Sygn. akt KIO 2920/24

WYROK

Warszawa, dnia 4 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2024 roku przez wykonawcę MAX -BUD G. P. SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Szerokie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiat Biłgorajski

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 123 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oferty wykonawcy J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą JP Usługi Budowlane J. P.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę MAX - BUD G. P. SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Szerokie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę oraz Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

2.2. zasądza od zamawiającego Powiat Biłgorajski na rzecz wykonawcy MAX - BUD G. P. SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Szerokie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……

Sygn. akt KIO 2920/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający Powiat Biłgorajski prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Przebudowa i rozbudowa powiatowej krytej pływalni w Biłgoraju – etap II", nr referencyjny: IZ.273.4.2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp".

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 kwietnia 2024 r. pod numerem: 242272-2024.

W postępowaniu tym wykonawca MAX - BUD G. P. SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Szerokie (dalej: „Odwołujący") w dniu 12 sierpnia 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy JP Usługi Budowlane J. P.;

2. zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy JP Usługi Budowlane J. P. .

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) w zw. z art. 118 ust. 2 i art. 123 PZP poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy JP Usługi Budowlane J. P. w sytuacji, w której wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 6 pkt. 6.1.4 pkt 1) SWZ, ponieważ podmiot trzeci (Transcom Sp. z o. o.) udostępnił swoje zasoby w niewystarczającym z perspektywy treści warunku doświadczenia zakresie („Zdolność techniczna określona w SWZ […] Udostępniający będzie brał udział w realizacji zadania inwestycyjnego w zakresie budowy niecki, instalacji technologii wody […]"), zaś sam wykonawca również nie posiada wymaganego doświadczenia.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego, o których Zamawiający zawiadomił wykonawców 2 sierpnia 2024 r.;

3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

W ocenie Odwołującego Zamawiający nieprawidłowo uznał, że wykonawca JP Usługi Budowlane J. P. – bazując na doświadczeniu podmiotu udostępniającego zasoby – wykazał spełnienie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy. W złożonej ofercie wybrany wykonawca zadeklarował udział podmiotu udostępniającego zasoby wyłącznie w zakresie robót instalacyjnych dotyczących technologii uzdatniania wody oraz dostawy i montażu niecek basenowych. Tymczasem warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy jest szerszy – obejmuje całość robót budowlanych dotyczących budynku pływalni. Pomimo, że rozszerzenie zakresu zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na które powołuje się wykonawca, nie jest możliwe po upływie terminu składania ofert, a z PZP wynika zasada niezmienności treści oferty i zakaz negocjowania jej treści, Zamawiający zezwolił wykonawcy JP Usługi Budowlane J. P. na dokonanie daleko idącej zmiany treści zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby (a tym samym treści oferty). Zmiana polegała na istotnym rozszerzeniu zakresu robót, które zostaną powierzone do wykonania temu podmiotowi (z robót instalacyjnych dotyczących technologii uzdatniania wody oraz dostawy i montażu niecek basenowych na roboty budowlane dotyczące budynku pływalni). Zdaniem Odwołującego, co wynika również z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, tak daleko idąca modyfikacja zadeklarowanego w ofercie zakresu udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia jest zakazana i stanowi naruszenie PZP.

Odwołujący podniósł, że ze złożonego wraz z ofertą pierwszego zobowiązania wynikało, że Transcom udostępni JP Usługi Budowlane swoją zdolność techniczną, zaś dojdzie do tego poprzez udział w realizacji Zamówienia w zakresie ściśle określonych elementów robót: budowy niecki i instalacji technologii wody. Oprócz tego Transom ogólnie zadeklarował, że „będzie w pełnej dyspozycyjności Wykonawcy w celu należytego wykonania umowy". Niezależnie od pierwszego zobowiązania, JP Usługi Budowlane załączył do oferty zawarte z Transcom porozumienie w sprawie udostępnienia zasobów (podpisane 29 maja 2024 r.). Jego treść precyzowała, że wskazana w pierwszym zobowiązaniu zdolność techniczna będzie dotyczyć wyłącznie robót instalacyjnych w zakresie technologii uzdatniania wody oraz dostawy i montażu niecek basenowych. Tak opisane zasoby Transcom wyznaczały zatem zakres zdolności, na których JP Usługi Budowlane polegał w chwili złożenia oferty w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Jednocześnie, pomimo że powyższe oświadczenia nie zostały zawarte bezpośrednio w formularzu oferty, to stanowiły merytoryczną treść oferty wykonawcy – wskazywały na to, w jaki sposób zamierza zrealizować zamówienie.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, że w dniu 25 czerwca 2024 r. Zamawiający wezwał JP Usługi Budowlane do uzupełnienia pierwszego zobowiązania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający zakwestionował zatem zarówno to, że pierwsze zobowiązanie w ogóle nie określa robót, które zostaną wykonane przez Transcom (dokument wskazywał jedynie na to, że Transcom będzie „brał udział" w robotach), jak i to, że zakres tego oświadczenia jest niewystarczający – dotyczy jedynie „budowy niecki i instalacji technologii wody, a więc udział ten obejmuje ograniczony zakres, który jest węższy od zakresu warunku udziału w postępowaniu." Zamawiający słusznie wskazał, że taki dokument stanowi o braku wykazania przez JP Usługi Budowlane spełniania stosownego warunku udziału w Postępowaniu. W konsekwencji Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 PZP, wezwał JP Usługi Budowlane do poprawienia lub uzupełnienia lub złożenia nowego zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby. Zastrzegł także, że „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."

