

sygn. akt: **KIO 1805/24**  
**KIO 1885/24**

## WYROK

Warszawa, dnia 19 czerwca 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata  
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniach 21 (KIO 1805/24) i 28 (KIO 1885/24) maja 2024 r. przez wykonawcę WIKO SYSTEM sp. z o.o., ul. Kieleck 41A/8; 02-530 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiat Janowski, ul. J.Z. 59; 23-300 J.L.,

### orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie o sygn. akt KIO 1805/24 i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego wykonawcy WIKO SYSTEM sp. z o.o., ul. Kielecka 41A/8; 02-530 Warszawa, ponowne badanie i ocenę ofert.
2. Uwzględnić odwołanie o sygn. akt KIO 1885/24 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności zatrzymania wadium wniesionego w postępowaniu przez wykonawcę WIKO SYSTEM sp. z o.o., ul. Kielecka 41A/8; 02-530 Warszawa.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Powiat Janowski, ul. J.Z. 59; 23-300 J.L. i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę WIKO SYSTEM sp. z o.o., ul. Kielecka 41A/8; 02-530 Warszawa, tytułem wpisów od odwołań (2 x 10 000,00 zł), kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę WIKO SYSTEM sp. z o.o., ul. Kielecka 41A/8; 02-530 Warszawa, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (2 x 3 600,00 zł) oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Powiat Janowski, ul. J.Z. 59; 23-300 J.L., tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 3.2. zasądza od zamawiającego Powiat Janowski, ul. J.Z. 59; 23-300 J.L. na rzecz wykonawcy WIKO SYSTEM sp. z o.o., ul. Kielecka 41A/8; 02-530 Warszawa, kwotę 27 200 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę WIKO SYSTEM sp. z o.o., ul. Kielecka 41A/8; 02-530 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego (2 x 13 600,00 zł).

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.

Przewodniczący:.....

sygn. akt: **KIO 1805/24, KIO 1885/24**

### Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Janowski - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „*Modernizacja budynku internatu Zespołu Szkół Technicznych w Janowie Lubelskim*”.

#### **KIO 1805/24**

21 maja 2024 roku, wykonawca WIKO SYSTEM sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy PZP, art. 8 ust. 1 w zw. z art. 65 § 1 KC poprzez odrzucenie oferty odwołującego z powodu braku spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez dokonanie błędnej oceny zobowiązania podmiotu trzeciego i uznanie, że nie wynika z niego zakres udostępnionych zasobów i zakres udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia oraz, że jego treść budzi wątpliwości co do realności udostępnienia zasobów.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego; powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust.1 ustawy Pzp, bowiem zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego uznając, że odwołujący nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu. W wyniku tak dokonanej czynności odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia, przez co może ponieść szkodę obejmującą koszty przygotowania oferty i utratę możliwości realizacji zamówienia, a w konsekwencji zrealizowania zakładanego zysku. Z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej

wynika, że to odwołujący zaferował najniższą cenę w postępowaniu, a w pozacenowym kryterium oceny ofert dotyczącym długości okresu gwarancji, zaferował okres 60 miesięcy (okres pozwalający na uzyskanie maksymalnej liczby punktów w kryterium).

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, co następuje.

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty zamawiający wskazał, że:

1. Wskazanie jakie zasoby zostały udostępnione.

Wykonawca przedstawił oświadczenie, z którego wynika, że: „Zobowiązuję się do oddania niezbędnych zasobów: Zdolności techniczne lub/i zawodowe: wiedza i doświadczenie

w wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej, która polegała na budowie, przebudowie, rozbudowie, remoncie, modernizacji budynku na kwotę min. 3 000 000,00 zł (słownie: trzy miliony złotych 00/100) w ramach jednej roboty budowlanej (zamówienia, kontraktu, umowy), co zostało udokumentowane dowodami potwierdzającymi, że ta robota budowlana została wykonana w sposób należyty”.

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

Zdolności techniczne lub/i zawodowe: wiedza i doświadczenie w wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej, która polegała na budowie, przebudowie, rozbudowie, remoncie, modernizacji budynku na kwotę min. 3 000 000,00 zł (słownie: trzy miliony złotych 00/100)

w ramach jednej roboty budowlanej (zamówienia, kontraktu, umowy), co zostało udokumentowane dowodami potwierdzającymi, że ta robota budowlana została wykonana w sposób należyty”.

Jednocześnie wraz ze zobowiązaniem przedstawiono referencję, potwierdzającą, że podmiot udostępniający zasoby był wykonawcą zadania realizowanego przez Powiat Nyski pn. „Budowa dwóch placówek opiekuńczo – wychowawczych (domów dziecka) na terenie Powiatu Nyskiego” ze szczegółowym określeniem wykonanych robót, oraz ich wartością (7 196 611,18 zł brutto).

Zamawiający zupełnie pominął ten dokument dokonując oceny oświadczenia o udostępnieniu zasobów. Wykonawca nie ma wpływu na sposób w jaki podmiot trzeci sformułuje zobowiązanie do udostępnienia zasobów. W tym wypadku podmiot trzeci zdecydował się to uczynić poprzez przedstawienie dwóch dokumentów, które należy czytać łącznie. W jakim bowiem innym celu podmiot ten miałby przedstawić referencje potwierdzające należyte wykonanie konkretnych robót budowlanych w konkretnym projekcie, w takim zakresie, który pozwala na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu niż w celu udostępnienia właśnie tego doświadczenia.

Postępowanie w sprawie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym, jednak nie jest procesem formularkowym. Zgodnie z art. 8 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu

w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U.

z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326, dalej „KC”), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie zaś z art. 65 § 1 KC oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Zastosowanie tego sposobu wykładni w postępowaniach w sprawie zamówień publicznych potwierdza również KIO np. w wyroku z dnia 20 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 322/23.

Warto w tym miejscu powołać się na orzecznictwo Sądu Najwyższego, z którego wynika, że zgodnie z art. 65 § 1 KC, oprócz kontekstu językowego, przy interpretacji oświadczenia woli należy brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny, na który składają się w szczególności dotychczasowe doświadczenia stron. Sąd Najwyższy w wyroku z 8 października 2004 r., sygn. akt V CK 670/03 wskazał, iż przyjęta na tle art. 65 KC w uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95 i późniejszych orzeczeniach Sądu Najwyższego tzw. kombinowana metoda wykładni przyznaje w przypadku oświadczeń woli składanych innej osobie pierwszeństwo temu znaczeniu oświadczenia, które rzeczywiście nadawały mu obie strony w chwili jego złożenia (subiektywny wzorzec wykładni). Podkreślenia wymaga też wyrok Sądu Najwyższego z 14 grudnia 2016 r., sygn. akt II PK 276/15, w którym stwierdzono, że jeżeli w świetle innych reguł wykładni nie da się jednoznacznie ustalić sensu oświadczenia woli, to należy przyjąć takie jego znaczenie, jakie nie jest sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego, a które pozwala osiągnąć cel składającego oświadczenia woli, przy założeniu, że jest on osobą działającą racjonalnie, a więc dobierająca efektywne środki działania dla osiągnięcia zamierzonego celu. Przy wykładni oświadczeń woli postuluje się przy tym życzliwą ich interpretację wspomagającą uznanie czynności prawnej za ważną.

Na wpływające z orzecznictwa Sądu Najwyższego dyrektywy co do powinności dokonywania życzliwej interpretacji

oświadczeń woli, wspomagającej uznanie czynność prawną za ważną (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 grudnia 2016 r., sygn. akt II PK 276/15), zwraca uwagę również KIO. Nieuwzględnienie tych wytycznych w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego może – w ocenie KIO - prowadzić do wniosków i ocen godzących w określoną w art. 7 ust. 1 ustawy PZP z 2004 r. (obecnie art. 16 ustawy PZP) zasadę proporcjonalności.

W ocenie odwołującego do takiej sytuacji doszło w niniejszej sprawie. Zamawiający zupełnie pominął złożoną referencję, uznając jednocześnie, że nie wiadomo jakie konkretnie doświadczenie jest przedmiotem udostępnienia. Gdyby oceny tych dokumentów dokonał łącznie doszedłby do zupełnie odmiennych wniosków. Właściwie odczytałby oświadczenie woli podmiotu udostępniającego zasoby, że udostępnia właśnie ten konkretny zasób. W treści zobowiązania wskazał jakiego warunku ono dotyczy, a załączona referencja miała na celu wskazanie zakresu udostępnianego zasobu, odpowiadającego warunkowi. Jego zakres został w referencji przedstawiony w tak wyczerpujący sposób, że podmiot trzeci uznał, że taka forma prezentacji danych będzie bardziej wyczerpująca i konkretna.

Dlatego wnioski, zamawiającego, jakoby „zobowiązanie nie precyzowało w jakim zakresie zostaną udostępnione zasoby”, oraz, że nie jest wystarczające przepisanie treści warunku, należy uznać za błędne, w świetle ww. zasad wykładni. Dlatego zasadny jest zarzut naruszenia art. 8 ustawy PZP, w zw. z art. 65 KC, poprzez dokonanie błędnej interpretacji oświadczenia woli podmiotu udostępniającego zasoby, co doprowadziło do niewłaściwego zastosowania przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp.

