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący podał, że jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ust. 1 ustawy. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem

przedmiotowego zamówienia doznaje uszczerbku.

Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje fakt, że oferta Odwołującego znalazła się na drugim miejscu w rankingu ocenionych przez Zamawiającego ofert. W związku ze zidentyfikowaniem przez Odwołującego wadliwości w procesie badania oferty zwycięskiej, Odwołujący narażony jest na ryzyko poniesienia szkody w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia. W przypadku zaś uwzględnienia niniejszego odwołania oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu, szanse Odwołującego na uzyskanie zamówienia istotnie wzrosną. Dopiero zatem jej ponowienie da Odwołującemu albo możliwość uzyskania zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie albo istotnie przybliży Odwołującego do powyższego. W świetle powyższego Odwołujący jak najbardziej posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść realną szkodę wskutek zaskarżonej czynności Zamawiającego.

<u>W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:</u>

Opis zaistniałego w sprawie stanu faktycznego

Zamawiający wszczął Postępowanie, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych mających na celu poprawę bezpieczeństwa w ruchu drogowym w Gminie Karczmiska poprzez realizację zadania pn. Przebudowa i modernizacja infrastruktury drogowej na terenie Gminy Karczmiska, obejmująca następujące zadania:

1) przebudowa drogi gminnej w miejscowości Uściąż na odcinku od km 0+000 do km 0+998 dł. 0,998 km,

2) przebudowa drogi gminnej - ul. Sadowa w m. Karczmiska Pierwsze na odcinkach o łącznej długości 1640 mb,

3) przebudowa drogi gminnej - ul. Kolejowa w m. Karczmiska Pierwsze na odcinku od km 0+000,00 do km 0+740,00, dł. 0,740 km,

4) remont drogi gminnej - ul. Plebanka w m. Karczmiska Drugie na odcinku od km 0+000,00 do km 0+284,00, dł. 0,284 km,

5) przebudowa drogi gminnej - ul. Wygon w m. Karczmiska Drugie od km 0+000,00 do km 0+354,00, dł. 0,354 km,

6) przebudowa drogi gminnej - ul. Wesoła w m. Karczmiska Drugie na odcinkach o łącznej długości do ok. 1220 mb,

7) przebudowa drogi gminnej w m. Mieczysławka na odcinku od km 0+000 do km 0+596, dł. 0,596 km,

8) przebudowa drogi gminnej w m. Zaborze odcinku od km 0+000 do km 0+920,dł. 0,920 km,

9) przebudowa drogi gminnej w m. Chodlik na odcinku od km 0+000 do km 0+746, długości

0,746 km,

10) przebudowa drogi gminnej do m. Głusko Duże Kolonia na odcinku od km 0+000 do km 0+999, długości 0,999 km,

11) przebudowa drogi wewnętrznej do m. Górki na odcinkach o łącznej długości do 1370 mb.

Ze względu na wartość zamówienia Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy. Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie wykazali się spełnieniem dwóch warunków udziału w Postępowaniu.

Po pierwsze, wykonawca zobowiązany był wykazać, że do realizacji przedmiotu zamówienia dysponuje lub będzie dysponował osobą, która będzie pełnić funkcję kierownika budowy, posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej drogowej lub równoważną w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

Po drugie, wykonawca zobowiązany był wykazać w zakresie warunku dotyczącego posiadanego doświadczenia, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał, roboty budowlane obejmujące swoim zakresem remont, budowę lub przebudowę dróg publicznych w ramach jednego lub kilku kontraktów (maksymalnie pięciu) o łącznej wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto.

DOWÓD: Ogłoszenie o zamówieniu (w aktach Postępowania).

Termin składania ofert w Postępowaniu został ostatecznie wyznaczony na dzień 2 czerwca 2023 r. godz. 12:00. We wskazanym powyżej terminie składania ofert swoje oferty złożyli: Odwołujący (z ceną brutto w wysokości 7.574.752,07 PLN) oraz RAFDAN (z ceną brutto w wysokości 7.294.249,16 PLN).

DOWÓD: Informacja z otwarcia ofert z 2 czerwca 2023 r. (w aktach Postępowania).

W treści złożonej oferty RAFDAN wskazał (punkt 11 Formularza Ofertowego), że wykona zamówienie samodzielnie, bez jakiegokolwiek zaangażowania podwykonawców

W tym miejscu w odwołaniu wklejone zdjęcie

DOWÓD: Oferta RAFDAN złożona w Postępowaniu (w aktach Postępowania).

Jednocześnie, RAFDAN w kolejnym punkcie omawianego Formularza Ofertowego wskazał, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu powołuje się na

zasadach określonych w art. 118 ustawy na zasoby podmiotu trzeciego tj. D. W. i że deklaruje, że wskazany podmiot trzeci zrealizuje usługi, do których wymagane są te zdolności.

W tym miejscu w odwołaniu wklejone zdjęcie

Wraz z ofertą RAFDAN załączył swoje oświadczenie, z którego wynika, że jego intencją pozostawało spełnienie warunków udziału w Postępowaniu za pomocą podmiotu trzeciego – D. W.

W tym miejscu w odwołaniu wklejone zdjęcie

Do oferty RAFDAN dołączono także oświadczenie D. W., w którym podmiot ten zadeklarował w sposób bardzo ogólnikowy, że sposób wykorzystania udostępnionych przez niego zasobów będzie następujący: podwykonawstwo i wiedza techniczna.

DOWÓD: Oferta RAFDAN złożona w Postępowaniu (w aktach Postępowania)

Jeszcze tego samego dnia, w którym nastąpiło otwarcie ofert (tj. 2 czerwca 2023 r.) RAFDAN został wezwany przez Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w dziale XII SWZ tj.:

1) oświadczenia wykonawcy o przynależności do grupy kapitałowej,

2) wykazu osób,

3) wykazu robót.

W dniu 7 czerwca 2023 r. RAFDAN przedstawił wymagane dokumenty a także dodatkowo dołączył do nich dokument niewskazany w treści wezwania z 2 czerwca 2023 r. tj. zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Co ważne, w treści tego dokumentu w odniesieniu do sposobu wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego w postaci wiedzy i doświadczenia wskazano (inaczej niż w oświadczeniu D. W. załączonego do oferty RAFDAN 5 dni wcześniej), że zasoby te będą wykorzystane przez wykonawcę przez korzystanie z wiedzy technicznej, konsultacje, doradztwo.

DOWÓD: Wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych z 2 czerwca 2023 r. (w aktach Postępowania). Zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia z 7 czerwca 2023 r. (w aktach Postępowania).

W zakresie wykazu robót RAFDAN przedstawił wykaz obejmujący dwie roboty budowlane tj. (1) Przebudowa drogi gminnej nr 103697L w m. Górka o długości 1,899 km, oraz (2) Modernizacja przebudowa drogi gminnej nr 102782 L w m. Białobrzegi, gm. Kock od km 2+966 do km 2+031 o długości 935 mb. Zarówno pierwsza jak i druga robota budowlana

były wykonywane przez D. W., co jednoznacznie potwierdzają załączone przez RAFDAN referencje. Wykonawca RAFDAN nie przedstawił jakiegokolwiek doświadczenia posiadanego samodzielnie.

DOWÓD: Wykaz robót budowlanych uzupełniony w dniu 7 czerwca 2023 r. przez RAFDAN (w aktach Postępowania). Referencja z 1 czerwca 2021 r. (w aktach Postępowania). Referencja z 27 kwietnia 2020 r. (w aktach Postępowania).