Jakkolwiek sam wniosek Zamawiającego, że pierwsze zobowiązanie było nieprawidłowe, był słuszny, to w sytuacji, w której zakres udostępnianych zasobów był niewystarczający (dotyczył jedynie zdolności technicznej, a nie zawodowej, oraz jedynie wybranych elementów robót dotyczących budynku pływalni), to wskazanie w treści wezwania na możliwość modyfikacji (rozszerzenia) dokumentu lub zastąpienia Transcom innym podmiotem lub podmiotami było nieprawidłowe i bezprzedmiotowe (o czym niżej).

W odpowiedzi na wezwanie JP Usługi Budowlane złożył kolejne zobowiązanie Transcom (dalej jako: „Drugie Zobowiązanie"), w którym doszło do istotnej i jednocześnie zakazanej zmiany (rozszerzenia) zdolności udostępnianych

przez Transcom. W złożonym dokumencie Transcom oświadczył, że udostępni swoje zasoby nie tylko w zakresie zdolności technicznej, ale także w zakresie zdolności zawodowej, czyli doświadczenia. Zakładając, że jako podmioty profesjonalne zarówno JP Usługi Budowlane, jak i Transcom, prawidłowo rozróżniają rodzaje warunków udziału w postępowaniu, należy zauważyć, że już w tym zakresie doszło do zakazanego rozszerzenia zdolności (zasobów) udostępnianych JP Usługi Budowlane w stosunku do tego, co w/w podmioty zadeklarowały na etapie ofertowania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że pierwsze zobowiązanie ograniczało się do udostępnienia zdolności technicznych, natomiast Drugie Zobowiązanie obejmowało także zdolność zawodową – wiedzę i doświadczenie. Nawet jeżeli intencją JP Usługi Budowlane od początku było to, by skorzystać z zasobów Transcom w zakresie zdolności zawodowej (wiedzy i doświadczenia), a nie technicznej, to ze względu na wiążącą go zasadę należytej staranności i obowiązującą w Postępowaniu zasadę pisemności powinien był zadbać o to, by już pierwsze zobowiązanie zawierało prawidłową treść.

Co jednak szczególnie istotne, w Drugim Zobowiązaniu Transcom zadeklarował, że zamiast pierwotnego zakresu prac (w którego wykonaniu miał „wziąć udział") podmiot ten wykona roboty objęte warunkiem udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt. 6.1.4 SWZ, w tym przebudowę i rozbudowę budynku krytej pływalni wraz z budową niecki basenowej i instalacji technologii wody. Oznacza to, że wbrew pierwotnej treści oferty JP Usługi Budowlane zamierza skorzystać z doświadczenia Transcom w zakresie całości robót budowlanych dotyczących budynku pływalni.

Tak określony zakres robót jest zdecydowanie szerszy niż ten, który wynikał z pierwszego zobowiązania, ograniczonego jedynie do samej budowy niecki i instalacji technologii wody.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący przytoczył treść art. art. 118 ust. 2 oraz art. 123 ustawy Pzp jak również tezy wyroków Krajowej Izby Odwoławczej.

W złożonym pismem z dnia 28 sierpnia 2024 r., stanowiącym odpowiedź na

odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie.

W uzasadnienie Zamawiający wskazał m.in.:

Zamawiający stoi na stanowisku, że podczas oceny ofert prawidłowo zinterpretował i zastosował art. 118 i 123 oraz art. 128 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej pzp). Zamawiający przytoczył treść art. 116, art. 118 ustawy Pzp. Dalej Zamawiający wskazał, że z podanych przepisów wynika:

a) uprawieniem 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 pzp 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.