Co zupełnie niezrozumiałe dla odwołującego, zamawiający wskazał, że: *„Przedłożone zobowiązanie podmiotu trzeciego w żaden sposób nie wskazuje na konkretne deklaracje lub zobowiązania, nie odnoszą się konkretnie do przedmiotowego postępowania, a ich ogólny charakter umożliwia ich przedłożenie w każdym postępowaniu, zawierającym tożsamy warunek udziału w postępowaniu”*.

Z treści zobowiązania wynika bowiem, że zostało złożone: Na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja budynku internatu Zespołu Szkół Technicznych w Janowie Lubelskim” (nr L-II.272.2.2024). Trudno zatem mówić o braku korelacji z konkretnym postępowaniem oraz innych podniesionych zupełnie niezasadnie zarzutach na temat braku konkretyzacji oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby co do zakresu udostępnienia.

2. Zakres w jakim realizacja zamówienia będzie odbywała się przy udziale zasobów innego podmiotu zamawiający wskazał, że: *„powinien uzyskać jednoznaczną wiedzę dotyczącą zakresu, w jakich realizacja zamówienia będzie odbywała się przy udziale zasobu podmiotu trzeciego”*. *„Zamawiający nie uzyskał szczegółowej wiedzy dotyczącej obszarów w jakich realizacja zamówienia będzie się odbywała przy udziale zasobów podmiotu trzeciego, co umożliwiłoby Zamawiającemu egzekwowanie poprawnej realizacji zamówienia, zgodnie z deklarowanym przez wykonawcę zobowiązaniem innego podmiotu. (...) W opinii Zamawiającego zobowiązanie podmiotu trzeciego winno zawierać konkretne zachowania zasobu (prawdopodobnie chodzi o podmiot – przyp. autora) udostępniającego zasoby, na przykład poprzez oddanie konkretnych narzędzi, urządzeń lub sprzętu, skorzystanie z konkretnego personelu zatrudnionego przez podmiot trzeci lub samo wskazanie dokładnych przykładów wiedzy, jaką będzie podmiot trzeci przekazywał wykonawcy”*.

Powyższe „wymagania” są dla odwołującego zupełnie niezrozumiałe i stoją w sprzeczności z wymaganiami ustawy. Odwołujący polega na zasobach dotyczących doświadczenia. Zgodnie z przepisami ustawy, udostępnienie takiego zasobu wymaga, aby podmiot udostępniający wykonał roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane. Podmiot trzeci oświadczył, że: jako podmiot, na zdolności którego Wykonawca powołuje się w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia oświadczam, że zrealizuję roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą.

Wbrew twierdzeniom zamawiającego, wskazanie, sprzętu, personelu czy „przekazanie wiedzy” nie byłoby właściwe i wystarczające w sytuacji, gdy ustawa wymaga zrealizowania przedmiotu zamówienia przez podmiot trzeci. Oświadczenie, że podmiot ten odda konkretne narzędzia czy sprzęt, odda określony personel, czy „przekaże wiedzę”, czyli w domyśle wskaże jak roboty wykonywać nie byłoby właściwym udostępnieniem zasobów. To podmiot trzeci musi wykonać określony zakres zamówienia, a nie wykonawca przy udziale jego zasobów. Przedmiotem udostępnienia nie jest bowiem sprzęt czy osoby skierowane do wykonania zamówienia (zamawiający nie formułował takich warunków), ale doświadczenie. Dlatego w ocenie odwołującego, sposób w jaki zamawiający oceniał zobowiązanie świadczyć może o braku zrozumienia zakresu wymogu ustawowego.

Odnosząc się do argumentów o braku możliwości egzekwowania poprawnej realizacji zamówienia, odwołujący podkreśla, że zamawiający na podstawie przedstawionych dokumentów może skutecznie realizować takie uprawnienia. Po pierwsze zakres robót jakie wykona podmiot trzeci wyznacza sam warunek. W oświadczeniu wskazano, że zostaną one zrealizowane w takim właśnie zakresie. Warunek został sformułowany przez samego zamawiającego podobnie jak opis przedmiotu zamówienia. Zatem zamawiający na etapie wykonywania zamówienia jest w stanie zidentyfikować te

czynności, które odpowiadają wymaganiom warunki i „egzekwować ich wykonanie”. Dlatego nie sposób zgodzić się z kolejnym argumentem, jakoby brak wskazania zakresu podwykonawstwa nie pozwalał na ocenę realności udostępnienia zasobów. Podmiot trzeci zobowiązał się do wykonania robót budowlanych, których wskazane zdolności dotyczą „w pełnym zakresie zamówienia”. Nie ma zatem żadnych wątpliwości jaki jest zakres udostępnianych zasobów. W dokumentach zamówienia próżno szukać, wymagań na temat stopnia szczegółowości oświadczenia. Zamawiający nie wskazał, że oczekuje oświadczenia o treści szczególnej, która wykraczałaby ponad zakres wymagany literalnie przepisami ustawy. Nie rozstrzygając czy byłby on właściwy i dopuszczalny, gdyby jednak znalazł się w dokumentach zamówienia wykonawca mógłby próbować dostosować oświadczenia do wymagań zamawiającego. Nie jest jednak dopuszczalna ocena już złożonych – prawidłowych i wystarczających w świetle ustawy – oświadczeń, przez pryzmat niewyartykułowanych dodatkowych wyobrażeń zamawiającego co do ich treści.

Dalej zamawiający wskazuje, że: *„Z treści zobowiązania, ani samej oferty nie sposób wyczytać, czy obszerny zakres wskazany w ofercie jako zakres do wykonania przez podwykonawców będzie wykonany przez klasycznych podwykonawców, zgłaszanych w toku realizacji inwestycji, czy też przez podwykonawcę, będącym jednocześnie podmiotem trzecim”*.

Ocena spełniania warunku polega na ocenie zobowiązania podmiotu trzeciego, w kontekście jego oświadczenia co do zakresu zamówienia jaki zrealizuje. Oświadczenie takie jest jasne i precyzyjne. Ewentualne dalsze wątpliwości zamawiającego przedstawione wyżej mogą być przedmiotem dalszych wyjaśnień, jednak nie mogą być powodem odrzucenia oferty. Ustawa PZP nie wymaga, aby wykonawca wskazywał zakres podwykonawstwa z podziałem na zakres realizowany przez podwykonawcę udostępniającego zasoby i pozostałych podwykonawców. Dlatego przywołana wątpliwość zamawiającego pozostaje bez wpływu na ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu. Jedynie na marginesie wskazać należy, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO, zakres podwykonawstwa wskazany w ofercie ma charakter informacyjny i nie stanowi treści oferty. Sam zamawiający nie zakazał zmiany tego zakresu i nakazał przedstawianie projektów umów z podwykonawcami, ma zatem pełną wiedzę i kontrolę nad sposobem wykonania zamówienia.

Na stronie 10 Informacji o wyborze i odrzuceniu zamawiający powołał się na orzeczenie KIO w sprawie o sygn. KIO 123/20. Orzeczenie to zapadło jednak w odmiennym stanie faktycznym, w którym zakres prac jakie miał wykonać podmiot trzeci był węższy niż zakres wynikający z treści warunku.

Oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby brzmi:

*„Sposób i okres wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący:*

*Czynny udział jako podwykonawca przy wykonaniu robót budowlanych w ramach zadania pod nazwą: „Modernizacja budynku internatu Zespołu Szkół Technicznych w Janowie Lubelskim” – przez cały okres realizacji zamówienia”*.

*„Zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący:*

*Udział jako podwykonawca przy wykonaniu zamówienia pod nazwą „Modernizacja budynku internatu Zespołu Szkół Technicznych w Janowie Lubelskim” – w pełnym zakresie zamówienia”*.

*„Jako podmiot, na zdolności którego Wykonawca powołuje się w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia oświadczam, że zrealizuję roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą”*.

Zakres udziału w wykonaniu zamówienia został zatem określony. Podmiot trzeci weźmie udział w realizacji jako podwykonawca, a podwykonawstwo obejmie pełny zakres zamówienia, a dodatkowo podmiot trzeci oświadcza, że *„zrealizuję roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą”*.

Ogólne stwierdzenia zamawiającego, że nie jest wystarczający jakikolwiek udział podmiotu trzeciego, ale konieczne jest, aby zrealizował on roboty budowlane odpowiadające warunkowi należy uznać za prawdziwe. Jednak zupełnie niezrozumiałe jest z jakiego powodu zamawiający doszedł do wniosku, że ze złożonego zobowiązania nie wynika w jaki sposób zasoby zostaną udostępnione.

W kolejnym powołanym przez zamawiającego orzeczeniu KIO 776/20 Izba oceniała sytuację, w której ze zobowiązania podmiotu trzeciego nie wynikało, że to właśnie ten podmiot (działając jako członek konsorcjum) wykonał faktycznie udostępnioną robotę budowlaną.