Przedłożone przez RAFDAN dokumenty nie budziły żadnych wątpliwości Zamawiającego i w konsekwencji jeszcze tego samego dnia, w którym zostały one przedłożone Zamawiającemu (tj. 7 czerwca 2023 r.) Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez RAFDAN jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

DOWÓD: Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu (w aktach Postępowania).

UZASADNIENIE ZARZUTU NR 1 ODWOŁANIA

Odwołujący wniósł o odrzucenie oferty RAFDAN złożonej w Postępowaniu, ponieważ oferta ta pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia jak również pozostaje niezgodna z przepisami ustawy.

Uzasadniając tak sformułowane żądanie Odwołujący podał, że należy rozpocząć od przywołania art. 118 ust. 2 ustawy, który w odniesieniu do warunków dotyczących m.in. doświadczenia wykonawcy wskazuje, że może on polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W przypadku wskazanych zasobów brak jest zatem możliwości realnego ich przekazania, a następnie wykorzystania w trakcie świadczenia usług lub wykonywania robót budowlanych jedynie za pomocą np. szkoleń, konsultacji, doradztwa czy nadzoru. Ich realne wykorzystanie na etapie realizacji takiego zamówienia możliwe jest wyłącznie przez wykonanie przez podmiot trzeci robót budowlanych lub usług, do realizacji których określone zdolnością są w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymagane. W praktyce, w zakresie zasobów dotyczących wiedzy i doświadczenia, realizacja części zamówienia przez podmiot trzeci musi przyjąć formę podwykonawstwa. Przywołany przepis ma charakter ius cogens, w związku z czym stronom umowy nie przysługuje uprawnienie do innego uregulowania udziału podmiotu trzeciego w opisanej sytuacji.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego niniejszej sprawy wskazał Odwołujący, że RAFDAN zadeklarował w swojej ofercie samodzielne wykonanie zamówienia, bez udziału podwykonawców. Jednocześnie, w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu, powołał się on na zasoby podmiotu trzeciego tj. D. W., przedkładając w tym celu zobowiązanie dotyczące udostępnienia zasobów m.in. w zakresie wiedzy i

doświadczenia. Co istotne, z treści zobowiązania nie wynika udział ww. podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Wprawdzie w zobowiązaniu złożonym wraz z ofertą wskazano (w sposób ogólnikowy) na podwykonawstwo w realizacji zamówienia, jednakże w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych Wykonawca przedłożył zmienioną treść zobowiązania podmiotu trzeciego, pozbawioną informacji o podwykonawstwie, w miejsce której wskazał m.in. na konsultacje i doradztwo.

Zawarte w treści oferty RAFDAN oświadczenie o zamiarze wykonania zamówienia przy pomocy podwykonawców zyskuje walor treści zobowiązania wykonawcy w przypadku, gdy powołuje się on na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie określonym w art. 118 ust. 2 ustawy. Implikuje ono de facto zobowiązanie wykonawcy – gdyż to on jest stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego – do powierzenia wykonania odpowiedniej części zamówienia innemu podmiotowi. Analogicznie, zawarta w treści oferty deklaracja samodzielnej realizacji całego zamówienia, implikuje sposób wykonania zamówienia, przy czym stoi w sprzeczności z dyspozycją art. 118 ust. 2 ustawy. RAFDAN w sposób wyraźny i jednoznaczny wskazał bowiem na brak powierzenia realizacji jakiejkolwiek części zamówienia podwykonawcy, mimo że miał wówczas wiedzę co do konieczności skorzystania z zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia konkretnego podmiotu trzeciego. Oznacza to, że w sposób świadomy i celowy zadeklarował w ofercie samodzielne wykonanie zamówienia, przy czym nie może powoływać się na brak wiedzy co do ewentualnego podwykonawcy.

Treść oferty w zakresie powierzenia części zamówienia podwykonawcom nie podlega uzupełnieniu lub poprawieniu jako omyłka.

W toku badania i oceny ofert niedopuszczalne jest bowiem prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem określonych wyjątków, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany jej treści, co oznacza, iż wyjaśnienia co do zasady nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a jedynie ograniczać się do jej wykładni. Treść oferty w zakresie podwykonawstwa nie może być również rozpatrywana w kategoriach omyłki, zaś zamawiający nie jest zdolny do samodzielnego ustalenia właściwej treści oferty w tym zakresie.

Woli zatrudnienia D. W. jako podwykonawcy przez RAFDAN nie da się wyczytać z pozostałej treści oferty (pomijając zobowiązanie podmiotu trzeciego, które jest przecież oświadczeniem podmiotu udostępniającego zasoby, a nie RAFDAN), nie może być to zatem uznane za omyłkę (raczej za celowe działanie RAFDAN).

W ofercie brakuje także danych pozwalających na jej uzupełnienie w tym zakresie, bowiem zgodnie z rozdziałem VII pkt 10 SWZ Zamawiający wymagał wskazania w Formularzu ofertowym:

(i) części zamówienia, których wykonanie Wykonawca powierzy podwykonawcom;

(ii) podania firm podwykonawców oraz

(iii) wartości lub procentowego udziału usług realizowanych przez danego podwykonawcę.

Ani w ofercie, ani w zobowiązaniu D. W. złożonego wraz z oferta brak jakichkolwiek danych wskazujących na wartość lub procentowy udział tego podmiotu w realizacji zamówienia.

Artykuł 118 ust. 2 ustawy ustanawia generalną regułę, od której ustawa nie przewiduje żadnych wyjątków. Z formalnoprawnego oraz praktycznego punktu widzenia, podmiot trzeci -D. W., stanowi odrębny byt prawny względem RAFDAN. Ewentualne powiązania na poziomie właścicielskim nie uprawniają do stwierdzenia, że mamy do czynienia z jednym przedsiębiorstwem. Przeciwnie – są to dwa odrębne i niezależne byty prawne, a zarazem dwa odrębne przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego. Należy odróżnić doświadczenie podmiotu od indywidualnego doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia. Artykuł 118 ust. 2 ustawy wymaga explicite realizacji określonych robót budowlanych lub usług przez podmiot trzeci udostępniający zasoby. Nie jest zatem wystarczający „transfer" doświadczenia przez ewentualne powiązania osobowe między przedsiębiorstwami, bez formalnego zaangażowania podmiotu trzeciego w realizację zamówienia.

Odwołujący wskazał stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych (zapadłe wprawdzie na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy, jednak zachowujące swoja aktualność): powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia (co do zasady, jako podwykonawca). Należy mieć bowiem na uwadze, że doświadczenie nie stanowi dobra materialnego, czy też niematerialnego, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi bowiem składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (arg. z art. 551 i 552 KC). Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Z tych też względów dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. Wobec faktu zadeklarowania przez RAFDAN w swojej ofercie realizacji zamówienia bez udziału podwykonawców, oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy jako niezgodna z ustawą, tj. z art. 118 ust. 2 ustawy.

