Sygn. akt: KIO 401/25

WYROK

Warszawa, dnia 3 marca 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2025 roku przez wykonawcę ***ACE Instal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach*** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego ***Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Antoniów***
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy ***A. spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich***

orzeka:

*1.*Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu 1 oraz zarzutu 3 odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 24 stycznia 2025 roku tj. odrzucenia oferty odwołującego *ACE Instal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach* oraz wyboru oferty wykonawcy *A. spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich* jako najkorzystniejszej

w postępowaniu o zamówienie pod nazwą *„Przebudowa systemu ciepłowniczego miasta Ozimek poprzez zabudowę wysokosprawnej kogeneracji i dostosowanie do warunków systemu efektywnego" – Zadanie częściowe nr 2 – Zabudowa układu technologicznego do zgazowywania biomasy – ciepłownia węglowa Schodnia".* Nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W pozostałym zakresie odwołanie uznaje za niezasadne.

*2.*Kosztami postępowania obciąża wykonawcę *ACE Instal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach* oraz zamawiającego *Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*

z siedzibą Antoniów i:

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez *wykonawcę ACE Instal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach* tytułem wpisu od odwołania,

kwotę 4 428,00 zł (słownie: cztery tysiące czterysta dwadzieścia osiem złotych zero groszy) poniesioną przez *wykonawcę ACE Instal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach* tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego *Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Antoniów* tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2zasądza od zamawiającego *Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej*

i Mieszkaniowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Antoniów na rzecz wykonawcy *ACE Instal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach* kwotę **15 734 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy siedemset trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawcę *ACE Instal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach* stosowanie do wyniku postępowania,

zasądza od wykonawcy *ACE Instal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*

z siedzibą w Katowicach na rzecz zamawiającego *Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Antoniów* kwotę **1 200 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego *Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Antoniów* stosowanie do wyniku postępowania.

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 401/25

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

Zamawiający ***Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Antoniów*** prowadzi postępowanie

o udzielnie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne, pn. *„Przebudowa systemu ciepłowniczego miasta Ozimek poprzez zabudowę wysokosprawnej kogeneracji i dostosowanie do warunków systemu efektywnego" – Zadanie częściowe nr 2 – Zabudowa układu technologicznego do zgazowywania biomasy – ciepłownia węglowa Schodnia"*
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
pod numerem 485145-2024z 12 sierpnia 2024 roku (z późn. zm.).

3 lutego 2025 roku **Odwołujący** działając na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2024 poz. 1320 ze zm. dalej: „PZP" lub „ustawa"), wniósł odwołanie od:

1)dokonania czynności badania i oceny oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, podjętej niezgodnie z przepisami ustawy przez Zamawiającego
w dniu 24 stycznia 2025 roku, polegającej na wadliwej ocenie i odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego pomimo braku podstaw do odrzucenia tejże oferty oraz wyboru oferty złożonej przez ADAMIETZ Sp. z o.o., którą to czynnością Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 118 ust. 1 – 4 PZP oraz
w zw. z art. 128 ust. 1 PZP, a także w zw. z art. 16 ust. 1-3 ustawy PZP
co doprowadziło do wyboru oferty, która nie była najkorzystniejsza;

2)zaniechania czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnienia lub poprawienia dokumentu pn. „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów"
z 17 października 2024 roku, pomimo iż obowiązek do podjęcia takich czynności wynika bezpośrednio z art. przepisów PZP, czym Zamawiający naruszył przepis art. 118 ust. 1 – 4 PZP oraz w zw. z art. 128 ust. 1 PZP, a także w zw. z art. 16 ust. 1-3 ustawy PZP co doprowadziło do wyboru oferty, która nie była najkorzystniejsza;

3)dokonania czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, podjętej niezgodnie z przepisami ustawy przez Zamawiającego w dniu 24 stycznia 2025 roku, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez ADAMIETZ Sp. z o.o., pomimo iż oferta ta nie była najkorzystniejsza w rozumieniu PZP, czym Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 118 ust. 1 – 4 PZP oraz w zw. z art. 128 ust. 1 PZP, a także w zw. z art. 16 ust. 1-3 ustawy PZP.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

-nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w ślad za tym wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;

ewentualnie (z ostrożności procesowej),

-nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wezwania Odwołującego do wyjaśnienia lub poprawienia dokumentu pn. „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów z 17 października 2024 roku a następnie wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;

W zakresie postępowania dowodowego odwołujący wniósł o:
1) przeprowadzenie dowodu z całości dokumentacji przetargowej na okoliczność jej treści,
w tym na okoliczność: przedłożenia przez Odwołującego dokumentu pn. „Zobowiązanie
do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów" z 17 października 2024 roku prawidłowego i potwierdzającego dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego w zakresie wymaganym
w SWZ; braku wskazania w wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 30 grudnia 2024 roku
aby zakres prac wskazany w „Liście Intencyjnym – Porozumieniu o Współpracy" z dnia
4 października 2024 roku wykluczał lub ograniczał zakres prac wskazany w późniejszym dokumencie wystawionym

przez podwykonawcę pn. „Zobowiązanie do oddania
do dyspozycji niezbędnych zasobów" z dnia 17 października 2024 roku, zgodności oferty Odwołującego z SWZ, braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, braku podstaw
do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ADAMIETZ Sp. z o.o., zasadności niniejszego odwołania.
2) przeprowadzenie dowodu z dokumentów:
a) pn. „Porozumienie Ramowe dot. współpracy przy realizacji Zadań" z dnia 14 października 2020 roku – na okoliczność jego treści, w tym relacji prawnych wiążących Odwołującego
z UAB Nest Baltija, długotrwałości tych relacji;
b) pismo UAB Nest Baltija z 3 lutego 2025 roku – na okoliczność jego treści, w tym uzgodnionego z UAB Nest Baltija na etapie złożenia oferty przez Odwołującego zakresu podwykonawstwa UAB Nest Baltija, znaczengio zakresu podwykonawstwa UAB Nest Baltija wystarczającego do udzielenia doświadczenia zgodnego z wymaganiami SWZ;
3) przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków:
a) M.J. – na okoliczność relacji prawnych łączących ACE Instal Sp. z o.o. i NEST Baltija, zobowiązania się NEST Baltija do udziału jako podwykonawca w większości prac w zakresie przedmiotowego postępowania, szczegółowego zakresu tego zobowiązania;
b) V.L. – na okoliczność relacji prawnych łączących ACE Instal
Sp. z o.o. i NEST Baltija, zobowiązania się NEST Baltija do udziału jako podwykonawca
w większości prac w zakresie przedmiotowego postępowania, szczegółowego zakresu tego zobowiązania;
c) P.P.– na okoliczność relacji prawnych łączących ACE Instal Sp. z o.o. i NEST Baltija, zobowiązania się NEST Baltija do udziału jako podwykonawca w większości prac
w zakresie przedmiotowego postępowania, szczegółowego zakresu tego zobowiązania;
4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł.

Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu odwołania, odwołujący posiada interes do wniesienia niniejszego odwołania, albowiem oferta odwołującego jest ofertą obiektywnie najkorzystniejszą. W przypadku braku odrzucenia oferty odwołującego, to oferta odwołującego winna zostać wybrana a odwołujący mógłby wykonać zamówienie, czerpiąc
z tego korzyści. Odwołujący złożył bowiem ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, której treść odpowiada treści SWZ i stanowi ofertę najkorzystniejszą w rozumieniu PZP oraz SWZ–spośród ofert złożonych w tym postępowaniu i niepodlegających odrzuceniu.
W szczególności, oferta Odwołującego zdobyła 99,31punktów wg kryterium oceny ofert,
zaś druga w kolejności oferta ADAMIETZ Sp.z o.o. (która została wadliwie wybrana) zdobyła 96,67 punktów wg kryterium oceny ofert. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku.
W konsekwencji zaskarżone czynności Zamawiającego powodują możliwość poniesienia przez odwołującego szkody w postaci utraty wynagrodzenia za wykonanie umowy (założonego zysku).

Odwołujący przedstawił uzasadnienie podniesionych zarzutów odwołania wskazując w szczególności że, oferta odwołującego jest z nich najkorzystniejsza gdyż przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i gwarancji. Mimo tego, jako najkorzystniejsza została wybrana oferta ADAMIETZ Sp. z o.o. z gorszym bilansem punktów wg kryteriów oceny ofert. Dnia 24 stycznia 2025r. zamawiający poinformował, iż odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art.226 ust.1 pkt 3 w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (PZP),
ze względu na rzekomą niezgodność z przepisami ustawy PZP oraz faktem że nie został dochowany wymóg z art. 118 ust. 2 PZP, gdyż wg Zamawiającego Odwołujący nie wykazał w sposób dostateczny udziału podmiotu udostępniających zasoby w realizacji robót budowlanych lub usług.
Odwołujący podał w zakresie stanu faktycznego:
Zgodnie z pkt 7.2.4.1IDW:
O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (…) Zdolności technicznej lub zawodowej: Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat (przed upływem terminu składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, wykonał należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo zakończył co najmniej jedną robotę budowlaną, zakończoną
i oddaną do eksploatacji, polegającą na wykonaniu instalacji termicznego przetwarzania biomasy do produkcji ciepła o mocy cieplnej nie mniejszej niż 3,0 MWt wraz z robotami towarzyszącymi.
Zgodnie z pkt 10.2 IDW:
W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych
lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostepniających zasoby, jeśli podmioty te

wykonają roboty budowlane lub usługi,
do realizacji których te zdolności są wymagane.
Zgodnie z pkt 15.11.6 IDW:
Kompletna oferta winna zawierać: (…) Zobowiązanie podmiotów trzecich do oddania
do dyspozycji niezbędnych zasobów –(jeżeli dotyczy), sporządzony według treści wzoru Załącznika nr 5 do niniejszej IDW.

Zgodność oferty Odwołującego z SWZ

Odwołujący złożył ofertę zgodną z SWZ w zakresie ww. warunku udziału, a także w pozostałym zakresie. W szczególności, odwołujący oparł się na potencjalne UAB Nest Baltija (spółki z ograniczoną odpowiedzialnością prawa litewskiego), która terminowo i należycie wykonała ciepłownię biomasową składającą się z kotłów na olej termalny oraz wodnych o łącznej mocy 34,2 MW oraz instalację, na potwierdzenie czego przedłożono stosowne referencje wystawione przez inwestora (tj. UAB „Rietuva").

Ponadto, zgodnie z wymaganiami IDW, UAB Nest Baltija wystawił dla Odwołującego „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów" z dnia 17 października 2024 roku(zgodne ze wzorem stanowiącym Załącznik 5 do IDW). Dokumentem tym UAB Nest Baltija potwierdził swoje bardzoszerokie zobowiązanie do oddania odwołującemu zasobów potrzebnych do realizacji zamówienia, a także swoje podwykonawstwo przy realizacji zadania

W szczególności, zgodnie z tym zobowiązaniem:

a) w pkt 1 zobowiązania UAB Nest Baltija wskazał że udzieli Odwołującemu doświadczenia zgodnego z referencjami;

b) w pkt 2 oraz 3 zobowiązania UAB Nest Baltija wskazał że wykona czynności objęte zamówieniem w zakresie zgodnym z SWZ tak aby doszło do udzielenia na rzecz ACE Instal doświadczenia zgodnie z SWZ;

c) w pkt 4 zobowiązania UAB Nest Baltija potwierdził że jego zaangażowanie będzie miało miejsce w całym okresie realizacji umowy;

d) w pkt 5 zobowiązania UAB Nest Baltija potwierdził wreszcie że jego zaangażowanie będzie miało charakter podwykonawstwa.

Powyższe informacje jednoznacznie potwierdzały, że dysponowanie przez Odwołującego zasobami UAB Nest Baltija będzie realne, a UAB Nest Baltija jako podwykonawca wykona czynności objęte zamówieniem w zakresie zgodnym z SWZ .

Oferta odwołującego już w chwil i złożenia spełniała więc warunki z art. 118 ust. 2 i 3 PZP.

Bezzasadność odrzucenia oferty Odwołującego

Pismem z dnia 13 grudnia 2024 roku ADAMIETZ Sp. z o.o. wskazał na rzekome nieprawidłowości w ofercie Odwołującego. Pismem z dnia 18 grudnia 2024roku Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 PZP wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień OFERTY w zakresie zarzutów podniesionych w ww. piśmie ADAMIETZ Sp. z o.o.i przesłał to pismo do odwołującego. Zamawiający w piśmie tym nie wskazał żadnych własnych pytań, zarzutów, ani wątpliwości, w związku z czym Odwołujący w swojej odpowiedzi odnosił się wyłącznie do zastrzeżeń oferenta ADAMIETZ Sp. z o.o. Odwołujący pismem z dnia 30 grudnia 2024 roku udzielił wyjaśnień, wskazując że zarówno jego OFERTA jak i zobowiązanie podmiotu trzeciego są prawidłowe, dodatkowo przedkładając do wiadomości Zamawiającego dokument z dnia 4 października 2024 roku pn. „List Intencyjny – Umowa o współpracy".