Przedmiotem odmiennej oceny zachowania zamawiającego przez Odwołującego i Zamawiającego jest interpretacja art. 123 ustawy pzp. 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 odrzuceniu.

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 pzp jest rozstrzygnięcie zakresu używanych w ww. oddziale pojęć: „zdolność" i „zasób" oraz „sposób udostępnienia wykonawcy zasobu". Zamawiający ponownie przytoczył treść art. 118 oraz art. 123 ustawy Pzp wskazując zaznaczając ww. pojęcia.

W ocenie Zamawiającego, opierając się na założeniu racjonalnego ustawodawcy, należy przyjąć, że używając w jednym akcie prawnym trzech różnych pojęć nie nadaje im tożsamego znaczenia.

Art. 118 wskazuje w ocenie Zamawiającego precyzyjnie, że doświadczenie jakie posiada podmiot udostępniający zasoby jest jego zdolnością zaś wykorzystanie tej zdolności odbywa się poprzez 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 przepisie, 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 stanowić miałby dla zamawiającego podstawę odrzucenia oferty (orzeczenie TSUE z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie 0-35/17).

Na marginesie Zamawiający podkreślił, że użyte w art. 123 ustawy pzp 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 pzp 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 pzp 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.

Zamawiający wskazał, że kolejnym argumentem przemawiającym za prawidłowością jego stanowiska 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., 0-387/14, Esaprojekt 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 publicznego, 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 pzp 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 p.z.p. 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 pzp 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 uprawienie 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 pzp spełnialiby oczekiwania zamawiającego względem wykonawców (wyrażone w tym wezwaniu). Tym samym doszłoby do naruszenia art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych,

c) wykonawca, który w ogóle nie złożyłby zobowiązanie podmiotu udostępniającego, na podstawie art. 128 obligatoryjnie zostałby wezwany do jego złożenia, mogąc nadać mu dowolną treść, ograniczoną jedynie wskazaniem w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 warunku, który wykazuje z pomocą podmiotu trzeciego.

Zamawiający podkreślił, 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 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). Zobowiązanie jest bezsprzecznie 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).

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Stan faktyczny nie był sporny. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest przebudowa i rozbudowa powiatowej krytej pływalni w Biłgoraju – etap II.

Zamawiający w rozdziale 6 INFORMACJE O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU, pkt 6.1.4. Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie:

1) Wykonawca winien wykazać, że wykonał należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwie roboty budowlane z których każda:

a) polegała na budowie lub przebudowie lub remoncie budynku krytej pływalni posiadającej co najmniej jedną nieckę basenową, o powierzchni minimum 250 m 2, b) miała wartość minimum 6.000.000,00 zł brutto (słownie: sześć milionów złotych 00/100).

W przedmiotowym postępowaniu ofertę złożył m.in. wykonawca J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą JP Usługi Budowlane J. P. (dalej jako: „JP"). W złożonym wraz z ofertą formularzu JEDZ wykonawca JP Usługi Budowlane oświadczył, że w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na zdolności innych podmiotów (Część II: Informacje dotyczące wykonawcy, sekcja C: Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów, str. 5).

Wskazany wyżej wykonawca złożył także formularz JEDZ firmy TRANSCOM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Katowicach, w którym podmiot ten oświadczył, że będzie występować w trakcie realizacji zamówienia jako podwykonawca (Część II: Informacje dotyczące wykonawcy, sekcja A: Informacje na temat

wykonawcy, str. 3). Jednocześnie wraz z ofertą ww. wykonawca złożył dokument „Oświadczenie dotyczące udostępnienia zasobów". Zgodnie z oświadczeniem firma Transcom Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach odda do dyspozycji Wykonawcy zamówienia niezbędne zasoby, tj. zdolność techniczną, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu niżej wymienionego zamówienia, którego przedmiotem jest:

„Przebudowa i rozbudowa powiatowej krytej pływalni w Biłgoraju - etap II"

Nr referencyjny IZ.273.4.2024

1) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby

Zdolność techniczna określona w SWZ, wraz z dalszymi zmianami, dla w.w zdania inwestycyjnego

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

Zdolność techniczna udzielona na czas realizacji zadania. Udostępniający będzie brał udział w realizacji zadania inwestycyjnego w zakresie budowy niecki, instalacji technologii wody oraz będzie w pełnej dyspozycyjności Wykonawcy w celu należytego wykonania umowy.