Kwestia niedostatecznego wykazania realności udostępnionych zasobów badana była w kontekście udostępnienia sytuacji finansowej i ekonomicznej i nie odnosi się wprost do okoliczności sprawy.

3.W zakresie „całokształtu okoliczności”.

Wydaje się, że rzeczywisty powód odrzucenia oferty zamawiający wyraził w ostatnim akapicie uzasadnienia faktycznego. Powodem tym był brak złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego wymienionego w ofercie (F.M.), a następnie zamiana tego podmiotu. Potwierdza to ostatnie zdanie uzasadnienia: *„Zamawiający wobec całokształtu zachowania Wykonawcy i składanych przez niego dokumentów uznaje, iż Wykonawca nie spełnia warunków udziału, a*

*udział podmiotu trzeciego jest jedynie pozorny w celu spełnienia postawionego przez Zamawiającego warunku i uzyskania zamówienia”.*

Należy jednak z całą mocą podkreślić, że działanie takie nie jest sprzeczne z przepisami ustawy PZP. Wie o tym sam zamawiający, gdyż powołuje się na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu, którego spełnienie zostało wykazane. Nie ma przy tym znaczenia, czy miało to miejsce od razu w samej ofercie, czy na wezwanie zamawiającego, gdyż procedurę taką przewiduje ustawa PZP. Gdyby każda zmiana podmiotu trzeciego powodowała wątpliwości co do rzeczywistego dostępu do jego zasobów, ustawodawca nie przewidziałby jej w ustawie. Ocena spełnienia warunku odbywa się na podstawie złożonych podmiotowych środków dowodowych. Jeśli z przedłożonych dokumentów wynika, że warunek udziału

w postępowaniu jest spełniony, zamawiający nie może odrzucić oferty na tej podstawie, że nie potwierdza tego „całokształt okoliczności”. Jeśli zamawiający ma dowód, z którego wynika,

że wbrew oświadczeniom wykonawca nie dysponuje potencjałem, powinien się na taki dowód powołać. Tymczasem zamawiający zdaje się swoje czynności opierać na „braku wiary”

w złożone dokumenty. Gdyby przyjąć to za dopuszczalne, nie dowody, ale odczucia zamawiającego byłyby podstawą oceny ofert.

Z niewiadomych powodów zamawiający wskazuje, że: „(...) sam udział podmiotu trzeciego polegający np. wyłącznie na prowadzeniu działalności w charakterze doradczym, w tym wypadku podejmowaniu działań polegających na przekazywaniu wiedzy i doświadczenia, nie gwarantuje, że wykonawcy zostaną rzeczywiście udostępnione zasoby niezbędne do wykonania zamówienia. tylko rzeczywiste wsparcie polegające na faktycznym zaangażowaniu w wykonane zamówienia gwarantuje jego należyte wykonanie”.

Odwolujący po raz kolejny wskazuje, że w niniejszym postępowaniu z sytuacją taką nie mamy do czynienia. W związku z tym wszystkie ww. argumenty – jakkolwiek prawdziwe – są zupełnie niezwiązane z przedłożonym zobowiązaniem podmiotu trzeciego.

Zamawiający jako podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego wskazał art. 226 pkt 2) lit b) ustawy Pzp, zgodnie, z którym: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu odwołujący powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Jednak zamawiający nie zbadał, czy podmiot trzeci rzeczywiście spełnia warunki udziału

w postępowaniu, ale „na podstawie całokształtu okoliczności” uznał, że ma pewne wątpliwości i to one stały się podstawą odrzucenia oferty. Wątpliwości te są niczym nieoparte, wysnute wbrew treści dokumentów.

Odwolujący podkreślił, że polega na zasobach podmiotu trzeciego, który spełnia warunek udziału w postępowaniu i przedstawił zobowiązanie do oddania konkretnych zasobów

w konkretnym postępowaniu, a podmiot trzeci weźmie udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca i zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą. W tych okolicznościach nie zachodzi podstawa do uznania, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, co następuje.

Wykonawca w złożonej przez siebie ofercie wskazał, iż w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach innych podmiotów, wpisując w polu deklaracji: Wykonawca będzie polegał na zasobach podmiotów trzecich. W załączonym do oferty załączniku nr 3b do SWZ – oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału

w postępowaniu, składanym przez wykonawcę WIKO SYSTEM sp. z o.o., wskazał dane podmiotu, na zasobach którego polega wykonawca, tj.: F.M., ul. Juliana Bruna 9/214, 02-594 Warszawa. Równocześnie w złożonej przez siebie ofercie wykonawca wpisał, iż zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy w zakresie: wszystkie roboty branży elektrycznej i sanitarnej oraz część robót budowlanych: montaż stolarki okiennej i drzwiowej, wykonanie tynków maszynowych, układanie płytek, wykonanie posadzek, wskazując jednocześnie, iż na etapie składania ofert podwykonawcy są nieznanymi. Wykonawca nie złożył wraz z ofertą wymaganego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia oraz oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, wypełnionego przez podmiot udostępniający zasoby, a także zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub innego podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu.

W związku z powyższym zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do złożenia ww. oświadczeń w wyznaczonym terminie. Wykonawca przed upływem wyznaczonego terminu przekazał zamawiającemu wymagane oświadczenia oraz zobowiązanie podmiotu trzeciego uzupełnione danymi: Zakład

Budowlany B.K., ul. Gołębia 1, 48-300 Nysa. W samym zobowiązaniu podmiotu trzeciego wpisano, iż „Wykonawcy zostaną udostępnione zasoby w zakresie: „Zdolności techniczne lub/i zawodowe: wiedza i doświadczenie w wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej, która polegała na budowie, przebudowie, rozbudowie, remoncie, modernizacji budynku na kwotę min. 3 000 000,00 zł (słownie: trzy miliony złotych 00/100) w ramach jednej roboty budowlanej (zamówienia, kontraktu, umowy), co zostało udokumentowane dowodami potwierdzającymi, że ta robota budowlana została wykonana w sposób należyty”. Ponadto wskazano, iż podmiot trzeci będzie brał czynny udział jako podwykonawca przy wykonaniu zamówienia i zrealizuje on roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą.

Z treści zobowiązania wynika, iż podmiot trzeci odda do dyspozycji wykonawcy zasoby w postaci zdolności technicznej lub zawodowej. Jednakże zobowiązanie nie precyzuje w jakim zakresie udostępnione zostaną wykonawcy niezbędne zasoby. Przepisanie treści warunku w zakresie udostępnianych zasobów jest nieprecyzyjne i nie stanowi odpowiedzi na wymagany zakres udostępnienia zasobu podmiotu trzeciego. Zamawiający powinien uzyskać jednoznaczną wiedzę dotyczącą zakresu, w jakich realizacja zamówienia będzie odbywała się przy udziale zasobów innego podmiotu. Treść złożonego zobowiązania nie pozwala zamawiającemu na dokonanie oceny czy wykonawca ma rzeczywisty dostęp do zdolności technicznych i zawodowych podmiotu trzeciego udostępniającego zasób i czy jest to dostęp w zakresie wystarczającym do należytej realizacji zamówienia. Złożone zobowiązanie w żaden sposób nie dowodzi, że wykonawca faktycznie będzie mógł skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego. Odwoływanie się do potencjału podmiotów trzecich jest uprawnieniem wykonawcy, przy czym skorzystanie z tego uprawnienia łączy się z obowiązkiem udowodnienia, iż takim potencjałem będzie on dysponował. W opinii zamawiającego przedstawione zobowiązanie podmiotu trzeciego cechują zapisy o dużym poziomie ogólności i nie zawierają niezbędnych informacji wymaganych art. 118 ust. 4 ustawy Pzp, w szczególności zakresu zasobów, jakie zostaną udostępnione wykonawcy. Przedłożone zobowiązanie podmiotu trzeciego w żaden sposób nie wskazują na konkretne deklaracje lub zobowiązania, nie odnoszą się konkretnie do przedmiotowego postępowania, a ich ogólny charakter umożliwia ich przedłożenie w każdym innym postępowaniu, zawierającym tożsamy warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający nie uzyskał szczegółowej wiedzy dotyczącej obszarów, w jakich realizacja zamówienia będzie się odbywała przy udziale zasobów innego podmiotu, co umożliwiłoby zamawiającemu egzekwowanie poprawnej realizacji zamówienia, zgodnie z deklarowanym przez wykonawcę zobowiązaniem innego podmiotu. Wyłącznie szczegółowe określenie zakresu i sposobu zobowiązania innego podmiotu, przedstawione przez wykonawcę umożliwia zamawiającemu podjęcie decyzji w zakresie uznania kwalifikacji tego wykonawcy w odniesieniu do należytej realizacji zamówienia, a wcześniej samym spełnieniem warunku udziału w postępowaniu. W ocenie zamawiającego zobowiązanie podmiotu trzeciego winno zawierać konkretne zachowania zasobu udostępniającego zasoby, na przykład poprzez oddanie konkretnych narzędzi, urządzeń lub sprzętu, skorzystania z konkretnego personelu zatrudnianego przez podmiot trzeci lub samo wskazanie dokładnych przykładów wiedzy, jaką będzie podmiot trzeci przekazywał wykonawcy.