Mimo powyższego, pismem z dnia 24 stycznia 2025 roku Zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty, na podstawie art.226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 118 ust. 2 PZP, ze względu na rzekome niedostateczne wykazanie udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji robót budowlanych lub usług, gdyż wg Zamawiającego Odwołujący przez przedłożenie „Listu Intencyjnego – Umowy o współpracy" z dnia 4 października 2024 roku rzekomo potwierdził węższy zakres udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia niż wynikał z „Zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów" z dnia 17 października 2024 roku.

Odwołujący nie zgładził się ze stanowiskiem zamawiającego:

Po pierwsze, zamawiający odrzucił ofertę odwołującego pomijając charakter prawny swojego wezwania z dnia 18 grudnia 2024 roku, a w zaufaniu do którego treści działał odwołujący. Otóż, wezwanie to było wezwaniem w trybie art. 223 ust. 1 PZP, a więc zgodnie z treścią przepisu mogło dotyczyć „treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń". Z tego katalogu dokumentów podlegających wyjaśnieniu, zamawiający zwrócił się do Odwołującego o (cyt.): *„złożenie wyjaśnień dotyczących złożonej przez Państwa oferty w zakresie zarzutów (…)"*(podkreślenie – KRP VERSUS), a więc tylko jednego z rodzajów dokumentów

podlegających wyjaśnieniu - dokumentu w postaci OFERTY. Jako że ustawa PZP w szeregu przepisów wyraźnie rozróżnia pomiędzy OFERTĄ, a dokumentami podmiotowymi, dokumentami przedmiotowymi, oświadczeniami czy pełnomocnictwami (etc.), odwołujący zrozumiał wezwanie Zamawiającego zgodnie z jego literalną treścią, czyli jako odnoszące się do OFERTY *sensu stricte*, a nie pozostałych dokumentów składanych wraz z ofertą.
Skoro zamawiający nie wskazał w treści wezwania konieczności wyjaśnienia także„ innych składanych dokumentów lub oświadczeń" w tym „Zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów" (jako dokumentu podmiotowego), ani nie oparł swojego wezwania na art. 128 ust. 4PZP, odwołujący przyjął że w dokumencie tym Zamawiający nie dopatruje się niejasności, braków czy innych wadliwości. Miało to wyraźny i bezpośredni wpływ na jego wyjaśnienia, w których odwołujący uznał ten dokument za niekwestionowany.
Po drugie, zamawiający błędnie odczytał wyjaśnienia odwołującego z dnia 30 grudnia 2024 roku błędnie uznając, że „List Intencyjny –Umowa o współpracy" zawęża zakres zasobów
do których udzielenia UAB Nest Baltija zobowiązał się w „Zobowiązaniu do oddania
do dyspozycji niezbędnych zasobów",pomijając treść zarzutów ADAMIETZ Sp. z o.o.
i kontekst faktyczny udzielenia odpowiedzi przez Odwołującego.
Wyjaśniając należy wskazać, że kwestia potencjału podmiotu trzeciego była przedmiotem pkt IV wyjaśnień odwołującego z 30 grudnia 2024 roku, gdzie Odwołujący odnosił się
do zarzutów ADAMIETZ Sp. z o.o. z pkt IV ich pisma z 13 grudnia 2024 roku (s. 7 -10).
W zakresie tych zarzutów, ADAMIETZ Sp. z o.o. podnosił, że(a) nie jest jasne czy UAB Nest Baltija będzie wykonywał całość prac w ramach zadania czy żadnych prac w ramach zadania (s. 7 pisma), (b) „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów"
nie wskazuje precyzyjnie zakresu udziału UAB Nest Baltija w zamówieniu(s. 7-8), (c)
ze względu na odległość siedziby UAB NEST Baltija nie dojdzie do realnego i faktycznego podwykonawstwa UAB NEST Baltija (s. 8-9). Zamawiający nie sformułował w tym zakresie żadnych własnych uwag, zastrzeżeń ani pytań, ograniczając się do przekazania pisma innego oferenta. Wyjaśnienia odwołującego koncentrowały się więc na odpowiedzi na trzy powyższe zarzuty, a Odwołujący odpowiadał na nie w piśmie z dnia 30 grudnia 2024 roku
w ten sposób, że:
ad. (a) na początku pkt IV pisma (s. 6) – w odpowiedzi na zarzut, iż odwołujący nie będzie dysponował potencjałem NEST Baltija –Odwołujący wskazał, że OFERTA potwierdza dysponowanie potencjałem UAB Nest Baltija w sposób realny, a także wskazał
na wewnętrzną sprzeczność zarzutów ADAMIETZ Sp. z o.o.; ad. (b) w dalszej części pkt IV pisma (s. 6) –w odpowiedzi na zarzut iż zobowiązanie nie precyzuje udziału podmiotu trzeciego – odwołujący wskazał, że treść „Zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania
do dyspozycji niezbędnych zasobów" są odpowiednie i wystarczające, a także zgodne z tym jak w praktyce formułuje się podobne zobowiązania. Co bardzo istotne, odwołujący
nie uszczegóławiał jego zakresu ani nie poprawiał jego zapisów, gdyż traktował ten dokument jako niekwestionowany przez zamawiającego, a co wynikało z tego
że Zamawiający nie wzywał na podstawie art. 128 ust. 4 PZP do wyjaśnienia lub poprawy ww. „Zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów" a wezwanie
do wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 PZP Zamawiający ograniczył do OFERTY;
ad. (c) w końcowej części pkt IV pisma (s. 6/7) – w odpowiedzi na zarzut iż podmiot trzeci nie będzie brał udziału w realizacji prac ze względu na odległość siedziby UAB NEST Baltija
od miejsca realizacji prac –Odwołujący aby zadać kłam tym twierdzeniom przedłożył podpisany w dniu 4 października 2024 roku „List Intencyjny –Umowę o współpracy" pokazujący jeden z kilku negocjowanych a wynegocjowany już do końca i sformalizowany ww. dokumentem zakresów prac i dostaw jakie miał wykonać UAB NEST Baltija. O takiej intencji przedstawienia tego dokumentu(czyli dotyczącej braku przeszkód wynikających
z odległości siedziby UAB Nest Baltija)świadczy końcowa część pkt IV pisma Odwołującego z dnia 30 grudnia 2024 roku, gdzie Odwołujący w kontekście Listu Intencyjnego wskazywał że (cyt.):*„Dokument ten potwierdza również, że zaangażowanie NEST Beltija w realizację zamówienia będzie realne, a koszty tego zaangażowania są wliczone w ofertę podwykonawcy. Nie stanowi również problemu odległość siedziby podwykonawcy od miejsca realizacji zamówienia, gdyż w dobie „gospodarki internetowej" znaczna część działań niewymagająca obecności na miejscu, może być wykonana zdalnie"*.
W żadnym z punktów wyjaśnień z 30 grudnia 2024 roku Odwołujący nie wskazywał aby „List Intencyjny –Umowa o współpracy" określała jedyny czy wyczerpujący zakres prac UAB NEST Baltija. Odwołujący nie uznał takiego precyzowania za konieczne, gdyż
dla Odwołującego ważne, wiążące i niekwestionowane przez Zamawiającego a przez

to wiarygodne było „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów" gdzie zakres zaangażowania UAB NEST Baltija został opisany znacznie szerzej niż w ww. Liście Intencyjnym, a dla Odwołującego, te dwa dokumenty wzajemnie się uzupełniały
a nie stanowiły konkurencję ani jeden nie ograniczał drugiego.