Odwołujący z ostrożności podniósł, że nawet jeśli RAFDAN zamierzał powierzyć realizację określonych robót podmiotowi trzeciemu w charakterze podwykonawcy, jego oferta nadal

powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia - sankcja odrzucenia z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z zaniechaniem wskazania w ofercie danych podwykonawcy oraz zakresu i wartości/udziału procentowego zamówienia, jaki zostanie mu powierzony. Zamawiający wyraźnie wymagał bowiem podania tych informacji, przy czym - biorąc pod uwagę zamiar skorzystania przez RAFDAN z zasobów podmiotu trzeciego - podwykonawca był mu znany na etapie składania oferty, co obligowało go do podania w ofercie wskazanej informacji. Wskazanie w ofercie części zamówienia, których wykonanie dany wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, powinna zostać uznana za istotną część oferty w sensie merytorycznym, a nie - jedynie formalnym - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 236/17.

Merytoryczny charakter oświadczenia w zakresie powierzenia części zamówienia podwykonawcom nabiera w realiach

przedmiotowej sprawy szczególnego charakteru, wobec powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia. Deklaracja wykonawcy w zakresie powierzenia usług podwykonawcom stanowi zatem, w ramach przedmiotowego Postępowania, istotny element wpływający na ocenę oferty. Obowiązek odrzucenia oferty w takich okolicznościach znajduje jednoznaczne potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – tak np.: wyrok z 20 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 236/17; wyrok z dnia 7 marca 2016 roku, sygn. akt KIO 221/16. Zakres podwykonawstwa (tj. część zamówienia wskazana w ofercie, które wykonawca przeznacza do realizacji za pomocą podwykonawstwa) stanowi o sposobie spełnienia świadczenia przez wykonawcę i jako taki nie może ulegać zmianie po złożeniu oferty - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 9 listopada 2017 r., sygn. KIO 2245/17. Tym samym, skoro RAFDAN w ofercie złożonej 2 czerwca 2023 r. nie wskazał jakichkolwiek podwykonawców stwierdzając, że wykona zamówienie samodzielnie, nie jest możliwe już dokonanie zmiany w tym zakresie.

Odwołujący wskazał, że sytuacja, jak w niniejszej sprawie została już rozpatrzona w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 12 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2715/17. Stan faktyczny oceniany przez Izbę dotyczył wykonawcy, który w ofercie wskazał, iż zamówienie w całości zrealizuje samodzielnie (bez udziału podwykonawców), ale jednocześnie powołał się na zasoby podmiotu trzeciego celem wykazania spełniania w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Z uwagi na wady w przedstawionym zobowiązaniu do udostępnienia zasobów (które nie są kluczowe z punktu widzenia przedmiotowej sprawy), wykonawca w odpowiedzi na wezwanie przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego wskazujące, że podmiot ten będzie podwykonawcą. Jak orzekła Izba: nowe oświadczenie prowadzi w istocie do zmiany treści oferty, w której deklarowano samodzielne wykonanie usługi bez udziału podwykonawców.

Podobnie i w ofercie RAFDAN, wykonawca ten zadeklarował samodzielne wykonanie całego zamówienia objętego Postępowaniem. Jednocześnie powołał się on na zasoby D. W. celem wykazania spełniania warunków udziału dotyczących zdolności technicznej i zawodowej. Powołanie to, bez rzeczywistej woli zlecenia D. W. wykonania części zamówienia (co jednoznacznie wynika z treści oferty i na co nie ma wpływu ewentualne, jak się zdaje odmienne oświadczenia D. W., który wskazał w swoim zobowiązaniu, iż sposobem wykorzystania udostępnionych przez niego zasobów będzie podwykonawstwo) winno być uznane jako nieskuteczne, gdyż nie jest możliwe udostępnienie doświadczenia danego podmiotu bez jego udziału w realizacji zamówienia. Ewentualna próba zmiany w tym zakresie powinna być uznana za niedopuszczalną zmianę w ofercie (m.in. za przywołanym wyrokiem KIO 2715/17).

W związku z powyższym, należy przyjąć w ocenie Odwołującego, że Zamawiający zaniechał oceny oferty RAFDAN w zakresie tego, jak wykonawca zamierza w istocie zrealizować przedmiotowe zamówienie. Zamawiający nie zweryfikował też tego, czy potencjał udostępniony RAFDAN przez D. W. został w sposób realny i czy ta realność została zachowana tak w ofercie, jak i na etapie wykonania zamówienia (por. wyrok KIO z 14 września 2017 r., sygn. akt KIO 1751/17). Gdyby Zamawiający dokonał tej oceny niewątpliwie uznałby, że deklaracja o samodzielnym wykonaniu zamówienia przez RAFDAN wyklucza możliwość powoływania się na doświadczenie podmiotów trzecich. Oferta RAFDAN od samego początku (w związku ze złożonym oświadczeniem o samodzielnym wykonaniu zamówienia) ograniczała istotnie możliwość powoływania się na doświadczenie podmiotów trzecich. Co więcej, na obecnym etapie nie istnieje już (jak było to wskazywane powyżej) możliwość zmiany tego oświadczenia.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Wyjątki, o których mowa w przywołanym przepisie prawa dotyczą (1) dopuszczalności zmian w trybie dialogu konkurencyjnego, (2) oczywistych omyłek pisarskich, (3) oczywistych omyłek rachunkowych, (4) innych omyłek polegających na niezgodność oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującymi istotnych zmian w treści oferty. Żaden z przywołanych wyjątków nie znajduje zastosowania do stanu faktycznego zaistniałego w sprawie, czego najlepszym dowodem jest to, że Zamawiający nie zawiadomił RAFDAN o poprawieniu oferty tego wykonawcy w zakresie wskazania, że ten nie będzie posługiwał się podwykonawcami. Oferta RAFDAN nadal pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ przewiduje ona weryfikację zdolności podmiotowej wykonawcy (tutaj: RAFDAN) na podstawie zasobu podmiotu trzeciego (tutaj: D. W.), który nie będzie wykonywał zamówienia

w charakterze podwykonawcy. Próba konwalidacji tej oferty zmierzałaby faktycznie do tego, RAFDAN, a w zasadzie w jego zastępstwie: Zamawiający, złożyłby nowe oświadczenie o tym, że zamierza skorzystać z podwykonawcy (D. W.) w toku realizacji zamówienia oraz wskazał zakres prac (wartość/procentowy udział), co na obecnym etapie Postępowania jest już niedopuszczalne.

Wskazanie przez RAFDAN w treści swojej oferty, że nie będzie korzystał z podwykonawców w sytuacji, kiedy jego intencją było spełnienie warunków udziału za pomocą zasobów podmiotu trzeciego – D. W., doprowadziło do dalszych wadliwości Postępowania. Zgodnie bowiem z Załącznikiem nr 7 do SWZ (Projekt Umowy) przyszły wykonawca zamówienia został obciążony szeregiem zobowiązań w zakresie korzystania z podwykonawców np. obowiązkiem przedłożenia projektu umowy z podwykonawcą (§3 ust. 5 Projektu Umowy) czy szczegółowych nakazów/zakazów odnoszących się do umowy z ewentualnymi podwykonawcami (§3 ust. 3 Projektu Umowy, §3 ust. 6 Projektu Umowy). Kluczowe z punktu widzenia istoty niniejszego sporu pozostaje to, że omawiany §3 Projektu Umowy dotyczy wyłącznie wykonawcy, który przewidział udział podwykonawców w realizacji zamówienia na co wskazuje, uwaga odnosząca się do gwiazdki na samym dole omawianej jednostki redakcyjnej. Tym samym, skoro RAFDAN nie przewidział udziału podwykonawców w realizacji zamówienia oznacza to, że (i) albo wykona zamówienie samodzielnie ale wtedy nie wykaże realności udostępnionych mu zasobów przez D. W., albo (ii) będzie swobodnie powierzał prace podwykonawcom w tym D. W., ale będzie się to odbywało poza mechanizmami prawnymi przewidzianymi w §3 Projektu Umowy, gdyż postanowienie to nie znajdzie do niego zastosowania. Jednocześnie Projekt Umowy (w przypadku wykonawcy, który deklarował samodzielne wykonanie zamówienia) nie przewidział w §17 [Zmiany w umowie] możliwości wprowadzenia zmiany Projektu Umowy poprzez wprowadzenie podwykonawstwa przez wykonawcę, który z niego zrezygnował w składanej przez siebie ofercie.

