

**POSTANOWENIE**

Warszawa, dnia 12 lutego 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 12 lutego 2025 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2025 roku przez wykonawcę ADAMIETZ SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Strzelcach Opolskich w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego "ZAKŁAD KOMUNALNY" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedz. Opolu

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ELEMONT SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Opolu, VYNCKE NV z siedzibą w Harelbeke (Belgia)

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy ADAMIETZ SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Strzelcach Opolskich kwoty 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

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 312/25

**UZASADNIENIE:**

Zamawiający "ZAKŁAD KOMUNALNY" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa Instalacji Termicznego Przekształcania Odpadów wraz z odzyskiem energii jako elementu Centrum Zielonej Transformacji w Opolu”, nr referencyjny: RB/4/PN/2024.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 lipca 2024 r. pod numerem: 433370-2024.

W postępowaniu tym wykonawca ADAMIETZ SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedz. Strzelcach Opolskich (dalej jako „Odwołujący”) w dniu 27 stycznia r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego, tj:

- (1) niesłusznego wezwania Odwołującego do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego FOROOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Foroom”, „Podmiot trzeci”), gdyż z przedstawionego zobowiązania rzekomo nie wynika zakres udostępnionych Wykonawcy zasobów, co - w ocenie Zamawiającego - ma nie pozwalać na stwierdzenie realności udostępnienia tych zasobów, a ponadto nie wypełnia dyspozycji art. 118 ust. 4 pkt 1 Pzp, w sytuacji w której w zobowiązaniu w sposób prawidłowy określono zakres udostępnionych zasobów w postaci stosownych zdolności technicznych lub zawodowych, a dodatkowo kwestia to nie ma nic wspólnego z „realnością” udostępnionych zasobów;
- (2) bezpodstawnego uznania, iż dla skuteczności użyczenia zasobów przez podmiot trzeci, zobowiązanie podmiotu trzeciego musi określać inwestycję/ zadanie, na którym nabyto doświadczenie, inwestora na rzecz którego to zadanie wykonano, a także w jakim okresie i kiedy to doświadczenie nabyto, w sytuacji, w której wymagania takie w ogóle nie wynikają z treści przepisów prawa, a dane, jakich obecnie żąda zamawiający wykonawcy, wykonawcy winni podać w wykazie robót/ usług.

**Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:**

- (1) art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 128 ust. 4 Pzp w zw. z art. 118 ust. 4 pkt 1 oraz 3 i 4 Pzp poprzez uznanie, iż zobowiązanie Podmiotu trzeciego, na zasoby którego powołał się Wykonawca, nie spełnia ustawowych wymogów, a w konsekwencji tego przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał realności udostępnienia zasobów, co prowadziło do wezwania Adamietz w dniu 15 stycznia 2025 r. w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia (treści) zobowiązania podmiotu trzeciego, w tym poprzez przekazanie (uzupełnienie) informacji, które pozwalają Zamawiającemu zweryfikować, że doświadczenie Podmiotu trzeciego, na które powołuje się Wykonawca, pozwala na spełnienie warunków udziału, w sytuacji w której – po pierwsze – takie zobowiązanie nie wynika z treści przepisów prawa (jest wręcz odwrotnie, co zostanie wykazane w odwołaniu) – po drugie – opis zakresu udostępnionych zasobów nie

determinuje, czy wykonawca wykazał realność udostępnionych zasobów (są to zasadniczo dwie niezależne od siebie kwestie) – po trzecie – weryfikacja spełnienia warunków udziału dokonywana jest w oparciu o stosowne wykazy (robót, usług etc.), w których to podaje się dane niezbędne ku temu (nazwa inwestycji, inwestora etc.), czemu nie służy jednak zobowiązanie do udostępnienia zasobów (ma ono bowiem na celu potwierdzenie „rzeczywistego dostępu” do zasobów);

- (2)art. 118 ust. 4 pkt 1 Pzp poprzez błędne przyjęcie przez Zamawiającego, iż zakres dostępnych zasobów podmiotu udostępniającego zasoby utożsamiać należy ze ścisłym i konkretnym doświadczeniem, tj. konkretną nazwą inwestycji, na której podmiot trzeci uzyskał udostępnianą wiedzę i doświadczenie zawodowe, podczas gdy przez zakres dostępnych zasobów rozumieć należy szeroko pojętą wiedzę i doświadczenie, które na etapie składania zobowiązania podmiotu trzeciego nie jest weryfikowane przez pryzmat inwestycji przedstawianej na spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, co w rezultacie doprowadziło Zamawiającego do błędnego przyjęcia, iż zobowiązanie podmiotu trzeciego Foroom jest niezgodne z przepisami prawa, a przede wszystkim nie stanowi dowodu na „realność” udostępnienia zasobów, dlatego winno zostać uzupełnione o dokładną nazwę inwestycji, inwestora oraz czas i okres, w którym ta inwestycja była realizowana, a zatem informacje, które są istotne z punktu widzenia spełnienia warunku udziału; a w konsekwencji powyższego
- (3)art. 16 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

#### **Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:**

- (1)nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania Odwołującego pismem z dnia 15 stycznia 2025 r. do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego Foroom o informacje obejmujące nazwę inwestycji, nazwę inwestora oraz okres realizacji inwestycji, na której Foroom uzyskał wiedzę i doświadczenie udostępniane Odwołującemu w tym Postępowaniu, a przede wszystkim uznanie, czego brak miał prowadzić do przyjęcia m.in., iż Wykonawca nie wykazał realności udostępnienia zasobów; alternatywnie
- (2)zobowiązanie Zamawiającego do zmiany podstawy prawnej wezwania z dnia 15 stycznia 2025 r. z art. 128 ust. 1 Pzp na art. 128 ust. 4 Pzp i przyjęcie, że złożone przez Wykonawcę dokumenty należy traktować jako wyjaśnienia w trybie art. 124 ust. 4 Pzp;

W dniu 4 lutego 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający poinformował o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ELEMONT SPÓŁKAKACYJNA z siedzibą w Opolu VYNCKE NV z siedzibą w Harelbeke (Belgia) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawcy skutecznie zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Uczestnika postępowania nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego.

#### ***Mając na uwadze powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:***

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu oraz braku zgłoszenia przez Uczestnika postępowania sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu *Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.*

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i art. 575 i art. 576 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 1 pkt 2 lit a rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania, z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, koszty o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia znosi się wzajemnie. W takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczony tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodnicząca: .....