Po trzecie, zgodnie z pkt 15.11.6 IDW Zamawiający przesądził, że dokumentem potwierdzającym zakres zobowiązania podmiotu trzeciego miało być „zobowiązanie podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów", zatem to ten
(a nie żaden inny) dokument miał w przedmiotowym postępowaniu wiążące znaczenie
dla oceny zakresu zobowiązania i udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Wobec tego, skoro Zamawiający wezwaniem z dnia 18 grudnia 2024 roku nie zaczepiał o ten dokument (np. w trybie art. 128 ust. 4 PZP), a samo wezwanie Zamawiającego zostało wystosowane na podstawie art. 223 ust. 1 PZP i wyraźnie wskazywało na żądanie wyjaśnienia OFERTY a nie pozostałych dokumentów, to przedłożenia przez Odwołującego „Listu Intencyjnego –Umowy o współpracy" nie można traktować jako zmiany (zawężenia) przedłożonego wraz z ofertą „Zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów" gdyż nie były to dokumenty o takim samym znaczeniu w postępowaniu. Nieprzewidziany w SWZ dokument niższego rzędu (*in concreto* „List Intencyjny –Umowa
o współpracy") nie może wszakże zmieniać przewidzianego w SWZ dokumentu wyższego rzędu (*in concreto* „Zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów").

Po czwarte, oceniając ww. dokumenty Zamawiający pominął daty w jakich powstały. Otóż wcześniejszy jest „List Intencyjny –Umowa o współpracy" gdyż został podpisany
4 października 2024 roku, zaś późniejsze jest „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów" podpisane w dniu 17 października 2024 roku. Daty tych dokumentów potwierdzają, że chronologicznie wcześniej Strony porozumiały się w zakresie części Zadania (zakres dostaw i prac opisanych w „Liście Intencyjnym –Umowie o współpracy"
z 4 października 2024 roku) zaś w okresie późniejszym porozumiały się w zakresie dalszego szerokiego podwykonawstwa, co znalazło wyraz w zapisach „Zobowiązania do oddania
do dyspozycji niezbędnych zasobów" z 17 października 2024 roku. W rzeczywistości było odwrotnie niż uznał to Zamawiający, czyli to nie „List Intencyjny –Umowa o współpracy"
z 4 października 2024 roku zawęziła zakres „Zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów", lecz „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów" z 17 października 2024 roku rozszerzyło zakres „Listu Intencyjnego –Umowy
o współpracy".

Po piąte, oceniając ww. dokumenty Zamawiający pominął treść przedłożonego przez Odwołującego wraz z ofertą „Oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. (…) oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego" (sporządzonego wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 8 do IDW) w którym,
w części pn. „INFORMACJA DOTYCZĄCA POLEGANIA NA ZDOLNOŚCIACH LUB SYTUACJI PODM UDOSTĘPNIAJĄCEGO ZASOBY W ZAKRESIE ODPOWIADAJĄCYM PONAD 10% WARTOŚCI ZAMÓW (wytłuszczenie – KRP VERSUS) Odwołujący wskazał UAB NEST Baltija, a zatem potwierdził jednoznacznie,
że zamierza powierzyć temu podmiotowi w ramach podwykonawstwa wynikającego
z polegania na jego zasobach ponad 10% wartości zamówienia. Odwołujący podał, że gdyby zamierzał powierzyć UAB Nest Baltija tylko prace opisane w „Liście Intencyjnym –Umowie
o współpracy" które wg zamawiającego prezentują kwotę 2.740.120,20 zł brutto,
zaś cała oferta odwołującego opiewa na kwotę 33.466.975,63 zł brutto, to nie wskazałby
w tym miejscu UAB NEST Baltija, gdyż wartość prac z „Listu Intencyjnego –Umowy
o współpracy" nie przekracza10% wartości zamówienia (tj. nie przekracza 3.346.697,56 zł brutto). Składając swoją ofertę odwołujący potwierdził ww. dokumentem, że zamierzał powierzyć UAB Nest Baltija prace w zakresie nie tylko szerszym niż 10% wartości zamówienia, lecz w zakresie bardzo szerokim a opisanym w „Zobowiązaniu do oddania
do dyspozycji niezbędnych zasobów".

Po szóste, należy podkreślić, że odwołujący współpracuje na zasadach partnerskich z UAB Nest Baltija od października 2020 roku, a Strony wiąże „Porozumienie Ramowe dot. współpracy przy realizacji Zadań" z dnia 14 października 2020 roku, na mocy którego Strony są zobowiązane do bardzo szerokiego wzajemnego wsparcia w zakresie udzielania sobie potencjału, m.in. w zakresie projektowania, wykonawstwa prac budowlanych i montażowych czy nadzoru. W ostatnim czasie na bazie tego „Porozumienia Ramowego" Odwołujący wspierał swoimi zasobami projektowymi polską spółkę stowarzyszoną UAB Nest Baltijapn.