UZASADNIENIE ZARZUTU NR 2 ODWOŁANIA

Odwołujący, na wypadek uznania przez Izbę, że poprzedni zarzut odwołania nie zasługuje na uwzględnienie, przedstawił uzasadnienie dla zarzutu nr 2, który w dużej części będzie powielał argumenty przywołane już w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

Odwołujący podał, że tak jak było to wielokrotnie wskazywane w ramach uzasadnienia zarzutu pierwszego, artykuł 118 ust. 2 ustawy wskazuje, że 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. Ponadto,

zgodnie z ust. 3 tego samego artykułu: 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.

Z wyżej wskazanych przepisów wynika, że udostępnienie zasobów na cele wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi być realne. Co więcej, wymaganie realności udostępnienia zasobów zostało „zaostrzone" w przypadku udostępniania zasobu jakim jest doświadczenie podmiotu trzeciego przez wskazanie, że może być ono udostępnione tylko w jeden sposób – wykonanie robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane. Takie ukształtowanie przepisów ma także zapobiegać pozornemu udostępnianiu referencji jedynie na etapie postępowania i jedynie w celu jego uzyskania przez wykonawcę. Oczywiście, to jaki zakres udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia celem uznania, że jego zasoby zostały realnie udostępnione zależy od przedmiotu zamówienia i od konkretnej sytuacji. Odwołujący podał, że nie sposób mówić o realnym udostępnieniu przez podmiot trzeci swojego doświadczenia w sytuacji (jak w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym) sam wykonawca oświadcza, że będzie wykonywał zamówienie samodzielnie, choć nie posiada jakiegokolwiek niezbędnego ku temu doświadczenia.

Jeżeliby zatem Izba uznałaby, że sposób polegania na zasobach D. W. przez RAFDAN nie stanowi o wypełnieniu przesłanki odrzucenia oferty RAFDAN z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy, z czym Odwołujący się nie zgadza, to już na pewno nie budzi wątpliwości, że na dzień upływu terminu składania ofert RAFDAN nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Jak bowiem szczegółowo wykazano w uzasadnieniu zarzutu nr 1, poleganie na zasobach D. W. przez RAFDAN jest nierealne. Zamawiający powinien zatem (jeśli nie od razu odrzucić ofertę RAFDAN) to przynajmniej wezwać RAFDAN do wykazania, że podmiot ten spełnia warunki udziału w Postępowaniu samodzielnie, skoro zgodnie ze swoją ofertą będzie samodzielnie realizował zamówienie udzielane w ramach Postępowania. W przeciwnym razie może to doprowadzić do realizacji zamówienia przez podmiot niedoświadczony.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron i uczestnika

postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 12 czerwca 2023 roku od czynności Zamawiającego z dnia 7 czerwca 2023 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

W tym miejscu Izba wskazuje, odnośnie „dowodów" sygnalizowanych w treści odwołania, że dokumenty wskazywane w odwołaniu jako „dowody" stanowią akta sprawy odwoławczej i na ich podstawie ustalany jest stan faktyczny sprawy odwoławczej. Jeżeli Strona chciała owe dokumenty powoływać na określone okoliczności, powinna każdorazowo stawiać tezę dowodową na jakie to okoliczności dowód jest powoływany. Mając na uwadze brak wskazania tez dowodowych, jak również fakt, że dokumenty powołane przez Odwołującego stanowiły akta sprawy odwoławczej Izba nie dopuściła dokumentów podanych w odwołaniu jako dowodów w sprawie. Jednocześnie mając na uwadze ww. rozporządzenie i regulację ww. rozporządzenia Izba uwzględniła akta sprawy odwoławczej przy rozpoznaniu odwołania, w tym dokumenty postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, w tym dokumenty wskazywane przez Odwołującego.

Akta sprawy odwoławczej stanowią zgodnie z ww. rozporządzeniem stanowi między innymi dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2. W rozpoznawanej sprawie odwoławczej Zamawiający, na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 czerwca 2023 roku (pismo w aktach sprawy) o przesłanie dokumentacji postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, przesłał dokumentację postępowania, która dotarła do Izby w dniu 19 czerwca 2023 roku, na płycie CD, na nośniku USB oraz w postaci pisemnej. Jednakże,

co możliwe było do ustalenia dopiero w trakcie rozprawy, dokumentacja ta (każda z przesłanych) zawierała braki, a które to braki w dokumentacji uniemożliwiły zamkniecie rozprawy w dniu 23 czerwca 2023 roku. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z wezwaniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do przesłania przez Zamawiającego dokumentacji postępowania odwoławczego (§ 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą, Dz. U. z 2020 r. poz. 2453), to po stronie Zamawiającego aktualizuje się obowiązek przekazania tej dokumentacji w określony przepisami sposób. Jednocześnie dokumentacja postępowania o udzielnie zamówienia ma zostać przekazana w całości. Przekazanie dokumentacji postępiania o udzielnie zamówienia przez Zamawiającego kształtuje domniemanie po stronie składu orzekającego Izby, że akta sprawy o udzielenie zamówienia zostały przekazane w całości, prawidłowo, zgodnie z wezwaniem. Brak jest po stronie Izby narzędzi do weryfikacji przesłanych i przedstawionych dokumentów przed terminem posiedzenia i rozprawy, gdzie faktycznie może dojść do weryfikacji tej dokumentacji. Niezłożenie dokumentacji postępowania przez Zamawiającego, bo za takie należy uznać niezłożenie pełnej dokumentacji, uniemożliwia rozpoznanie sprawy i zamknięcie rozprawy. Co też miało miejsce w przypadku tej sprawy odwoławczej. Jednocześnie, Zamawiający skorzystał z przysługującego mu prawa niestawiennictwa na posiedzeniu i rozprawie z udziałem stron postępiania, co uniemożliwiło jednocześnie uzupełnienie akt o dokumenty, których brak został zidentyfikowany w trakcie rozprawy. Niezbędnym tym samym było zarządzenie wezwania do uzupełnienia akt postępowania odwoławczego o dokumentację postępowania o zamówienie oraz wezwanie Zamawiającego na odroczony termin rozprawy, to pociągało za sobą konieczność wyznaczenia odroczonego terminu z uwzględnieniem możliwości uzupełnienia akt postępowania odwoławczego oraz terminu wezwania Zamawiającego. Odwołujący i uczestnik postępowania odwoławczego o odroczonym terminie rozprawy zostali powiadomieni na rozprawie.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane przez Odwołującego oraz uczestnika postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie.