Dodatkowo wykonawca JP załączył porozumienie zawarta w dniu 28 maja 2024r. pomiędzy JP a Przedsiębiorstwem Produkcyjno Usługowo Handlowym TRANSCOM" Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach. Zgodnie z § 2 ust. 1 porozumienia Strony ustaliły, że TRANSCOM Sp. z o.o. opracuje ofertę na wykonanie robót instalacyjnych w zakresie technologii uzdatniania wody oraz dostawy i montażu niecek basenowych, oferta ta stanowi Załącznik nr 1 do niniejszego Porozumienia.

Pismem z dnia 25 czerwca 2024 r. Zamawiający wezwał JP do uzupełnienia dokumentów, wskazując w treści:

Zamawiający – działając na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. art 118 ustawy z dnia 11 września 2019 - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawa Pzp" wzywa Wykonawcę do

I. poprawienia złożonych wraz z ofertę oświadczeń, o których mowa w art. 125 ust. 1,

oraz

II. uzupełnienia złożonego wraz z ofertą zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w art. 118. ust.1 ustawy Pzp

(…)

w zakresie wskazanym w uzasadnieniu niniejszego pisma.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.

Wady złożonego zobowiązania:

a) brak informacji o których mowa w art. 118 ust. 4 pkt. 3) tj. informacji wskazujących na to czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby zrealizuje roboty budowlane lub

usługi, których wskazane zdolności dotyczą; Użyty w zobowiązaniu zapis „będzie brał udział w realizacji zadania inwestycyjnego" nie pozwala ocenić zamawiającemu czy i w jakim charakterze podmiot trzeci będzie uczestniczył w realizacji robót. Użyte sformułowanie nie wyklucza różnych form uczestnictwa w realizacji zamówienia, które niekoniecznie muszą być wykonaniem robót budowlanych których dotyczy warunek udziału w postępowaniu (branie udziału jako konsultant itp.). Zamawiający wskazuje, że wykorzystanie zasobów, o których mowa w art. 118 ustawy Pzp 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 tyko 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).

Zgodnie z treścią SWZ zamawiający wymagał (warunek pierwszy) aby wykonawca posiadał doświadczenie (wynikające z wykonania jednej roboty budowlanej) obejmujące budowę lub przebudowę lub remont budynku łącznie z wykonaniem wykonanie niecki basenowej (połączenie to było istotne dla oceny potencjału wykonawcy, który musi dla nabycia doświadczenia wykonać dwa różne zakresy prac na jednym obiekcie, koordynując je równolegle). W tej sytuacji wykonawca mógł wykazać spełnianie warunku w całości (przebudowa lub budowa lub remont budynku i wykonanie niecki) samodzielnie lub polegać w odniesieniu do całości tego warunku na zasobach innego podmiotu. W związku z tym, że wykonawca wskazał w JEDZ, że w zakresie ww. warunku spełnia go samodzielnie i jednocześnie polega na zasobach innego podmiotu, ale dodatkowo złożył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby w tym zakresie zamawiający przyjął, że zamiarem wykonawcy było wykazanie warunku w trybie art. 118 (wykonawca nie spełnia całości warunku samodzielnie). Przy tym założeniu, złożone zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby jest wadliwe,

bowiem wskazuje ono, że będzie on „brał udział" w realizacji zadania inwestycyjnego jedynie w zakresie budowy niecki i instalacji technologii wody, a więc udział ten obejmuje ograniczony zakres, który jest węższy od zakresu warunku udziału w postępowaniu. Analiza treści ww. zobowiązania wskazuje, że zakres prac dotyczących budynku wykona wykonawca nieposiadający wskazanego w SWZ doświadczenia, zaś podmiot posiadający odpowiednie doświadczenia wykona jedynie roboty obejmujące część warunku udziału w postępowaniu. Powyższe stanowi o braku wykazania warunku udziału w postępowaniu zgodnie z wymaganiami wskazanymi w

SWZ i treści art. 118 ust. 2 ustawy pzp (w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane). (…)

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca JP wraz z pismem z dnia 25 lipca 2024 r. złożył m.in.:

1.poprawione oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (JEDZ) dotyczące

Wykonawcy: JP Usługi Budowlane J. P., ul. Droga Straceń 1941-1944 nr 1, Biłgoraj 2.Poprawione oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (JEDZ) dotyczące

Podmiotu udostępniającego Wykonawcy swoje zasoby: TRANSCOM Sp. z o.o, ul.