E Energija Polska Sp. z o.o. (KRS: 0000562120 z siedzibą w Gdańsku)przy realizacji zadań:
a) pn. *„Budowa instalacji produkcji ciepła z biomasy o mocy 5,1 MW w Tomaszowie Mazowieckim”*w zakres której wchodziło: budowa budynku kotłowni z kotłem na biomasę
o mocy 5,1 MW oraz wszelkimi niezbędnymi instalacjami i urządzeniami, budowa komina wolnostojącego, przebudowa istniejącego placu składowego celem zapewnienia powierzchni składowej, dojścia, dojazdu oraz drogi pożarowej, budowa rurociągu ciepłowniczego łączącego projektowaną kotłownię z istniejącą ciepłownią, budowa niezbędnych przyłączy oraz infrastruktury technicznej – dla inwestora Zakład Usług Technicznych Sp. z.o.o.;
b) pn. *„Budowa instalacji produkcji ciepła z biomasy o mocy 3,8MW w Tomaszowie Mazowieckim”* – dla inwestora PP.H.U TRANSBED, G.B., ul. Nowowiejska 2, 42-265 Ożarowice, Pyrzowice;
c) pn. „*Budowa na terenie EC Wieluń przy ul. Ciepłowniczej 26 w Wieluniu jednostek wytwarzania energii cieplnej o mocy powyżej 5MWt wykorzystujących biomasę”*– dla inwestora Energetyka Cieplna Sp. z o.o., ul. Ciepłownicza 26, 98-300 Wieluń.
Odwołujący podał, że na bazie tego właśnie „Porozumienia Ramowego” strony obecnie przeprowadziły negocjacje w sprawie udzielenia potencjału przez UAB Nest Baltija dla odwołującego, co skutkowało uzgodnieniem bardzo szerokiego podwykonawstwa UAB Nest Baltija dla odwołującego, którego wyrazem stało się „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów” od UAB Nest Baltija z dna 17 października 2024 roku. Zatem, istniejący pomiędzy odwołującym a UAB Nest Baltija stosunek prawny zarówno na dzień złożenia oferty jak i obecnie gwarantuje szeroki udział UAB Nest Baltija w realizacji zamówienia jako podwykonawca Odwołującego.
Dowód: (-) Porozumienie Ramowe dot. współpracy przy realizacji Zadań z dnia
14 października 2020 roku, (-) pismo UAB Nest Baltija z 3 lutego 2025 roku
Brak wezwania Odwołującego przez Zamawiającego do przedłożenia poprawionego zobowiązania podmiotu trzeciego (zarzut z ostrożności procesowej)
Odwołujący podtrzymuje, że przedłożone przez niego wraz z ofertą „Zobowiązanie
do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów” podpisane przez UAB Nest Baltija w dniu 17 października 2024 roku było prawidłowe i potwierdzało dysponowanie potencjałem tego podmiotu, jak również potwierdzało udział tego podmiotu w realizacji zamówienia w zakresie udostępnionego potencjału. Zamawiający ani w toku badania i oceny ofert, ani odrzucając ofertę Odwołującego nie sformułował zarzutów odnoszących się do przedłożonego zobowiązania, a zarzuty Zamawiającego dotyczyły jedynie opatrznie zrozumianej relacji „Listu Intencyjnego – Umowy o Współpracy” z 4 października 2024 roku. Zatem, na dzień dzisiejszy Odwołujący w dalszym ciągu podtrzymuje, że „Zobowiązanie do oddania
do dyspozycji niezbędnych zasobów” podpisane przez UAB Nest Baltija w dniu
17 października 2024 roku spełnia warunki ustawy PZP i IDW, a zatem nie wymaga poprawy. O konieczności ewentualnej poprawy tego dokumentu odwołujący nie został zawiadomiony do chwili obecnej.
Niemniej jednak, każde zobowiązanie podmiotu trzeciego podlega uzupełnieniu
lub poprawie, a więc Zamawiający – o ile ma zastrzeżenia do tego dokumentu – powinien wezwać do jego uzupełnienia. Przepis art. 128 ust. 1 PZP dotyczący uzupełnienia lub poprawy dokumentów swoim zakresem obejmuje również zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 PZP, gdyż zobowiązanie takie jest podmiotowym środkiem dowodowym. Wynika to z art. 118 ust. 3 PZP.
Zobowiązanie UAB Nest Baltija do udostępnienia potencjału i udziału w znacznym zakresie prac jako podwykonawca od początku pozostaje ważne i wiążące, a UAB Nest Baltija deklaruje gotowość poprawy „Zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów” z 17 października 2024 roku, o ile zażąda tego Zamawiający, co potwierdził pismem z 3 lutego2025 roku.
Dowód: -pismo UAB Nest Baltija z 3 lutego 2025 roku
Niestety, postępowanie Zamawiającego – który wbrew wyjaśnieniom odwołującego – uznał jego ofertę za niezgodną z SWZ oraz zaniechał wezwania do poprawy zobowiązania podmiotu trzeciego, wymusza wniesienie niniejszego odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń
i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i stwierdziła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi
art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem każdego z odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 lutego 2025 roku, a kopia została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone oraz wynika
z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

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

Izba uwzględniła stanowisko zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 24 lutego 2025 roku „Odpowiedź zamawiającego na odwołanie". Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba uwzględniła stanowisko zawarte w piśmie uczestnika postępowania odwoławczego *A. spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą*
w Strzelcach Opolskich (dalej: „uczestnik postępowania" / „A.") z dnia 24 lutego 2025 roku.

Izba w postanowieniu wydanym na rozprawie dopuściła dowody załączone
do odwołania:

-Porozumienie Ramowe dot. współpracy przy realizacji Zadań z dnia
14 października 2020 roku,

-Pismo UAB Nest Baltija z 3 lutego 2025 roku.

-

W zakresie podnoszonych przez Odwołującego naruszeń:

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

- zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy - *Uzasadnienie orzeczenia zawiera wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które Izba uznała*
za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej orzeczenia
z przytoczeniem przepisów prawa.
- art. 16 ustawy – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie
o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.
- art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
2) jest niezgodna z przepisami ustawy;
- art. 118 ust. 1 ustawy - Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.
- art. 118 ust. 2 ustawy - W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi,
do realizacji których te zdolności są wymagane.
- art. 118 ust.3 ustawy - 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.
- art. 118 ust. 4 ustawy - Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:
1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby

przy wykonywaniu zamówienia;
3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.
- art. 122 ustawy - Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.
- art. 128 ust. 1 ustawy - Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia
w wyznaczonym terminie, chyba że:
1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.
- art. 223 ust. 1 ustawy - W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać
od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.
- art. 7 pkt 21 ustawy - Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o:
robotach budowlanych - należy przez to rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie
i wykonanie robót budowlanych, określonych w załączniku II do dyrektywy ,
w załączniku I do dyrektywy oraz objętych działem 45 załącznika I
do rozporządzenia (WE) nr Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz.Urz. WE L 340
z 16.12.2002, , z późn. zm.), zwanego dalej "Wspólnym Słownikiem Zamówień",
lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego;
- art. 112 ust. 1 ustawy – Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.
- art. 112 ust. 2 ustawy - Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:
(…)
4) zdolności technicznej lub zawodowej.

W zakresie rozpoznania odwołania Izba stwierdza:

Izba na wstępie wyjaśnia i podkreśla, że w postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności podjętej przez zamawiającego w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez zamawiającego
jest postępowaniem kreowanym w oparciu o regulacje prawne obowiązujące zamawiającego. Oznacza to, że ocenie w zakresie zarzutów odwołania podlegają
te czynności zamawiającego podjęte w określonym stanie faktycznym, który wynika
z akt sprawy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiących akta postępowania odwoławczego.
Nadmienić należy również, że postępowanie odwoławcze przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, czyli spornym, a spór prowadzą strony postępowania odwoławczego przy udziale uczestnika tego postępowania. Po stronie odwołującego pozostaje określany ustawą obowiązek dowodowy.