Do akt sprawy odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego z dnia 20 czerwca 2023 roku „Odpowiedź na odwołanie", gdzie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Pismo to wpłynęło do Izby w dniu 23 czerwca 2023 roku, w trakcie rozprawy.

Do akt sprawy odwoławczej w dniu 20 czerwca 2023 roku wpłynęło pismo uczestnika postępowania odwoławczego z dnia 20 czerwca 2023 roku - „Pismo przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego"

Izba ustaliła i zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Izba na wstępie wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 16 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

2) przejrzysty,

3) proporcjonalny.

- art. 128 ust. 1 ustawy - Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

- art. 252 ust. 1 ustawy - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia.

- art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…)

3) jest niezgodna z przepisami ustawy;

- art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…)

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

- 118 ust. 1 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.

- art. 118 ust. 2 ustawy - 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.

- 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 zakresie zarzutu tj. naruszenia:

- art. 252 ust. 1 ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej w Postępowaniu przez RAFDAN, podczas gdy wykonawca ten niezgodnie z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ") obowiązującej w Postępowaniu (rozdziałem VII pkt 10 SWZ oraz Załącznikiem nr 1 – Formularz Ofertowy) nie wskazał w swojej ofercie

wymaganych SWZ informacji co do zaangażowania podwykonawców w przedmiocie (i) zakresu powierzonych robót, (ii) wartości/procentowego udziału, (iii) firmy podwykonawcy, podczas gdy informacje te były wymagane treścią SWZ, w szczególności jeżeli intencją RAFDAN było spełnienie warunków udziału w Postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia za pośrednictwem podmiotu trzeciego – D. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. Rafdan D. W. („D. W.") – co dla skuteczności takiego udostępnienia wymagało

zaangażowania wskazanego podmiotu trzeciego

w charakterze podwykonawcy (zarzut główny) – Izba zarzut uznała za niezasadny.

ewentualnie, w razie uznania przez Izbę, że powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, Odwołujący zarzucił naruszenie:

- naruszenie art. 252 ust. 1 w zw. z art. 123 w zw. z art. 118 ust. 2 w zw. z art. 16

ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu przez RAFDAN, podczas gdy wykonawca ten wykazał spełnienie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia za pomocą podmiotu trzeciego - D. W. - wskazując w treści swojej oferty, że wykona zamówienie samodzielnie, bez zaangażowania podwykonawców (w tym D. W.), co oznacza, że powołanie się w tym zakresie na zasoby podmiotu trzeciego było nieskuteczne a w konsekwencji RAFDAN nie wykazał do dnia wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu spełnienia warunków udziału

w Postępowaniu (zarzut ewentualny) – Izba zarzut uznała za zasadny

Izba ustaliła:

Zamawiający w Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ), w Rozdziale VII. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, w punkcie 10 podał:

10. Zadamawiający dopuszcza wykonanie zamówienia przy udziale podwykonawców. Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr I do niniejszej SWZ części zamówienia, których wykonanie Wykonawca powierzy podwykonawcom oraz podania firm podwykonawców i wartości lub procentowego udziału usług realizowanych przez danego Podwykonawcę.

W Rozdziale X WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU, w punkcie 2.d lit. b podał

2. O udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który spełnia warunki dotyczące: (…)

d) zdolności technicznej lub zawodowej: (…)

b) Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania

ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie wykonał, roboty budowlane obejmujące swoim zakresem remont, budowę lub przebudowę dróg publicznych w ramach jednego lub kilku kontraktów (maksymalnie pięciu) o łącznej wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł błutto.

W Rozdziale XII. OŚWIADCZENIA I DOKUMENTY, JAKIE ZOBOWIĄZANI SĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ WYKAZANIA BRAKU PODSTAW WYKLUCZENIA (PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE)

1. Do oferty Wykonawca zobowiązany jest dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ.

1) Oświadczenie składają odrębnie:

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku oświadczenie potwierdza brak podstaw wykluczenia wykonawcy oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim wykonawca wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu każdy spośród Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku oświadczenie potwierdza brak podstaw wykluczenia wykonawcy oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu; podmiot trzeci, na którego potencjał powołuje się Wykonawca celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W takim przypadku oświadczenie potwierdza brak podstaw wykluczenia podmiotu oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim podmiot udostępnia swoje zasoby wykonawcy;

(■■■)

4. Podmiotowe środki dowodowe wymagane od wykonawcy, o których mowa w ust. 3 powyżej obejmują:

(…)

4) wykaz robót — potwierdzający, że w okresie ostatnich 5 lat płzed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie wykonawcy wykonali, co najmniej 2 roboty budowlane, których przedmiotem były roboty polegające na - remoncie, budowie lub przebudowie dróg o wartości brutto łącznie 1 000 000,00 zł — załącznik nr 6 do SWZ.

XIII. POLEGANIE NA ZASOBACH INNYCH PODMIOTÓW

I . Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają usługi do realizacji którego te zdolności są wymagane.

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

4. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3 powyżej potwierdza, że stosunek łączący Wykonawcę z podmiotami udostepniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

l) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu udostepniającego zasoby,

2) sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostepniającego 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 usługi, których wskazane zdolności dotyczą,

4) wzór oświadczenia stanowi załącznik nr 3 do SWZ.

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

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

UWAGA: 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.

7. Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawi wraz z oświadczeniem o udostępnieniu zasobów także oświadczenie 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, zgodnie z wymaganym katalogiem dokumentów.

Wykonawca P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie w ofercie, w Formularzu oferty w punkcie 11 i 12 złożył następujące oświadczenia:

11. ZAMÓWIENIE ZREALIZUJEMY sami*/~~przy udziale podwykonawców~~

~~w następującym zakresie robót budowlanych:*~~

1) Zakres robót:

Wartość/procentowy udział:

Firma podwykonawcy:

2) Zakres robót:

Wartość/procentowy udział:

Firma podwykonawcy:

12. OŚWIADCZAMY, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art.57 ustawy Pzp powołujemy się na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp na zasoby podmiotów wskazanych poniżej: P.P.H.U. RAFDAN D. W.

Ul. Głowackiego 57a

24-170 Kurów

Nazwa podmiotu, na którego zasoby powołuje się wykonawca

i deklarujemy, że wskazane powyżej podmioty udostępniające nam zdolności w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia zrealizują usługi, do których wymagane są te zdolności.

Załączony został również dokument złożony przez wykonawcę składającego ofertę P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie. Oświadczenia wykonawcy*/~~wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia*~~ składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (…)

OŚWIADCZENIE DOTYCZĄCE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU:

Oświadczam, że spełniam warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w pkt X., ppkt 1 oraz ppkt 2 a, b, c, d

(wskazać dokument i właściwą jednostkę redakcyjną dokumentu, w której określono warunki udziału w postępowaniu).

[UWAGA do oświadczenia poniżej:

stosuje tylko wykonawca/ wykonawca wspólnie ubiegający się o zamówienie, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostepniających zasoby, a jednocześnie samodzielnie w pewnym zakresie wykazuje spełnianie warunków]

Oświadczam, że spełniam warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w pkt X., ppkt 1 oraz ppkt 2 a, b, c, d

(wskazać dokument i właściwą jednostkę redakcyjną dokumentu, w której określono warunki udziału w postępowaniu)

w następującym zakresie:

- zdolności do występowania w obrocie gospodarczym,
- uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów,
- sytuacji ekonomicznej lub finansowej,
- zdolności technicznej i zawodowej.