Ponadto z treści przedstawionego zobowiązania nie sposób wyczytać jakie konkretne czynności ma wykonywać podmiot udostępniający zasoby jako podwykonawca, a bez jednoznacznego określenia zakresu prac podwykonawczych, nie sposób uznać,

iż wykonawca będzie realnie dysponował zasobami w zakresie niezbędnym do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Z treści zobowiązania oraz samej oferty nie sposób wyczytać, czy obszerny zakres wskazywany w ofercie jako zakres do wykonania przez podwykonawców będzie wykonywany przez klasycznych podwykonawców zgłaszanych

w toku realizacji inwestycji, czy też przez podwykonawcę, będącym jednocześnie podmiotem udostępniającym zasoby.

Dyspozycja art. 118 ust. 2 ustawy Pzp wymaga, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domniemania. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony (teza KIO 123/20). Za niewystarczające uznaje się przedstawienie wyłącznie formalnego oświadczenia o zobowiązaniu podmiotu trzeciego, jeżeli na podstawie informacji zawartych w tym oświadczeniu nie można stwierdzić, iż wykonawca będzie faktycznie dysponował zasobami podmiotu trzeciego (teza KIO 766/20).

Zdaniem zamawiającego ocena wykazania przez wykonawcę faktycznego dysponowania zasobami podmiotu udostępniającego zasoby przy realizacji zamówienia nie powinna być dokonywana w oderwaniu od realiów wykorzystania tych zasobów przy realizacji zamówienia. Możliwość polegania na zasobach innego podmiotu nie stanowi swego rodzaju zwolnienia wykonawcy od wykazania się przed zamawiającym predyspozycjami do realizacji w tym zakresie, ale stanowi

szansę na wykazanie się kwalifikacjami przy pomocy innego podmiotu. Zamawiający powinien zatem uzyskać pewność, że wykonawca odwołujący się przy wykazywaniu swojej zdolności do realizacji zamówienia do zasobów innego podmiotu realnie będzie uprawniony do korzystania z tych zasobów. Co więcej, zamawiający powinien uzyskać w ten sposób szczegółową wiedzę dotyczącą obszarów, w jakich realizacja zamówienia będzie odbywała się przy udziale zasobów innego podmiotu, umożliwiającą egzekwowanie poprawnej realizacji zamówienia, zgodnie z deklarowanymi przez wykonawcę zobowiązaniami innych podmiotów. Tylko szczegółowe określenie zakresu i sposobu zobowiązania innego podmiotu, przedstawione przez wykonawcę, umożliwi zamawiającemu podjęcie decyzji uznania kwalifikacji tego wykonawcy w odniesieniu do realizacji zamówienia. Dbając

o właściwą realizację planowanego zamówienia publicznego zamawiający chce, aby zamówienie to było wykonywane przez wykonawcę rzetelnego, dysponującego odpowiednio doświadczonym i wykwalifikowanym personelem oraz posiadającego odpowiednie zasoby sprzętowe urządzenia.

W ocenie zamawiającego mając na względzie brzmienie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp – należy zauważyć, że fakt niewykazania skutecznego dysponowania zasobami innego podmiotu (w sytuacji, gdy wykonawca na takie zasoby się powołuje) jest jednoznaczny z brakiem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Bez wątplenia zaniechanie odrzucenia takiej oferty wykonawcy stanowiłoby, naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b), lit. c), jak również przepisu art. 17 ust. 2 Pzp, w myśl którego zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Ponadto zgodnie z art. 16 ustawy Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty oraz proporcjonalny. Stosownie do art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu lub który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c). Ponadto odrzuceniu podlega oferta, która jest niezgodna z przepisami ustawy (art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp).

Z powyższych przepisów wynika zatem, że podmiot trzeci zobowiązany jest do zrealizowania robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu w sytuacjach określonych art. 118 ust. 2 ustawy Pzp zobowiązany jest zatem do zaangażowania podmiotu trzeciego

w sposób rzeczywisty i bezpośredni w realizację przedmiotu zamówienia. Celem ww. przepisu jest, aby udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie został wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia. Wskazać należy, iż przepisy ustawy Pzp wymagają zatem, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do określonych zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów

w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób innego podmiotu zostanie realnie udostępniony. Co istotne, zamawiający winien również uzyskać wiedzę co do sposobu udostępnienia wykonawcy zasobów i wykorzystania przez wykonawcę zasobów podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia, a także w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Nie jest zatem wystarczające ogólne stwierdzenie, iż podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji danego zamówienia publicznego jako podwykonawca. Konieczne jest wskazanie konkretnego zakresu czy też obszarów prac, które zostaną zrealizowane przez podmiot trzeci w związku z udostępnianymi zasobami. Innymi słowy, za niewystarczające należy uznać przedstawienie wyłącznie formalnego oświadczenia o zobowiązaniu podmiotu trzeciego do udostępnienia jego zasobów wykonawcy, jeżeli na podstawie informacji zawartych w tym oświadczeniu nie można stwierdzić, że wykonawca będzie faktycznie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w sposób pozwalający na spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Reasumując w ocenie zamawiającego wskazanie w oświadczeniu wstępnym danych innego podmiotu, bez jednoczesnego załączenia jego zobowiązania, podanie znacznej części zamówienia zamierzonego do powierzenia do realizacji podwykonawcom, następnie dokonanie samodzielnej zmiany podmiotu udostępniającego zasoby na inny podmiot, dla którego złożone zobowiązanie nie zawiera skonkretyzowanego zakresu prac podwykonawczych powoduje, iż zamawiający ma realne wątpliwości co do realnego

i rzeczywistego dostępu do zasobów podmiotu trzeciego. Wykonawca swoim działaniem polegającym na niezłożeniu wraz z ofertą wymaganego zobowiązania podmiotu trzeciego oraz jego oświadczeń pozbawił się również możliwości uzupełnienia lub poprawienia przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający zwraca również uwagę na fakt, iż

sam udział podmiotu trzeciego polegający np. wyłącznie na prowadzeniu działalności o charakterze doradczym, a w tym przypadku podejmowaniu działań w zakresie przekazywania wiedzy i doświadczenia, nie gwarantuje, że wykonawcy zostaną rzeczywiście udostępnione zasoby niezbędne do wykonania zamówienia. Tylko rzeczywiste wsparcie wykonawcy polegające na faktycznym zaangażowaniu w wykonywanie zamówienia gwarantuje jego należyte wykonanie. Zapobiega to również wsparciu pozornemu jedynie na etapie postępowania i jedynie w celu jego uzyskania przez wykonawcę. W analogiczny sposób wypowiedziało się KIO w orzeczeniu z 3 listopada 2022 r. KIO 2761/22.

W powołanym wyżej wyroku KIO wskazała, że przy analizie dokumentacji składanej przez wykonawcę – samo stwierdzenie, iż podmioty trzecie będą podwykonawcami przy wykonaniu niniejszego zamówienia publicznego, bez równoczesnego określenia zakresu prac podwykonawczych, nie pozwala jednoznacznie na uznanie, że taki wykonawca wykazał realne dysponowanie zasobami dotyczącymi wiedzy i doświadczenia w zakresie niezbędnym do oceny warunku udziału w postępowaniu. Zwłaszcza biorąc pod uwagę, że zakres prac podwykonawczych podmiot udostępniającego może być różny, zaś treść złożonych zobowiązań na obecnym etapie postępowania nie pozwala go ustalić w sposób niebudzący wątpliwości. Na marginesie zauważyć należy, że zakres prac wskazanych przez podmiot udostępniający określony został cyt. „w pełnym zakresie zamówienia”, jak również poprzez wskazanie, że podmiot trzeci weźmie udział w realizacji jako podwykonawca a pełny zakres zamówienia a dodatkowo podmiot trzeci oświadcza że „zrealizuje roboty budowlane których wskazane zdolności dotyczą”. Równocześnie w złożonej przez siebie ofercie odwołujący wskazał, że zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy w zakresie: wszystkie roboty branży elektrycznej i sanitarnej oraz część robót budowlanych: montaż stolarki okiennej i drzwiowej, wykonanie tynków maszynowych, układanie płytek, wykonanie posadzek, wskazując jednocześnie, iż na etapie składania ofert podwykonawcy są nieznanymi – co tym samym potęguje wątpliwości zamawiającego co do zakresu prac które miałyby wykonać podmiot trzeci.