Izba stwierdziła w zakresie zarzutu odwołania

W zakresie zarzutu (1) naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 118 ust. 1 – 4 oraz w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy, a także w zw. z art. 16 ust. 1-3 ustawy przez dokonanie czynności badania i oceny oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, podjętej niezgodnie z przepisami ustawy przez Zamawiającego w dniu 24 stycznia 2025 roku, polegającej na wadliwej ocenie i odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego pomimo braku podstaw do odrzucenia tejże oferty oraz wyboru oferty złożonej przez ADAMIETZ, która nie była najkorzystniejsza– **Izba uznała zarzut za zasadny**

W zakresie zarzutu (2) naruszenia art. 118 ust. 1 – 4 w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy,
a także w zw. z art. 16 ust. 1-3 ustawy przez zaniechanie czynności wezwania odwołującego do wyjaśnienia lub poprawienia dokumentu pn. „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów” z 17 października 2024

roku, pomimo że obowiązek do podjęcia takich czynności wynika bezpośrednio z przepisów ustawy, a co doprowadziło do wyboru oferty która nie była najkorzystniejsza **– Izba uznała zarzut za niezasadny**

W zakresie zarzutu (3) naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 118 ust. 1 – 4 ustawy oraz w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy, a także w zw. z art. 16 ust. 1-3 ustawy przez dokonanie czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, podjętej niezgodnie
z przepisami ustawy przez zamawiającego w dniu 24 stycznia 2025 roku, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez ADAMIETZ pomimo iż oferta ta nie była najkorzystniejsza w rozumieniu ustawy – **Izba uznała zarzut za zasadny**

W zakresie zarzutów odwołania Izba ustaliła, że:

Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia Instrukcja dla Wykonawców (dalej: SWZ) podał między innymi:

5. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

5.1.1. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w ramach przedsięwzięcia pn. Przebudowa systemu ciepłowniczego miasta Ozimek poprzez zabudowę wysokosprawnej kogeneracji i dostosowanie do warunków systemu efektywnego: Zadanie częściowe nr 2 – Zabudowa układu technologicznego do zgazowywania biomasy– ciepłownia węglowa Schodnia

(…)

*7. **WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU***

7.2.4Zdolności technicznej lub zawodowej:

7.2.4.1Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat (przed upływem terminu składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo zakończył co najmniej jedną robotę budowlaną, zakończoną i oddaną do eksploatacji, polegającą na:

7.2.4.1.1wykonaniu instalacji termicznego przetwarzania biomasy do produkcji ciepła o mocy cieplnej nie mniejszej niż 3,0 MWt wraz z robotami towarzyszącymi.

(…)

7.3Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia

(…)

*9.**PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE***

(…)

9.9.W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu Wykonawca na wezwanie Zamawiającego składa:

(…)

9.9.3wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty. Okres 5 lat, o którym mowa powyżej liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert;

(…)

10.UDOSTĘPNIENIE ZASOBÓW

10.1Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostepniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

10.2W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostepniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

10.3Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

10.4Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w pkt. 10.3 IDW, potwierdza, że stosunek łączący Wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

10.4.1zakres dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;

10.4.2sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;

10.4.3czy 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.

10.5Zamawiający ocenia, czy udostępniane Wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem Wykonawcy.

10.6Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, odpowiada solidarnie z Wykonawcą, który polega na jego sytuacji finansowej lub ekonomicznej, za szkodę poniesioną przez Zamawiającego powstałą w skutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów podmiot ten nie ponosi winy.

10.7Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, Zamawiający zażąda, aby Wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego:

10.7.1zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo

10.7.2wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

10.8Wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

(…)

15.OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTY

15.11Kompletna oferta winna zawierać:

15.11.1Formularz Oferty wraz z załącznikiem do Oferty, sporządzony według treści wzoru Załącznika nr 1 do niniejszej IDW,

(…)

15.11.6Zobowiązanie podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów – (jeżeli dotyczy), sporządzony według treści wzoru Załącznika nr 5 do niniejszej IDW,

Załącznik nr 1 do IDW – Wzór Formularza Oferty

(…)

13)[nie zamierzam(y) powierzać do podwykonania żadnej części niniejszego zamówienia/ następujące części niniejszego zamówienia zamierzam(y) powierzyć podwykonawcom][1]:

Lp.	Nazwa części zamówienia	Firma (Nazwa) Podwykonawcy
1)		
2)		

[1] Niepotrzebne skreślić

Załącznik nr 3 - Wzór Wykazu wykonanych robót budowlanych

Załącznik nr 5 – Wzór zobowiązania oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów

ZOBOWIAZANIE DO ODDANIA DO DYSPOZYCJI NIEZBĘDNYCH ZASOBÓW

„Przebudowa systemu ciepłowniczego miasta Ozimek poprzez zabudowę wysokosprawnej kogeneracji i dostosowanie do warunków systemu efektywnego”

Zadanie częściowe nr 2 - zabudowa układu technologicznego do zgazowywania biomasy– ciepłownia węglowa Schodnia.

Nr referencyjny nadany sprawie przez Zamawiającego Z2/02/ESC/2024

1.ZAMAWIAJĄCY:

Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. Antoniów

ul. Powstańców Śl. 54, 46 - 040 Ozimek

Ja/my, niżej podpisani, reprezentujący firmę ……

z siedzibą ……..

zobowiązujemy się do oddania do dyspozycji Wykonawcy tj.

……

niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Oświadczam, iż:

1) udostępniam wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie:

……

2) sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący:

……

3) zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący:

……

4) okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący:

……

5) zrealizuję roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą: …….. (Tak / Nie).

Oświadczam, ze jestem świadomy, iż w przypadku szkody zamawiającego powstałej wskutek nieudostępnienia zasobu w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej odpowiadam wobec zamawiającego solidarnie z ww. wykonawcą. Moja odpowiedzialność wygasa jeżeli nieudostępnienie przedmiotowych zasobów nastąpiło na skutek okoliczności, za które nie ponoszę winy.

W ofercie „Formularz ofertowy" odwołujący złożył następujące oświadczenie:

FORMULARZ OFERTY DLA PRZETARGU NIEOGRANICZONEGO

„Przebudowa systemu ciepłowniczego miasta Ozimek poprzez zabudowę wysokosprawnej kogeneracji i dostosowanie do warunków systemu efektywnego" Zadanie częściowe nr 2 - zabudowa układu technologicznego do zgazowywania biomasy– ciepłownia węglowa Schodnia.