INFORMACJA W ZWIĄZKU Z POLEGANIEM NA ZDOLNOŚCIACH LUB SYTUACJI

PODMIOTÓW UDOSTEPNIAJĄCYCH ZASOBY:

Oświadczam, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych przez zamawiającego w pkt X., ppkt 1 oraz ppkt 2 a, b, c, d

(wskazać dokument i właściwą jednostkę redakcyjną dokumentu, w której określono warunki udziału w postępowaniu),

polegam na zdolnościach lub sytuacji następującego podmiotu udostępniającego zasoby: (wskazać nazwę/y podmiotu/ów)

P.P.H.U. RAFDAN D. W. ul. Głowackiego 57a, 24-170 Kurów w następującym zakresie:

- zdolności technicznej i zawodowej,
- wiedza i doświadczenie,
- potencjał kadrowy,
- potencjał techniczny.

(określić odpowiedni zakres udostępnianych zasobów dla wskazanego podmiotu).

Załączony został również dokument złożony przez P.P.H.U. RAFDAN D. W. z siedzibą w Kurowie

Oświadczenia wykonawcy*/wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia* składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp

OŚWIADCZENIE DOTYCZĄCE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU:

Oświadczam, że spełniam warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w pkt X., ppkt 1 oraz ppkt 2 a, b, c, d

(wskazać dokument i właściwą jednostkę redakcyjną dokumentu, w której określono warunki udziału w postępowaniu).

[UWAGA do oświadczenia poniżej:

stosuje tylko wykonawca/ wykonawca wspólnie ubiegający się o zamówienie, który polega na zdolnościach lub sytuacji

podmiotów udostepniających zasoby, a jednocześnie samodzielnie w pewnym zakresie wykazuje spełnianie warunków]

Oświadczam, że spełniam warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w pkt X., ppkt 1 oraz ppkt 2 a, b, c, d

(wskazać dokument i właściwą jednostkę redakcyjną dokumentu, w której określono warunki udziału w postępowaniu)

w następującym zakresie:

- zdolności do występowania w obrocie gospodarczym,
- uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to

z odrębnych przepisów,

- sytuacji ekonomicznej lub finansowej,
- zdolności technicznej i zawodowej.

INFORMACJA W ZWIĄZKU Z POLEGANIEM NA ZDOLNOŚCIACH LUB SYTUACJI

PODMIOTÓW UDOSTEPNIAJĄCYCH ZASOBY:

~~Oświadczam, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych~~

~~przez zamawiającego w……... (wskazać dokument i właściwą jednostkę redakcyjną dokumentu, w której określono warunki udziału w postępowaniu), polegam na zdolnościach lub sytuacji następującego/ych podmiotu/ów udostępniających zasoby:~~

~~(wskazać nazwę/y podmiotu/ów)……..……~~

~~w następującym zakresie: ……~~

~~(określić odpowiedni zakres udostępnianych zasobów dla wskazanego podmiotu).~~

Załączono również do oferty dokument – według Załącznika nr 3 do SWZ OŚWIADCZENIE PODMIOTU TRZECIEGO

do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia

W imieniu:

P.P.H.U. RAFDAN D. W.

ul. Głowackiego 57a

24-170 Kurów

( wpisać nazwę Podmiotu, na zasobach którego polega Wykonawca)

Zobowiązuję się do oddania swoich zasobów

- zdolności technicznej i zawodowej,
- wiedza i doświadczenie,
- potencjał kadrowy,
- potencjał techniczny.

(określenie zasobu – zdolność techniczna, zdolność zawodowa)

do dyspozycji Wykonawcy:

P.P.H.U. RAFDAN Sp. z o.o.

ul. Przemysłowa 7

24-170 Kurów

(wpisać nazwę Wykonawcy)

Zamawiający – GMINA KARCZMISKA

Nazwa nadana zamówieniu: „Przebudowa i modernizacja infrastruktury drogowej na terenie Gminy Karczmiska." Oznaczenie sprawy (nr referencyjny dla postępowania): GPI.271.7.2023.GM przy wykonywaniu zamówienia pn.: „Przebudowa i modernizacja infrastruktury drogowej na terenie Gminy Karczmiska":

Oświadczam, iż:

a) udostępniam Wykonawcy w/w zasoby, w następującym zakresie:

- zdolności technicznej i zawodowej,
- wiedza i doświadczenie,
- potencjał kadrowy,
- potencjał techniczny.

b) sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów będzie następujący:

- podwykonawstwo i wiedza techniczna,

c) zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący:

- przebudowa lub remont drogi (roboty przygotowawcze i rozbiórkowe, roboty ziemne i podbudowa, wykonanie nawierzchni, roboty wykończeniowe, wykonanie oznakowania), d) okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący:

- cały okres niezbędny do wykonania zadania,

e) udostępniając wykonawcy zdolności w postaci wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia będę realizował usługi, których dotyczą udostępnione zdolności: TAK*/~~NIE *~~

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów - podmiotowych środków dowodowych wykonawca składający ofertę P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie złożył między innymi:

- wykaz robót budowlanych (według złącznika nr 6 do SWZ) zawierający wykazane dwie roboty budowlane wraz z dwiema referencjami, które zostały wystawione dla podmiotu realizującego wskazane w wykazanie roboty budowlane tj. P.P.H.U. RAFDAN D. W. z siedzibą w Kurowie.

Załączone zostało również ZOBOWIĄZANIE do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia z dnia 7 czerwca 2023 roku:

Zobowiązuję się do oddania swoich zasobów

WIEDZA I DOŚWIADCZENIE, POTENCJAŁ KADROWY, POTENCJAŁ TECHNICZNY (określenie zasobu - wiedza i doświadczenie, potencjał techniczny, potencjał kadrowy, potencjał ekonomiczno-finansowy) do dyspozycji Wykonawcy:

P.P.H.U. RAFDAN SP. Z O.O.

Ul. PRZEMYSŁOWA 7

24-170 Kurów

NIP: 716-283-70-51

(nazwa Wykonawcy)

przy wykonaniu zamówienia pod nazwą:

„Przebudowa i modernizacja infrastruktury drogowej na terenie Gminy Karczmiska" Oświadczam, iż:

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

-wiedza i doświadczenie,

-potencjał kadrowy,

-potencjał techniczny,

b) sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów będzie następujący:

-wiedza i doświadczenie zasoby będą wykorzystane poprzez korzystanie z wiedzy technicznej, konsultacje, doradztwo

-potencjał kadrowy zatrudnienie pracowników na umowę o pracę

-potencjał techniczny udostępnienie odpowiednich maszyn i urządzeń niezbędnych do wykonania

zamówienia.

c) charakter stosunku łączącego mnie z Wykonawcą będzie następujący: umowa na roboty budowlane

d) zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: budowa lub/i przebudowa lub/i modernizacja lub/i remont drogi o nawierzchni mineralno-bitumicznej (roboty przygotowawcze, podbudowa, nawierzchnia, pobocza, oznakowanie, roboty wykończeniowe)

e) okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: cały okres niezbędny do wykonania zadania

Izba zaważyła:

W ocenie Izby na wstępie należy wyjaśnić zasadniczą kwestię, która wydaje się być niezrozumiała, a sprowadza się do kwestii podstawowej, tj. wskazania tego, kto jest wykonawcą składającym ofertę w postępowaniu.