W przedmiotowej sprawie zamawiający nie stosuje art. 122 ustawy Pzp, ponieważ w przedmiotowym przypadku zamawiający nie stwierdził, iż podmiot trzeci nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia. Zamawiający wobec całokształtu zachowania wykonawcy i składanych przez niego dokumentów uznaje, iż wykonawca nie spełnia warunków udziału, a udział podmiotu trzeciego jest jedynie pozorny w celu spełnienia postawionego przez zamawiającego warunku i otrzymaniu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 w zw. z art. 65 § 1 Kodeksu Cywilnego, zamawiający wskazuje, że nie ma zastosowania w przedmiotowej sprawie art. 65 § 1 kc, gdyż istotą problemu zaistniałego w niniejszej sprawie nie jest kwestia tłumaczenia jakiegokolwiek oświadczenia woli odwołującego, ale to, że nie złożył on w sposób prawidłowy wymaganego dokumentu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko odwołującego (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: *Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów*), wskazuje, co następuje.

Odwołujący w treści oferty oświadczył, że będzie polegał na zasobach podmiotów trzecich. W oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej (warunek ten w postępowaniu obejmował wyłącznie doświadczenie) wskazał, że podmiot na zasobach, którego będzie polegał to F.M. (Warszawa). Nie załączył jednak zobowiązania tego podmiotu do oddania zasobów ani wstępnych oświadczeń dotyczących braku podstaw wykluczenia.

Zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia zobowiązania tego podmiotu do udostępnienia zasobów oraz innych oświadczeń dotyczących tego podmiotu.

W odpowiedzi odwołujący przekazał zobowiązanie do udostępnienia zasobów w zakresie doświadczenia złożone przez Zakład Budowlany B.K. (Nysa). Do zobowiązania została załączona referencja potwierdzająca, że podmiot udostępniający zasoby był wykonawcą zadania realizowanego przez Powiat Nyski pn. „*Budowa dwóch placówek opiekuńczo-wychowawczych (domów dziecka) na terenie Powiatu Nyskiego*” ze szczegółowym określeniem wykonanych robót, oraz ich wartością (7 196 611,18 zł brutto).

W informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu ofert zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) ustawy Pzp.

Uzasadniając swoją decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający wskazał, iż zobowiązanie nie precyzowało w jakim zakresie zostaną udostępnione zasoby, oraz, że nie jest wystarczające przepisanie treści warunku, pomimo załączenie referencji, w których zawarto nie tylko nazwę zrealizowanego zadania, ale wszystkie informacje pozwalające na potwierdzenie, że doświadczenie podmiotu trzeciego jest wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, oraz że przedłożone zobowiązanie podmiotu trzeciego w żaden sposób nie wskazuje na konkretne deklaracje lub zobowiązania, nie odnoszą się konkretnie do przedmiotowego postępowania, a ich ogólny charakter umożliwia ich przedłożenie w każdym postępowaniu, zawierającym tożsamy warunek udziału

w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że powinien uzyskać jednoznaczną wiedzę dotyczącą zakresu, w jakich realizacja zamówienia będzie odbywała się przy udziale zasobu podmiotu trzeciego, oraz że zamawiający nie uzyskał szczegółowej wiedzy dotyczącej obszarów

w jakich realizacja zamówienia będzie się odbywała przy udziale zasobów podmiotu trzeciego, co umożliwiłoby zamawiającemu egzekwowanie poprawnej realizacji zamówienia, zgodnie

z deklarowanym przez wykonawcę zobowiązaniem innego podmiotu. (...) W opinii zamawiającego zobowiązanie podmiotu trzeciego winno zawierać konkretne zachowania zasobu udostępniającego zasoby, na przykład poprzez oddanie konkretnych narzędzi, urządzeń lub sprzętu, skorzystanie z konkretnego personelu zatrudnionego przez podmiot trzeci lub samo wskazanie dokładnych przykładów wiedzy, jaką będzie podmiot trzeci przekazywał wykonawcy.

Zdaniem Izby, powyższa ocena została dokonana wbrew literalnej treści oświadczeń zawartych w lit c) i d) zobowiązania. W dokumentach zamówienia zamawiający nie precyzował żadnych dodatkowych wymagań względem zobowiązania – ograniczając się do zacytowania przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał również, że z treści zobowiązania, ani samej oferty nie sposób wyczytać, czy obszerny zakres wskazany w ofercie jako zakres do wykonania przez podwykonawców będzie wykonany przez klasycznych podwykonawców, zgłaszanych w toku realizacji inwestycji, czy też przez podwykonawcę, będącym jednocześnie podmiotem trzecim.

Na koniec uzasadnienia faktycznego zamawiający wskazał, że (...) wobec całokształtu zachowania wykonawcy i składanych przez niego dokumentów uznaje, iż wykonawca nie spełnia warunków udziału, a udział podmiotu trzeciego jest jedynie pozorny w celu spełnienia postawionego przez zamawiającego warunku i uzyskania zamówienia.

W ocenie Izby, powyższe stanowisko zamawiającego świadczy o tym, że podstawą odrzucenia oferty odwołującego był „całokształt okoliczności”, nie zaś treść samego zobowiązania. Zamawiający ocenił zobowiązania w świetle „całokształtu okoliczności”

i doszedł do przekonania – wbrew treści dokumentów – że mimo jednoznacznego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia określonych zasobów i wykonania zamówienia w zakresie odpowiadającym udostępnionym zasobom – wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z przepisem art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia 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. Zgodnie zaś z ust. 2 ww. przepisu, 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. Dalej, stosownie do ust. 3 ww. przepisu, 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. Zgodnie z ust. 4 zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;

2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego wskazał m.in., że „Tylko rzeczywiste wsparcie wykonawcy polegające na faktycznym zaangażowaniu w wykonanie zamówienia gwarantuje jego należyte wykonanie. Zapobiega to również wsparciu pozornemu jedynie na etapie postępowania i jedynie w celu jego uzyskania przez wykonawcę.

*W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie stosuje art. 122 ustawy Pzp, ponieważ*

*w przedmiotowym przypadku Zamawiający nie stwierdził, iż podmiot trzeci nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia. Zamawiający wobec całokształtu zachowania Wykonawcy i składanych przez niego dokumentów uznaje, iż Wykonawca nie spełnia warunków udziału, a udział podmiotu trzeciego jest jedynie pozorny w celu spełnienia postawionego przez Zamawiającego warunku i otrzymaniu zamówienia.*

*Mając na uwadze powyższe, przedmiotową ofertę Wykonawcy, Zamawiający odrzuca na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp – oferta została złożona przez Wykonawcę, niespełniającego warunku udziału w postępowaniu”.*

Krajowa Izba Odwoławcza nie zna podstawy prawnej i faktycznej na jakiej zamawiający stwierdził powyższe. Podnieść należy, iż zgodnie z obowiązującymi przepisami podmiot udostępniający swoje zasoby, swój potencjał, może zostać zastąpiony innym podmiotem i taka czynność w niniejszej sprawie miała miejsce. Tym samym zamawiający miał obowiązek dokonania oceny podmiotu udostępniającego swoje zasoby pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z wyżej cytowanego stanowiska zamawiającego wynika, że warunek został przez ten podmiot spełniony, ale z niewiadomych przyczyn zamawiający uznał,

że czynność ta była jedynie pozorna. Zamawiający nie wykazał na czym ta rzekoma pozorność miała polegać i na jakiej podstawie stwierdził, że wykonawca (odwołujący) nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby, treść zobowiązania o udostępnieniu zasobów musi być czytana łącznie

z innymi dokumentami i oświadczeniami składanymi w postępowaniu przez wykonawcę (w tym referencje), gdyż przemawia za tym prawidłowa wykładnia oświadczenia woli dokonana na podstawie przepisu art. 65 § 1 KC.

Zdaniem Izby ze zobowiązania wynika zakres udostępnionych zasobów, czas ich wykorzystania jak i forma współpracy. Udostępniający swoje zasoby wykonawca wprost bowiem wskazał, że w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu udostępnia wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie w wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej, która polegała na budowie, przebudowie, rozbudowie, remoncie, modernizacji budynku na kwotę min. 3 000 000,00 zł (słownie: trzy miliony złotych 00/100) w ramach jednej roboty budowlanej (zamówienia, kontraktu, umowy), co zostało udokumentowane dowodami potwierdzającymi, że ta robota budowlana została wykonana w sposób należyty – zostały złożone referencje.

Następnie podmiot udostępniający swoje zasoby oświadczył, w zakresie sposobu i okresu wykorzystania udostępnionych zasobów, iż będzie brał czynny udział jako podwykonawca przy wykonaniu robót budowlanych w ramach przedmiotowego zadania inwestycyjnego – przez cały okres realizacji zamówienia, w pełnym zakresie zamówienia.

Wykonawca ten (podmiot udostępniający) oświadczył również, że zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą. Przyjmując zatem zakres prac przewidzianych do zrealizowania, działając w oparciu o referencje, które precyzują rodzaje prac wykonanych przez tego wykonawcę należy przyjąć, iż będzie on wykonywał wszystkie prace związane z przedmiotem zamówienia. W tym miejscu wskazać należy, że zamawiający nie ograniczył rodzaju prac do samodzielnego wykonania przez wykonawcę. Oznacza to,

że podmiot udostępniający swoje zasoby będzie wykonywał pełny zakres przedmiotu zamówienia jako podwykonawca, przez cały okres trwania zadania inwestycyjnego.