(…)

13) ~~[nie zamierzam(y) powierzać do podwykonania żadnej części niniejszego zamówienia/~~ następujące części niniejszego zamówienia zamierzam(y) powierzyć podwykonawcom]1

Lp.	*Nazwa części zamówienia*	*Firma (Nazwa) Podwykonawcy*
1	*Dostawy*	*Apliterm Power sp. z o.o*
2	*Dostawy/usługi*	*NEST BALTIJA*

Odwołujący wraz z ofertą złożył:

ZOBOWIAZANIE DO ODDANIA DO DYSPOZYCJI NIEZBĘDNYCH ZASOBÓW

„Przebudowa systemu ciepłowniczego miasta Ozimek poprzez zabudowę wysokosprawnej kogeneracji i dostosowanie do warunków systemu efektywnego" Zadanie częściowe nr 2 - zabudowa układu technologicznego do zgazowywania biomasy– ciepłownia węglowa Schodnia. Nr referencyjny nadany sprawie przez Zamawiającego Z2/02/ESC/2024

1. ZAMAWIAJĄCY:

Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. Antoniów ul. Powstańców Śl. 54, 46 - 040 Ozimek

Ja/my, niżej podpisany V.L. (Dyrektor firmy) reprezentujący firmę UAB „NEST Baltija" z siedzibą Piliakalnio g. 5A, LT-46224 Kowno, Litwa Numer rejestru firny 301560706, Numer płatnika LT100004037912 zobowiązuję się do oddania do dyspozycji Wykonawcy tj. ACE Instal Sp. z o.o. ul. Modelarska 31 40-142 Katowice niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Oświadczam, iż:

1) udostępniam wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie: doświadczenie zawodowe

2) sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący: referencje na realizację zgodnie w wymaganiami SWZ w odniesieniu do: wykonania instalacji termicznego przetwarzania biomasy do produkcji ciepła o mocy cieplnej nie mniejszej niż 3,0 MWt wraz z robotami towarzyszącymi

3) zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący:

zobowiązujemy się wykonać czynności objęte zamówieniem w zakresie zgodnym z SWZ na czas trwania umowy

4) okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący:

Na czas realizacji umowy

5) zrealizuję roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą: …….. (Tak / ~~Nie)~~

Oświadczam, ze jestem świadomy, iż w przypadku szkody zamawiającego powstałej wskutek nieudostępnienia zasobu w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej odpowiadam wobec zamawiającego solidarnie z ww. wykonawcą. Moja odpowiedzialność wygasa jeżeli nieudostępnienie przedmiotowych zasobów nastąpiło na skutek okoliczności, za które nie ponoszę winy.

Odwołujący złożył w dniu 23 grudnia 2024 roku, na wezwanie zamawiającego, między innymi *Załącznik nr 3 - Wzór Wykazu wykonanych robót budowlanych*

WYKAZ ROBÓT BUDOWLANYCH

„Przebudowa systemu ciepłowniczego miasta Ozimek poprzez zabudowę wysokosprawnej kogeneracji i dostosowanie do warunków systemu efektywnego" Zadanie częściowe nr 2 - zabudowa układu technologicznego do zgazowywania biomasy– ciepłownia węglowa Schodnia. Nr referencyjny nadany sprawie przez Zamawiającego Z2/02/ESC/2024

1. ZAMAWIAJĄCY:

Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. Antoniów

ul. Powstańców Śl. 54, 46 - 040 Ozimek

2. WYKONAWCA:

Niniejsza oferta zostaje złożona przez:

Lp.	*Nazwa Wykonawcy(ów)*	*Adres(y) Wykonawcy(ów)*
	ACE Instal Sp. z o.o.	*Ul. Modelarska 31* *40-142 Katowice*

Wykaz wykonanych prac na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w IDW

Lp.	*Rodzaj robót wykonanych (należy wskazać zakres prac mając na uwadze treść warunku)*	*Data wykonania robót (dzień, miesiąc, rok)*	*Miejsce wykonania robót*	*Podmiot, na rzecz którego roboty zostały wykonane*
1.1	*Projekt ciepłowni biomasowej składającej się z kotłów na olej termalny oraz wodnych o łącznej mocy 34,2 MW oraz instalację (zgodnie z projektem technicznym) Budowa budynków produkcyjnych i magazynowych w miejscowości Menčiuk na przy ulicy Ryto 4, Rejon Naujosios Akmenės, okręg Akmenė, oraz z I Etapem pozwolenia na budowę nr 355-01 TŠ-1).*	*grudzień 2018- styczeń 2020*	*Menčiuk na przy ulicy Ryto 4, Rejon Naujosios Akmenės, okręg Akmenė*	*UAB „Rietuva" Vatušių g. 6A, LT-90309 Rietavas*
2.				
3.				
4.				

Izba ustaliła, że **zamawiający pismem z dnia 18 grudnia 2024 roku** wezwał odwołującego do:

Działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) Zamawiający zwraca się o złożenie wyjaśnień dotyczących złożonej przez Państwa oferty w zakresie zarzutów podniesionych w informacji przekazanej Zamawiającemu w dniu 16 grudnia 2024r - w załączeniu przesyłam tą informację.

Treść załączonego pisma;

(…)

(…)

(…)

(…)

W odpowiedzi na powyższe **odwołujący pismem z dnia 30 grudnia 2024** roku przedstawił:

Szanowny Panie Prezesie,

W nawiązaniu do przesłanego przez Zamawiającego pisma nr W/3149/24/DS, dotyczącego złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej przez Spółkę ACE Instal oferty, podnosimy

co następuje:

a) zawiadomienie z firmy A. Sp. z o.o. z dnia 13 grudnia 2024 roku o rzekomych nieprawidłowościach w naszej ofercie uważamy za całkowicie nieuzasadnione, złośliwe

i zawierające manipulacje;

b) nie zachodzą podstawy do odrzucenia naszej oferty;

c) zaoferowana cena a także zakres udziału podmiotu udostępniającego zasoby nie budzą wątpliwości już w oparciu o same tylko dokumenty ofertowe, a dodatkowo w załączeniu

do niniejszego pisma przedkładamy dalsze dokumenty;

a także informujemy jak poniżej.

Odnosząc się kolejno do zarzutów zgłaszanych przez Oferenta – firmę A. (nota bene
którego oferta jest mniej korzystna dla Zamawiającego) w ww. piśmie z 13 grudnia 2024 roku, udzielamy następujących wyjaśnień:

(…)

IV. Zakres wykonywania prac przez podmiot udostępniający zasoby

Już na podstawie oferty ACE Instal można było uznać, że ACE Instal będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w sposób realny. Także w tym zakresie A. sformułował swoje zarzuty w sposób pokrętny i wewnętrznie sprzeczny.