Ofertę w postępowaniu złożył wykonawca P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie. Zgodnie z art. 7 pkt 30 ustawy przez wykonawcę należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. W Formularzu oferty jednoznacznie wskazano, że wykonawcą w tym postępowaniu składającym ofertę jest spółka prawa handlowego. Dla oceny skuteczności i poprawności złożenia oferty w postępowaniu, w tym składanych oświadczeń woli przez podmiot składający ofertę, kluczowe znaczenie ma zakres oświadczeń jakie składane są w ofercie przez podmiot składający tą ofertę, czyli w tym wypadku przez spółkę.

Wykonawca (P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie) w postępowaniu, w Formularzu oferty w punkcie 11 złożył jednoznaczne, oczywiste i zrozumiałe oświadczenie, że zamówienie zrealizuje sam. Oświadczenie to jest precyzyjne i nie pozostawia żadnych wątpliwości co do jego treści (oferta, pkt 11 – „Zamówienie zrealizujemy sami". Wynika z niego w sposób jednoznaczny, że wykonawca P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie zrealizuje zamówienie samodzielnie.

Natomiast w kolejnym punkcie Formularza ofertowego wykonawca podał, że „w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 57 ustawy Pzp powołujemy się na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp na zasoby podmiotów wskazanych poniżej: P.P.H.U. RAFDAN D. W. (…) i deklarujemy, że wskazane powyżej podmioty udostępniające nam zdolności w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia zrealizują usługi, do których wymagane są te zdolności." Wykazywane następczo doświadczenie jakim ma się legitymować wykonawca w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, a przedstawione na wezwanie Zamawiającego, dotyczyło realizacji robót budowlanych przez P.P.H.U. RAFDAN D. W..

Oznacza to, że w zakresie wykazania doświadczenia wykonawca składający ofertę (P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie) posłużył się doświadczeniem innego podmiotu, nie przedstawił zatem doświadczenia własnego mimo, że oświadczył, że zrealizuje zamówienie samodzielnie. Podkreślić należy, że w

piśmie procesowym z dnia 20 czerwca 2023 roku wykonawca P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie podał, że „zamówienie zrealizuje sam, bez udziału innych podwykonawców, ale z udziałem podmiotu który udostępnił mu swoje zasoby w celu wykazania spełniania warunków udziału w postepowaniu tj. PPHU RAFDAN D. W. w Kurowie, który zrealizuje usługi, do których wymagane są udostępnione zdolności. Przystępujący do postępowania wykazał, że udział podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia jest realny, z uwagi na powiązania osobiste i korporacyjne obu podmiotów i z uwagi na deklarację realizacji zamówienia w zakresie udostępnionego potencjału. Udział ten nie musi mieć charakteru podwykonawstwa. Zakres udziału podmiotu udostępniającego zasoby przy wykonywaniu zamówienia to „przebudowa lub remont drogi (roboty przygotowawcze i rozbiórkowe, roboty ziemne i podbudowa, wykonanie nawierzchni, roboty wykończeniowe, wykonanie oznakowania)".

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Wynika z powyższego w sposób jednoznaczny, co również ugruntowane jest zarówno w doktrynie przedmiotu jak i orzecznictwie, że po pierwsze – wykonawca może dla potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, jak w tym przypadku dotyczącego posiadanego doświadczenia, polegać na doświadczeniu podmiotu udostepniającego (zwanego też w piśmiennictwie: „podmiotem trzecim").

Po drugie, z przepisu tego również jednoznacznie wynika, że poleganie na zdolnościach podmiotu udostępniającego jest niezależne od charakteru prawnego łączącego podmiot udostepniający i wykonawcę składającego ofertę w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Wymaga podkreślania, że okoliczność ta charakterystycznym rozwiązaniem legislacyjnym dla zamówień publicznych. Oznacza powyższe tyle, że jakiekolwiek powiązania „osobiste i korporacyjne" w żaden sposób nie wpływają na prawidłowość wykazywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie one stanowią podstawę oceny w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego podstawę oceny. Kluczowanym dla prawidłowego wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie są zależności między podmiotami, lecz wypełnienie przez wykonawcę wymagań ustawowych i żądań

Zamawiającego określonych w SWZ oraz złożonych w postępowaniu oświadczeń. Tym samym nie ma żadnego znaczenia, i nie może go mieć w obliczu regulacji ustawowej, podnoszona przez Zamawiającego w piśmie procesowym oraz uczestnika postępowania odwoławczego w piśmie procesowym i na rozprawie argumentacja wskazująca na powiązania korporacyjne między wykonawcą składającym ofertę - P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie (Prezes spółki – D. W.), a podmiotem udostępniającym zasoby - P.P.H.U. RAFDAN D. W.. Wykonawca, czyli spółka, jednoznacznie podała, że zrealizuje zamówienie samodzielnie. W obliczu wymagań dotyczących zamówień publicznych znaczy to tyle, że P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie oświadczył jednoznacznie, że zrealizuje zamówienie samodzielnie, czyli bez udziału żadnego innego podmiotu.

W trakcie rozprawy pełnomocnik wykonawcy P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie wyjaśnił w zakresie podnoszonej argumentacji o realizacji przez D. W. (P.P.H.U. RAFDAN D. W.) będzie robót budowlanych (tj. roboty rozbiórkowe, ziemne, podbudowa, wykonanie nawierzchni, roboty wykończeniowe i wykonanie oznakowania), że D. W. będzie realizował je na podstawie umowy podwykonawstwa, bowiem nie ma innej formy, w jakiej możliwa byłaby realizacja prac budowlanych przez ten podmiot na rzecz RAFDAN. W ocenie Izby jednoznacznie powyższe potwierdza, że niezależnie od powiązań korporacyjnych pomiędzy wykonawcą składającym ofertę - P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie (Prezes spółki – D. W.), a podmiotem udostępniającym zasoby - P.P.H.U. RAFDAN D. W., po stronie wykonawcy jednoznaczna istniała świadomość tego, że realizacja robót budowalnych przez podmiot udostępniający zasoby na rzecz wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu musi nastąpić na podstawie umowy podwykonawstwa. Stwierdzić należy również, że oświadczenie złożone w Formularzu ofertowym przez wykonawcę o samodzielnej realizacji zamówienia jest sprzeczne ze stanowiskiem przedstawionym na rozprawie. Natomiast stanowisko z rozprawy potwierdza, że po stronie wykonawcy istnieje świadomość niezbędności realizacji robót budowlanych przez podmiot udostępniający zasobu, na rzecz wykonawcy składającego ofertę na podstawie umowy podwykonawstwa i to niezależnie od powiazań osobistych i korporacyjnych.

Izba stwierdza, że nie sposób uznać za prawidłową szeroko podnoszoną argumentację pełnomocnika wykonawcy P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie skupiającą się na wykazaniu, że choć będzie podwykonawca w ramach realizacji tego zamówienia a rozumienie wykonawcy formularza oferty było takie, że nie będzie miał innych podwykonawców poza tymi podmiotami udostepniającymi

zasobów. Prawidłowość oceny przez Zamawiającego złożonej oferty w postępowaniu nie jest zależna od sposobu rozumienia, interpretacji wymagań dokonanej przez wykonawcę składającego ofertę. Podwykonawca to podwykonawca, i nie wpływa na to fakt, czy jest on podmiotem udostępniającym zasobny czy nie jest podmiotem udostępniającym zasoby. Można pokusić się o stwierdzenie, że podmiot udostępniający zasoby w robotach budowlanych zawsze musi być podwykonawcą (i musi zostać wskazany przez wykonawcę realizacja zamówienia przy udziale innych podmiotów), natomiast podwykonawca wskazany przez wykonawcę nie musi być podmiotem udostępniającym zasoby.