Powyższe ustalenia prowadzą zatem do wniosku, że działanie zamawiającego nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach ustawy Pzp, a wszelkiego rodzaju „domysły” zamawiającego względem pozorności działań wykonawcy należało uznać za niezasadne i nie poparte żadnymi dowodami.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

#### **KIO 1885/24**

28 maja 2024 roku, wykonawca WIKO SYSTEM sp. z o.o. (dalej *Odwołujący*) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności zatrzymania wadium, w sytuacji, gdy na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania zasobów w zakresie zdolności zawodowej, odwołujący zobowiązanie złożył w odpowiednim terminie, a jego treść pozwala na uznanie, że odwołujący spełnia warunki udziału w

postępowaniu oraz poprzez uznanie, że do nieuzupełnienia dokumentów doszło z przyczyn leżących po stronie odwołującego, a także, że to brak uzupełniania doprowadził do braku możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zatrzymania wadium. Ponieważ żądanie unieważnienia czynności wyboru zostało sformułowane w odwołaniu z 21 lipca 2024 r., sama zaś czynność zatrzymania wadium została dokonana już po wyborze oferty najkorzystniejszej, ale przed zawarciem umowy, zatem wciąż w toku postępowania.

W ocenie odwołującego wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego uznając, że odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej wynika, że to odwołujący zaoferował najniższą cenę w postępowaniu,

a w pozacenowym kryterium oceny ofert dotyczącym długości okresu gwarancji, zaoferował okres 60 miesięcy (okres pozwalający na uzyskanie maksymalnej liczby punktów w kryterium). Wobec takiej czynności, 21 maja 2024 r. odwołujący wniósł odwołanie. Po wniesieniu odwołania, 23 maja 2024 r. zamawiający poinformował odwołującego o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp. W wyniku naruszenia tego przepisu, odwołujący poniósł realną szkodę w wysokości 50 000 zł, która jest bezpośrednią konsekwencją błędnej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący nadal ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty zostało wniesione w terminie i oczekuje na rozpoznanie. Ponieważ jednak czynność zatrzymania wadium jest czynnością zamawiającego w postępowaniu, która została dokonana już po upływie terminu na wniesienie odwołania wobec czynności odrzucenia oferty, odwołujący zmuszony jest wnieść kolejne odwołanie.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołanie wskazał, co następuje.

Zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:

1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Jak wskazuje się w orzecznictwie (por. uchwała SN z 22 czerwca 2017 r., sygn. akt III CZP 27/17) oraz doktrynie (por. H. Nowak, M. Winiarz (red.) Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz, Warszawa 2021, s. 335 i nast.), przeprowadzenie badania zaistnienia tej przesłanki obejmuje dwa elementy. Zamawiający powinien wykazać:

- istnienie ważnego zobowiązania oraz
- fakt naruszenia tego zobowiązania przez wykonawcę.

Do naruszenia tego obowiązku przez wykonawcę dochodzi, gdy po pierwsze wykonawca nie składa dokumentu (oświadczenia), jeśli nie składa żadnego dokumentu lub składa inny dokument niż wynikający z treści wezwania. Niezłożenie podmiotowych środków dowodowych, jak wynika z części orzecznictwa, będzie zachodzić również wtedy, gdy wykonawca złożył dokument (oświadczenie), ale z jego treści nie wynikało potwierdzenie okoliczności spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie odwołującego przedstawione w odpowiedzi na wezwanie podmiotowe środki dowodowe dostatecznie potwierdziły spełnienie przez odwołującego warunku udziału

w postępowaniu. Kwestia ta została szczegółowo podniesiona w treści odwołania z 21 maja 2024 r, które stanowi załącznik do niniejszego postępowania, a odwołujący nie chcąc kopiować jego też powołuje się na nie załączając pełną treść odwołania. Odwołujący zastrzega jednak, że nawet w przypadku uznania przez Izbę, że obiektywnie rzecz biorąc, przedłożone przez odwołującego dokumenty nie potwierdziły spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu dla zatrzymania wadium konieczne byłoby łączne spełnienie również kolejnych przesłanek określonych w art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp. Co więcej istotny jest też cel danego przepisu. Odwołujący składał ofertę i uzupełniał dokumenty w dobrej wierze dążąc do uzyskania zamówienia, co czyni nadal wnosząc kolejne odwołanie. Nie jest zatem tak,

że działanie odwołującego jest elementem działań zmierzających do wybrania innego wykonawcy. Przypomnieć należy, że celem wprowadzenia przepisów o zatrzymaniu wadium w sytuacji, gdy wykonawca nie uzupełnia dokumentów było właśnie przeciwdziałanie znikom przetargowym. Zatem nawet przyjęcie, że przepis ma zastosowanie w razie

uzupełnienia dokumentów, z których nie wynika spełnianie warunków to wciąż ocenie podlega okoliczność, czy wykonawca dążył do przedstawienia dokumentów niepotwierdzających spełnianie warunków, czy też brak ich spełniania jest wynikiem różnic interpretacyjnych w ocenie ich spełniania. Gdyby bowiem przyjąć, że każde nieuzupełnienie określonych dokumentów,

z których nie wynika potwierdzenie spełniania warunków jest podstawą do zatrzymania wadium, ustawodawca połączyłby zatrzymanie wadium wprost z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) ustawy Pzp bez konieczności wykazywania dodatkowych przesłanek i okoliczności i bez żadnego dodatkowego kontekstu.

Drugą przesłankę zatrzymania wadium stanowi nieuzupełnienie dokumentów (oświadczeń) z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Artykuł 98 ust. 6 pkt 1 - ze względu na brak rozróżnienia - zdaje się wiązać odpowiedzialność z każdą przyczyną zależną od wykonawcy, zwinioną jak i niezwinioną. Jak jednak wskazuje utrwalone orzecznictwo, w tym postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 9 maja 2012 r. (pogląd TK zachowuje aktualność pod rządami nowej ustawy), zatrzymanie wadium nie wchodzi w grę, gdy wykonawca działa

w dobrej wierze, czyli błędnym, ale usprawiedliwionym okolicznościami sprawy przekonaniu, że spełnia warunki zamówienia. Nie sposób bowiem według odwołującego przyjąć, że sankcja zatrzymania wadium mogłaby zostać zastosowana w stosunku do wykonawcy, który - działając w dobrej wierze - doręczył zamawiającemu dokumenty, niepotwierdzające jednak

w ocenie zamawiającego, spełnienia wymagań dotyczących uczestnictwa w przetargu. Przy analizie przesłanek zatrzymania wadium należy brać pod uwagę m.in. w szczególności sposób sformułowania przez zamawiającego warunków uczestnictwa w postępowaniu, jednoznaczność wezwania do złożenia uzupełnienia i na tym tle rozważyć zasadność przekonania wykonawcy, że posiadane przez niego doświadczenie kwalifikuje go do udziału w postępowaniu (por. postanowienie TK z 9 maja 2012 r., sygn. akt P 47/11, OTK - A rok 2012, nr 5, poz. 57).

Odwołujący stoi na stanowisku, że zobowiązanie podmiotu trzeciego spełnia wymóg określoności i w sposób realny potwierdza nie tylko jakikolwiek udział w wykonaniu zamówienia, ale realizację przedmiotu zamówienia w zakresie odpowiadającym warunkowi. Dlatego odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu. Zważyć należy, że odwołujący nie ma możliwości weryfikacji stanu wynikającego z oświadczeń i zapewnień składanych przez jego kontrahenta u zamawiającego przed ich złożeniem. Odwołujący w dobrej wierze samodzielnie zweryfikował dokumenty przekazane przez podmiot trzeci i uznał, że nie budzą one wątpliwości. Wystarczy wskazać, że takie samo oświadczenie zostało przedstawione

w innym postępowaniu i zostało ocenione pozytywnie, a odwołujący uzyskał zamówienie. Dlatego działając w dobrej wierze odwołujący nadal ma podstawy by sądzić, że przedstawił komplet dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Działanie zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty oparte jest na czynnikach wysoce ocenionych, całokształcie okoliczności i wyobrażeniach zamawiającego co do tego jak należy sformułować treść zobowiązania. Nie może być podstawą zatrzymania wadium fakt,

że zobowiązanie podmiotu trzeciego nie było dość szczegółowe i nie spełniało wyobrażeń zamawiającego, którym nie dał wyrazu w treści SWZ. Gdyby przyjąć działanie zamawiającego za prawidłowe, wówczas zamawiający zawsze może zatrzymać wadium wskazując, że w jego ocenie zobowiązanie mogłoby być lepsze, bardziej szczegółowe albo wprawdzie jest prawidłowe, ale całokształt okoliczności powoduje, że jednak zostaje ocenione negatywnie.