Józefowska 5, 40-144 Katowice,

3.Uzupełnione zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa wart. 118. ust.1 ustawy Pzp (…)

Z treścią zobowiązania podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia z dnia 1 lipca 2024 r. wynika, że TRANSCOM Sp. z o.o.:

zobowiązuję się do oddania niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, tj. wymaganej w ramach warunku udziału w postępowaniu wskazanego w treści pkt 6.1.4. SWZ zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia

do dyspozycji Wykonawcy: J.P. Usługi Budowlane J. P., Droga Straceń 1941-1945 nr 1, 23400 Biłgoraj

przy wykonywaniu (w trakcie realizacji) zamówienia pod nazwą:

„Przebudowa i rozbudowa powiatowej krytej pływalni w Biłgoraju - etap II"

Numer referencyjny: IZ.273.4.2024)

Oświadczam, iż:

1. udostępniam Wykonawcy zasoby, w następującym zakresie:

zdolność techniczna lub zawodowa, w tym doświadczenie wymagane pkt 6.1.4. SWZ, na potrzeby wykonania realizacji zamówienia pn. Przebudowa i rozbudowa powiatowej krytej pływalni w Biłgoraju - etap II

2. sposób i okres wykorzystania przez Wykonawcę udostępnionych przeze mnie zasobów przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący:

udostępnienie Wykonawcy wiedzy i doświadczenia TRANSCOM Sp. z o.o. poprzez wykonanie wskazanych w zakresie pkt 3 robót jako podwykonawca Wykonawcy J.P. Usługi Budowlane J. P. . Umowa o podwykonawstwo zostanie zawarta na czas realizacji robót wskazanych w pkt 3, niezbędny do ich wykonania i przekazania wymaganej wiedzy i doświadczenia.

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 zakres zamówienia, którego wskazane zdolności dotyczą.

Jako podmiot udostępniający zasoby niezbędne do wykazania wiedzy i doświadczenia wykonam jako podwykonawca roboty budowlane objęte zakresem wskazanego w pkt 6.1.4. SWZ warunku udziału w postępowaniu, w tym: przebudowę i rozbudowę budynku krytej pływalni wraz z budową niecki basenowej i instalacji technologii wody.

Izba zważyła, co następuje:

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

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę: niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Art. 123 ustawy Pzp stanowi, że 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.

Poza sporem były to, że w ramach odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wykonawca J. P. uzupełnił zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby poprzez zmianę/rozszerzenie zakresu zasobów oraz zakresu realizacji robót, które wykona podmiot udostępniający zasoby. W rozpoznawanej sprawie spór sprowadzał się do rozstrzygnięcia czy w świetle obowiązujących przepisów taka zmiana jest możliwa.

Zdaniem Izby obszerne wywody Zamawiającego dotyczące rozróżnienia pojęcia „zdolności" oraz „zasobu" wynikały z interpretacji własnej Zamawiającego i nie znajdują potwierdzenia ani w obowiązujących przepisach ani w judykaturze czy doktrynie.

Wykonawca J. P. wraz z ofertą złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego, tym samym powołał się na jego zasoby. W zobowiązaniu został skonkretyzowany zakres zasobów oraz zakres w jakim wykonawca zamierza korzystać z zasobów podmiotu trzeciego. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca J. P. rozszerzył zarówno zakres zasobów jak i zakres korzystania z zasobów podmiotu trzeciego. Zdaniem składu

orzekającego wykonawca nie może rozszerzyć zakresu uzyskiwanego wsparcia. Co za tym idzie oferta wykonawcy J. P. winna zostać odrzucona.

Twierdzenia Zamawiającego, że w prowadzonym postępowaniu zrezygnował on z możliwości jaką daje mu regulacja wskazana w art. 462 ust. 2 ustawy Pzp, tj.: nie żądał wskazania w ofercie części zamówienia 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 jest irrelewantne dla rozstrzygnięcia sprawy. Art. 462 ust. 2 ustawy Pzp referuje do podwykonawców innych niż podmioty udostępniające zasoby - co wynika wprost z treści wskazanego przepisu. Zgodnie z art. 462 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Wykonawca, który polega na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby musi dysponować niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Nie sposób zatem powyższego utożsamiać z zamiarem powierzenia części zamówienia podwykonawcy, bowiem podmiot udostępniający zasoby obowiązany jest zrealizować roboty budowalne lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Nadto nazwa podmiotu udostępniającego zasoby znany jest już na etapie składania ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w związku z § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 lit. a i 2) lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……