Wymaga wskazania, że zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, a z takim zakresem udostępnienia spotykamy się w tej sprawie odwoławczej w zakresie podniesionego zarzutu odwołania, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane. Z przepisu tego w sposób jednoznaczny wynika, że wykonawca składający ofertę, powołując się na doświadczenie podmiotu udostępniającego swoje zasoby ma i musi mieć

świadomość, że właśnie ten podmiot udostępniający musi wykonać roboty budowlane do realizacji których to doświadczenie było wymagane. W rozpoznawanym przypadku wykonawca posłużył się celem wykazania warunków udziału w postępowaniu doświadczeniem podmiotu udostępniającego, to mając na uwadze powyższe, zgodnie z regulacjami prawnymi, podmiot udostępniający musiał zostać podwykonawcą. Natomiast wykonawca oświadczył zupełnie inaczej, że zrealizuje zamówienie samodzielnie.

W ocenie Izby zarzut główny odwołania nie może się ostać, bowiem oświadczenie wykonawcy P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie złożone w punkcie 11 Formularza ofertowego jest jednoznaczne i wynika z niego, że zrealizuje on zamówienie samodzielnie. Tym samym cała argumentacja Odwołującego odnosząca się do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy stanowi argumentację „na wyrost", w sumie też sprzeczną z treścią samej oferty. Nie sposób uznać, że oświadczenie w punkcie 12 Formularza ofertowego oraz złożone inne dokumenty w jakikolwiek sposób zmieniają treść oświadczenia z punktu 11 Formularza ofertowego. W ocenie Izby nie ma żadne możliwości prowadzenia jakiejkolwiek wykładni, która pozwoliłaby na uznanie, że wykonawca P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie nie podał określonych w punkcie 11 Formularza ofertowego informacji, a powołał się na doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, czyli podmiotu, który musiał zostać wykazany jako podwykonawca w robotach budowlanych. Zasadnym natomiast są wszystkie twierdzenia Odwołującego odnoszące się do tego,

że jakiekolwiek zobowiązanie podmiotu udostępniającego P.P.H.U. RAFDAN D. W., jakiekolwiek jego oświadczenie nie zmienia oświadczenia wykonawcy P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie zawartego w punkcie 11 Formularza ofertowego. Jak wyżej już zostało to zaznaczone, nie mają wpływu na to również żadne powiązania osobiste czy korporacyjne pomiędzy, co należy podkreślić, dwoma równymi podmiotami.

Izba podkreśla również, że bez znaczenia dla oceny złożonego w Formularzu oferty – jednoznacznego i precyzyjnego – oświadczenia wykonawcy P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie o realizacji zamówienia samodzielnie pozostaje podnoszona przez uczestnika postępowania odwoławczego, że z całej treści oświadczeń złożonych wraz z ofertą wynika, że potencjał wykazany przez podmiot trzeci będzie mógł być realnie wykorzystany. Uczestnik postępowania odwoławczego pomiął jedną istotną okoliczność przedstawiając powyższą argumentację, a mianowicie, że oświadczenie o samodzielnej realizacji zamówienia złożone w puncie 11 Formularza ofertowego stanowi oświadczenie wykonawcy. Jako oświadczenie jednoznaczne nie podlega ono żadnej wykładni, tym bardziej, że brak znajomości przepisów nie uzasadnia sposobu wykładni składanych oświadczeń. W żadne sposób nie broni się również argument, że wykonawca zrealizuje zamówienie „sam, bez udziału podwykonawców, ale z udziałem podmiotu który udostępnił mu swoje zasoby (…)", a który miałby dowodzić prawidłowości działań wykonawcy. Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego i sposób składania w dokumentów w postępowaniu stanowi sformalizowane działania, które muszą być oceniane według również sformalizowanych ustawą wymagań, w zamian dając wykonawcom składającym oferty gwarancję działania zgodnie z zasadami Prawa zamówień publicznych. Formalizm działań, a w zasadzie prawidłowość postępowania zgodnie z wytycznymi ustawowymi, nie może być postrzegana jako działania nadmiarowe, a sam formalizm jako nadmiarowość postępowania. Odstąpienie od zasad, regulacji i wytycznych w ramach procedury o udzielnie zamówienia publicznego prowadziłoby do w zasadzie do braku tych zasad w postępowaniu. Obowiązkiem Zamawiającego, ale również wykonawcy jest znajomość obowiązujących przepisów prawa, które to stanowią gwarancję realizacji procedury zamówienia publicznego przejrzystej, z poszanowaniem konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jeżeli dany wykonawca nie postępuje zgodnie z przepisami ustawy, to nie może on liczyć na ochronę jaką ta ustawa mu gwarantuje, gdy jego działania są z nią zgodne.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich

uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych. Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją przez Zamawiającego reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWZ.

Izba uznała, mając na uwadze treść złożonego oświadczenia przez wykonawcę P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie w punkcie 11 Formularza ofertowego, że nie doszło do naruszeń przepisów prawa poniesionych w zarzucie głównym tj. naruszenia art. 252 ust. 1 ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy i w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy. Jednocześnie, ponieważ Izba nie uwzględniła zarzutu głównego poddała pod rozpoznanie zarzut ewentualny tj. zarzut naruszenia art. 252 ust. 1 w zw. z art. 123 w zw. z art. 118 ust. 2 w zw. z art. 16 ustawy przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Izba stwierdza, że wobec ustalenia i uznania, że oświadczenie wykonawcy P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie złożone w Formularzu ofertowym w punkcie 11 było jednoznaczne i dowodziło w sposób niepodlegający żadnej interpretacji, że wykonawca ten samodzielnie zrealizuje roboty budowlane określone przedmiotem zamówienia, to niezbędnym jest wykazanie się przez tego wykonawcę tj. P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie doświadczeniem niezbędnym do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale X w pkt 2.d lit.b Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Dlatego też Izba nakazał Zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego unieważnienie czynności z dnia 7 czerwca 2023 roku, tj. wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie oraz wezwanie tego wykonawcy, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy, do uzupełnienia oświadczeń i podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w zakresie doświadczenia wykonawcy określonego w Rozdziale X w pkt 2.d lit.b Specyfikacji Warunków Zamówienia, jakim musi wykazać się wykonawca P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Kurowie. Izba ponownie podkreśla, że wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu jest P.P.H.U. RAFDAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kurowie, złożył ten wykonawca jednoznaczne oświadczenie o realizacji zamówienia samodzielnie, oraz nie mają znaczenia dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu jakiekolwiek powiązania osobiste czy korporacyjne pomiędzy podmiotami składającymi ofertę a udostępniającymi zasoby w postępowaniu.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W przedmiotowej sprawie odwołanie, z przyczyn wskazanych powyżej w warstwie poddanej ocenie merytorycznej, okazało się zasadne w całości przez to, że zasadnym okazał się zarzut ewentualny, który został rozpoznany przez Izbę, po uznaniu za niezasadny zarzutu głównego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący:……..