W tym miejscu po raz kolejny należy sięgnąć do celu przepisu, który miał zapobiegać zmwom przetargowym, w szczególności okoliczności, w której wykonawca nie uzupełnia dokumentów celowo, aby doprowadzić do odrzucenia oferty. W niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją odwrotną: wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę, uzupełnia dokumenty, a ich negatywna ocena wartościująca staje się podstawą do zatrzymania wadium. W tych okolicznościach przyjęcie nawet, za uchwałą SN z 22 czerwca 2017 r., sygn. akt III CZP 27/17, że zatrzymanie wadium może być dokonane

w okolicznościach, gdy wykonawca uzupełnia dokumenty, ale nie potwierdzają one spełniania warunków, to jednak ocena ta powinna również odbywać się w kontekście celu. W tym wypadku odwołujący przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego, którego treść spełnia wszystkie wymagania ustawowe, miał zatem podstawy by przyjąć, że składa dokumenty potwierdzające spełnianie warunków. Czym innym jest bowiem uzupełnienie dokumentów tylko w celu zrealizowania wymogu formalnego ich uzupełnienia, a czym innym sytuacja,

w której zamawiający ocenia dokument negatywnie, gdyż nie spełnia on jego zdaniem podwyższonych oczekiwań, które nie znalazły wyrazu w treści SWZ.

Trzecia z przesłanek – czyli brak możliwości wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, w niniejszym postępowaniu nie zachodzi. W ocenie odwołującego,

w związku z tym, że złożone dokumenty potwierdzają spełnianie warunków istnieje możliwość wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Brak wyboru nastąpił z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, który błędnie ocenił podmiotowe środki dowodowe, nie wykonawcy, zatem ten element przesłanki nie został spełniony.

W związku z tym w ocenie odwołującego działanie zamawiającego polegające na zatrzymaniu wadium jest nieprawidłowe, wobec błędnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku zaistnienia i wykazania pozostałych elementów przesłanki uzasadniającej zatrzymanie wadium.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, co następuje.

Zamawiający wskazał, że wbrew twierdzeniom odwołującego się na czynność zamawiającego w przedmiocie zatrzymania wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt. 1 ustawy Pzp – odwołującemu nie przysługuje prawo wniesienia odwołania. Przy założeniu, że prawo to przysługuje, to w ocenie zamawiającego odwołanie winno zostać oddalone - albowiem zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W przypadku zatrzymania wadium Izba może stwierdzić, że do zatrzymania wadium doszło w sposób niezgodny z przepisami Pzp, jednak naruszenie przepisów przez zamawiającego, nie ma wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, stąd też odwołanie podlegać winno oddaleniu.

Dla czynności zatrzymania wadium z powodu zaniechania uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, koniecznym jest zaistnienie łącznie trzech przesłanek. Zamawiający wskazuje, że podobne brzmienie przepisu znajdowało się w uprzednio obowiązującej ustawie Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r. – to jest przepis art. 46 ust. 4a. Uznaje się więc za aktualny dotychczasowy dorobek orzecznictwa. W przedmiocie stosowania tegoż przepisu. W uchwale z 22 czerwca 2017 r. (sygn. akt III CZP 27/17) Sąd Najwyższy wskazał, że jako niezłożenie dokumentów lub oświadczeń należy rozumieć nie tylko bierność wezwanego wykonawcy, czyli sytuację, w której wykonawca w ogóle nie składa żadnego dokumentu, ale również sytuację, w której wykonawca działając w złej wierze składa dokument lub oświadczenie, z którego jednak nie wynika potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu lub spełnienie przez oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Sąd uznał, że uprawnienie do zatrzymania wadium powstaje tylko w sytuacji, w której dokumenty (oświadczenia) są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, wykonawca został zasadnie o nie wezwany i obiektywnie nie potwierdzają one zdatności wykonawcy do wykonania zamówienia publicznego.

Przesłankę drugą stanowi okoliczność, że nieuzupełnienie dokumentów (oświadczeń) leży po stronie wykonawcy. Co istotne z treści uzasadnienia cytowanej wyżej uchwały Sądu Najwyższego wynika, że przyjęcie, że ówczesny art. 46 ust. 4a p.z.p. (obecnie art. 98 ust. 6 pkt 1 p.z.p.) sankcjonuje tylko całkowitą bierność wykonawcy, nie zapewni realizacji celu zamierzonego przez ustawodawcę, tj. ograniczenia zmów przetargowych.

Jako trzecią przesłankę wskazuje się skutek bierności wykonawcy jakim jest brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Przesłanka ta jest powiązana z treścią przepisu art. 252 p.z.p., który wprowadza zasadę, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia.

W wyroku z 12 kwietnia 2023 r., KIO 868/23, Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, uznała, że zrzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie - Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest profesjonalistą.

W związku z tym należy od niego wymagać podwyższonej, a nie należytej staranności (art. 355 § 2 k.c.). Ocena w tym przedmiocie powinna uwzględniać doświadczenie i profesjonalny charakter działalności prowadzonej przez podmioty zgłaszające ofertę (tak też w wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2011 r., I CSK 448/10). Odwołujący, pomimo że wcześniej już raz niestarannie przygotował swoją ofertę – nie załączając zobowiązania podmiotu trzeciego, składając oświadczenie ponownie, wadliwie złożył je w sposób nieprawidłowy. Zamawiający w takim wypadku nie ocenia, czy wykonawca uczynił to celowo, czy też miał zamiar złożenia prawidłowego dokumentu. Ocenie poddaje wyłącznie treść dokumentów i oświadczeń, złożonych przez wykonawcę na wezwanie. Jeśli stwierdzi, że te nie zostały uzupełnione na wezwanie, lub też z ich treści nie wynika potwierdzenie spełniania warunku - zatrzymuje wykonawcy wadium. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że rolą wadium jest *„zabezpieczenie interesów zamawiającego, na wypadek uchylenia się przez zwycięskiego wykonawcę od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale i na wypadek uchylenia się wykonawcy od uzupełnienia żądanych przez zamawiającego podmiotowych środków dowodowych, przedmiotowych środków dowodowych, JEDZ i innych dokumentów lub oświadczeń lub braku wyrażenia przez wykonawcę zgody na poprawienie omyłki. Stanowi też warunek uczestnictwa wykonawcy w postępowaniu, zastrzeżony pod rygorem odrzucenia oferty, zmuszający wykonawcę do takiego ukształtowania treści swojej oferty, aby w wypadku uznania jej za najkorzystniejszą liczył się z możliwością zawarcia z nią umowy, a następnie jej wykonania, na warunkach określonych w postępowaniu”*.

W okolicznościach niniejszej sprawy należy zaznaczyć, że po pierwsze odwołujący składając ofertę wskazał, że

polega na zasobach podmiotu trzeciego, tj.: F.M.,

ul. Juliana Bruna 9/214, 02-594 Warszawa. Równocześnie w złożonej przez siebie ofercie odwołujący wskazał, że zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy w zakresie: wszystkie roboty branży elektrycznej i sanitarnej oraz część robót budowlanych: montaż stolarki okiennej i drzwiowej, wykonanie tynków maszynowych, układanie płytek, wykonanie posadzek, wskazując jednocześnie, iż na etapie składania ofert podwykonawcy są nieznanymi.

Jednocześnie odwołujący nie złożył wraz z ofertą wymaganego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia oraz oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, wypełnionego przez podmiot udostępniający zasoby, a także zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub innego podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że odwołujący realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu – powyższe wskazuje na brak należytej staranności po stronie odwołującego mając na względzie profesjonalny charakter prowadzonej przez niego działalności.

Ponadto zamawiający wskazuje, że zgodnie z danymi zawartymi w KRS odwołującego będącego osobą prawną – spółką z ograniczoną odpowiedzialnością – Prezesem Zarządu jest M.F.. Zaś zgodnie z pierwotnym oświadczeniem odwołującego jako podmiot udostępniający zasoby wskazany został również M.F. – tym razem jako osoba prowadząca działalność gospodarczą. Powyższe oznacza, że brak było po stronie odwołującego jakichkolwiek przeszkód do złożenia wraz z ofertą wymaganego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia oraz oświadczenia o spełnianiu warunków udziału

w postępowaniu, wypełnionego przez podmiot udostępniający zasoby, a także zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia – skoro oferta została podpisana przez M.F. działającego jako Prezes Zarządu. Dopiero na wezwanie zamawiającego, odwołujący złożył przedmiotowe dokumenty modyfikując jednocześnie wskazanie co do podmiotu, na zasoby którego powoływał się pierwotnie w złożonej ofercie i wskazując następnie zupełnie inny podmiot. Zamawiający nie przeczy, że takie działanie po stronie wykonawcy jest dopuszczalne na gruncie przepisów ustawy PZP, jednakże prowadzić może do negatywnego skutku w postaci odrzucenia oferty wykonawcy, jak i zatrzymania wadium na skutek uchybienia w treści zadośćuczynienia wezwania zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Bez wątpliwości należy uznać, że odwołujący swoim działaniem polegającym na niezłożeniu wraz

z ofertą wymaganego zobowiązania podmiotu trzeciego oraz jego oświadczeń, a następnie złożeniu dokumentów dotyczących zupełnie innego podmiotu - pozbawił się *de facto* również możliwości uzupełnienia lub poprawienia tych środków dowodowych.

#### Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko odwołującego (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: *Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów*”), wskazuje, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 96 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2–4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela

z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa

w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia,

o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza podziela stanowisko zaprezentowane w Komentarzu (wydanie II) do Ustawy – Prawo zamówień publicznych wydanego pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza (Warszawa 2023), w którym wskazano, iż przepis art. 98 ust. 6 Pzp zawiera katalog sytuacji, w których zamawiający może zatrzymać wadium. Katalog ten ma charakter zamknięty.

Pierwszym powodem zatrzymania wadium jest zaniechanie uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń oraz zaniechanie wyrażenia zgody na poprawienie omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty (art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp).

Zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp dla zatrzymania wadium z powodu zaniechania uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń konieczne jest zaistnienie łącznie trzech przesłanek, których ciężar wykazania – w myśl art. 6 Kc – spoczywa na zamawiającym.

Pierwszą z nich jest niezłożenie, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 Pzp, podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 Pzp, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, innych dokumentów lub oświadczeń. Ponieważ jest to szczególny przypadek niewykonania zobowiązania, przeprowadzenie badania zaistnienia tej przesłanki obejmuje dwa elementy. Zamawiający powinien wykazać istnienie ważnego zobowiązania oraz fakt naruszenia tego zobowiązania przez wykonawcę. Dlatego uprawnienie do zatrzymania wadium zaistnieje tylko w sytuacji, gdy dokumenty (oświadczenia) są niezbędne do przeprowadzenia postępowania oraz wykonawca został zasadnie o nie wezwany (uchwała SN z 22 czerwca 2017 r., III CZP 27/17, niepubl). Jeśli chodzi o drugi element, to wykonawca nie składa dokumentu (oświadczenia), jeśli nie składa żadnego dokumentu lub składa inny dokument niż wynikający z treści wezwania. Niezłożenie podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych będzie zachodzić również wtedy, gdy wykonawca złożył dokument (oświadczenie), ale z jego treści nie wynikało potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 Pzp. Uzasadnieniem takiego, a więc szerokiego sposobu interpretacji pojęcia „niezłożenie podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych” jest wykładnia językowa przepisu art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp. Literalne brzmienie art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp, a więc wskazanie na podmiotowe środki dowodowe lub przedmiotowe środki dowodowe potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 Pzp, bez wątpliwości wskazuje, że treść złożonych dokumentów nie może być jakakolwiek, lecz powinna potwierdzać spełnienie przez wykonawcę okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 Pzp. Mimo braku wyraźnej wskazówki w ustawie również złożenie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, oraz innych dokumentów lub oświadczeń, z których treści nie wynika potwierdzenie wymaganych okoliczności, należy kwalifikować jako niezłożenie dokumentów (oświadczeń). Ograniczenie stosowania tego przepisu do sankcjonowania zupełnej bierności wykonawcy w niczym nie ograniczy zmów przetargowych, skoro do uniknięcia zatrzymania wadium wystarczy złożenie jakiegokolwiek dokumentu czy oświadczenia, które wcale nie będzie musiało wykazywać wymaganych okoliczności, co pozwoli na łatwe omijanie tak wykładanej regulacji prawnej przez nieuczciwych wykonawców (uchwała SN z 22 czerwca 2017 r., III CZP 27/17, niepubl).

Drugą przesłankę stanowi nieuzupełnienie dokumentów (oświadczeń) z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp – ze względu na brak rozróżnienia – wiąże odpowiedzialność z każdą przyczyną zależną od wykonawcy. Dlatego przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy mogą być zarówno przyczyny przez niego zawinione, jak i niezawinione (analogicznie w odniesieniu do pojęcia „przyczyny dotyczące zamawiającego” na gruncie art. 639 Kc wyroki SN: z 15 listopada 1990 r., II CR 184/90, Legalis; z 23.3.2000 r., II CKN 803/98, BSN 2000, nr 7, s. 8). Zatrzymanie wadium nie wchodzi w grę, gdy wykonawca działa w dobrej wierze, czyli błędnie, ale usprawiedliwionym przekonaniu, że spełnia warunki zamówienia. Przy analizie przesłanek zatrzymania wadium należy brać pod uwagę w szczególności sposób sformułowania przez zamawiającego warunków uczestnictwa w postępowaniu i na tym tle rozważyć zasadność przekonania wykonawcy, że posiadane przez niego doświadczenie kwalifikuje go do udziału w postępowaniu (postanowienie TK z 9 maja 2012 r., P 47/11, OTK – A 2012, nr 5, poz. 57). Do przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy należy zaliczyć m.in. okoliczności obciążające zamawiającego, takie jak zakreślenie zbyt krótkiego terminu na uzyskanie dokumentów, sformułowanie wezwania, ogłoszenia czy dokumentów zamówienia w sposób nieprecyzyjny, wezwanie do złożenia oświadczeń i dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania. (...). Za okoliczność egzoneracyjną należy także uznać sytuację, w której treść złożonych dokumentów podlega ocenie zamawiającego przy zastosowaniu kryteriów wartościujących o nieostrym lub niejednoznacznym charakterze (uchwała SN z 22 czerwca 2017 r., III CZP 27/17, niepubl). Ostatnią przesłankę zatrzymania wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp z powodu zaniechania uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń stanowi wpływ niewykonania przez wykonawcę wezwania do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń na wynik postępowania. Zatrzymanie wadium jest możliwe jedynie, gdy

niezłożenie dokumentów lub oświadczeń spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Oznacza to, że oferta wykonawcy musi być potencjalnie ofertą najwyższej ocenioną i jedyną przyczyną, dla której nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza, jest konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp ze względu na niezłożenie wymaganych dokumentów (oświadczeń), pomimo wezwania do ich uzupełnienia w trybie art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby, odwołujący działając w dobrej wierze miał podstawy by sądzić, iż przedstawił komplet dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu

(w innym postępowaniu ocena takiej samej dokumentacji złożonej przez odwołującego nie spowodowała odrzucenia jego oferty). Działanie zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty oparte było na czynnikach wysoce ocennych, całokształcie okoliczności i wyobrażeniach zamawiającego co do tego jak należy sformułować treść zobowiązania. Izba stoi na stanowisku, że nie może być podstawą zatrzymania wadium fakt, że zobowiązanie podmiotu trzeciego nie było dość szczegółowe i nie spełniało wyobrażeń zamawiającego, którym nie dał wyrazu w treści SWZ. Gdyby przyjąć działanie zamawiającego za prawidłowe, wówczas zamawiający zawsze może zatrzymać wadium wskazując, że w jego ocenie zobowiązanie mogłoby być lepsze, bardziej szczegółowe albo wprawdzie jest prawidłowe, ale całokształt okoliczności powoduje, że jednak zostaje ocenione negatywnie.

Izba zwraca uwagę, iż ww. przepis art. 96 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, miał zapobiegać znikom przetargowym, w szczególności okoliczności, w której wykonawca nie uzupełnia dokumentów celowo, aby doprowadzić do odrzucenia oferty. W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją odwrotną, tzn. wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę, uzupełnia dokumenty, a ich negatywna ocena wartościująca staje się podstawą do zatrzymania wadium.

W tych okolicznościach przyjęcie nawet, za uchwałą SN z 22 czerwca 2017 r., sygn. akt III CZP 27/17, że zatrzymanie wadium może być dokonane w okolicznościach, gdy wykonawca uzupełnia dokumenty, ale nie potwierdzają one spełniania warunków, to jednak ocena ta powinna również odbywać się w kontekście celu. W tym wypadku, odwołujący przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego, którego treść spełnia wszystkie wymagania ustawowe, miał zatem podstawy by przyjąć, że składa dokumenty potwierdzające spełnianie warunków. Czym innym jest bowiem uzupełnienie dokumentów tylko w celu zrealizowania wymogu formalnego ich uzupełnienia, a czym innym sytuacja, w której zamawiający ocenia dokument negatywnie, gdyż nie spełnia on jego zdaniem podwyższonych oczekiwań, które nie znalazły wyrazu w treści SWZ.

Uchwalenie ww. przepisu miało na celu wyeliminowanie nieuczciwych wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu nie sposób uznać, że odwołujący działał jedynie dla pozoru, albowiem złożył ofertę, złożył odpowiednie dokumenty na wezwanie zamawiającego, bierze czynny udział w procesie pozyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, chociażby przez odwoływanie się od wadliwych czynności zamawiającego w postępowaniu.

Zdaniem Izby, nie sposób odwołującemu przypisać działanie w umyślności – zamawiający nie udowodnił pozorności składanych dokumentów, tym bardziej, iż uznał, że podmiot trzeci spełnia warunki udziału w postępowaniu. Tym samym brak było podstaw do zatrzymania wadium odwołującemu się wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku spraw na podstawie art. 575 ustawy Pzp 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....