W szczególności, czytając w całości Załącznik 5 do oferty (Zobowiązanie do oddania
do dyspozycji niezbędnych zasobów) nie ulega wątpliwości, że:

a) w pkt 5 zobowiązania podmiot trzeci potwierdził swoje podwykonawstwo;

b) w pkt 1 zobowiązania podmiot trzeci wskazał że w powyższej formie udzieli doświadczenia zawodowego;

c) w pkt 2 oraz 3 zobowiązania podmiot trzeci wskazał że zakres jego zaangażowania będzie taki aby doszło do udzielenia na rzecz ACE Instal niezbędnego doświadczenia zawodowego;

d) zaś w pkt 5 zobowiązania podmiot trzeci potwierdził że jego zaangażowanie będzie
miało miejsce w całym okresie realizacji umowy.

Treść tego zobowiązania nie obiega od zobowiązań powszechnie składanych przez podmioty trzecie w różnych postępowaniach.

W załączeniu do niniejszego pisma przedstawiamy „List intencyjny – Umowę o współpracy”
podpisany z naszym Podwykonawcą – firmą NEST Baltija. W dokumencie bardziej szczegółowo uwzględniono zakres prac planowanych do powierzenia firmie NEST Baltija, które polegają na:

- *Pracach projektowych w zakresie układu odzysku ciepła, w tym doborze kluczowych urządzeń*
- *Nadzorze projektowym w zakresie pozostałych prac projektowych*
- *Dostawach spalinowych wymienników ciepła*
- *Pracach instalacyjnych oraz opomiarowaniu układu odzysku ciepła (udział, nadzór i koordynacja) w zakresie:*
- *Montażu kompletnego spalinowego wymiennika ciepła o mocy 4 MWt (KO-1) wraz z izolacją termiczną i osprzętem*
- *Montażu kompletnego spalinowego wymiennika ciepła o mocy 0,9 MWt ((KO-2) wraz z izolacją termiczną i osprzętem*
- *Udziale, nadzorze nad uruchomieniem i udziale w odbiorze zabudowy układu odzysku ciepła przez klienta*

Dokument ten potwierdza również, że zaangażowanie NEST Beltija w realizację zamówienia będzie realne, a koszty tego zaangażowania są wliczone w ofertę podwykonawcy. Nie stanowi również problemu odległość siedziby podwykonawcy od miejsca realizacji zamówienia, gdyż w dobie „gospodarki internetowej” znaczna część działań niewymagająca obecności na miejscu, może być wykonana zdalnie.

Wobec powyższego oferta ACE Instal nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp ani na żadnej innej podstawie.

V. Podsumowanie

Firma ACE Instal dołożyła wszelkiej staranności na etapie skalkulowania oferty. Ponownie potwierdzamy, że uwzględniliśmy wszelkie niezbędne koszty celem wykonania przedmiotowego Zamówienia w wymaganym terminie, wymaganej jakości oraz za zadeklarowaną kwotę. Jesteśmy świadomi deklaracji udzielenia 36 miesięcznej gwarancji oraz wynikających z zapisów Umownych zobowiązań.

Należy też podkreślić, że wszelkie twierdzenia firmy A. o rzekomym niedoszacowaniu przez ACE Instal kosztów realizacji zamówienia, bądź pominięcia jakiegoś świadczenia
w ofercie, nie wytrzymują konfrontacji z faktem, że wszystkie trzy oferty jakie wpłynęły
w postepowaniu opiewały na bardzo zbliżone kwoty. Przy czym najdroższa była oferta ECOMEXINTROL z ceną 35.783.817,19 zł, a oferty A. oraz ACE Instal były zbliżone
i wynosiły odpowiednio 33.209.991,39 zł oraz 33.466.975,63 zł. Skoro więc firma A. uważa swoją ofertę za kompletną i należycie wycenioną z ceną 33.209.991,39 zł, to brak jakichkolwiek logicznych podstaw aby droższą ofertę ACE Instal z ceną 33.466.975,63 zł traktować jako niekompletną, niedoszacowaną, czy będącą efektem pogwałcenia normalnej gry rynkowej (czyn nieuczciwej konkurencji). Firma A. najwyraźniej nie chce pogodzić się z faktem złożenia oferty mniej korzystnej. W przypadku dalszych pytań lub wątpliwości pozostajemy do Państwa dyspozycji.

Fragment załączonego: List intencyjny/umowa współpracy z UAB „NEST Baltija” z dnia 4 października 2024 roku

Pismem z dnia 24 stycznia 2025 roku zamawiający zawiadomił wykonawców:

Działając na podstawie art. 253 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), zwana dalej ustawą Pzp Zamawiający zawiadamia o wyborze oferty oraz odrzuceniu oferty w ww. postępowania o udzielenie zamówienia:

I Zamawiający wybrał następującą ofertę jako najkorzystniejszą:

ADAMIETZ Sp. z o. o.

ul. Braci Prankel 1, 47-100 Strzelce Opolskie
NIP 7561836633
(…)
II Zamawiający odrzucił następującą ofertę:
ACE INSTAL sp. z o. o.
(…)
Uzasadnienie faktyczne oraz prawne odrzucenia oferty:
Wykonawca ACE INSTAL w celu wykazania warunku udziału w postepowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia posługuje zasobami podmiotu NEST Baltija – do oferty zostało załączone zobowiązanie.
Zgodnie z treścią tego zobowiązania podmiot NEST BALTIJA złożył ogólną deklarację swojego udziału w realizacji zamówienia: „zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący: zobowiązujemy się wykonać czynności objęte zamówieniem w zakresie zgodnym z SWZ na czas trwania umowy"
Ponadto w Formularzu Oferty w pkt 13 - części zamówienia, które zamierzacie Państwo powierzyć podwykonawcom ACE INSTAL wskazał: Apliterm Power sp. z o.o - dostawy, NEST BALTIJA - dostawy/usługi.
Wykonawca został wezwany przez Zamawiającego do złożenie wyjaśnień dotyczących złożonej przez niego oferty w zakresie zarzutów podniesionych w informacji przekazanej Zamawiającemu przez innego uczestnika postępowania.
W odpowiedzi na wezwanie wykonawca złożył List intencyjny/umowa współpracy z UAB „NEST Baltija" z dnia 04.10.2024r.:, w którym w par. 3 ust. 2 wskazano:
„2. Strony postanawiają, że w razie wyboru oferty ACE INSTAL jako najkorzystniejszej
i zawarcia umowy z Klientem, UAB „NEST Baltija" zostaną powierzone prace w zakresie:
aPrac projektowych w zakresie układu odzysku ciepła, w tym doboru kluczowych urządzeń,
bNadzoru projektowego w zakresie pozostałych prac projektowych,
cDostaw spalinowych wymienników ciepła,
dPrace instalacyjne oraz opomiarowanie układu odzysku ciepła (udział, nadzór
i koordynacja) w zakresie:
- montażu kompletnego spalinowego wymiennika ciepła o mocy 4 MWt (KO-1) wraz
z izolacją termiczną i osprzętem,
- montażu kompletnego spalinowego wymiennika ciepła o mocy 0,9 MWt (KO-2) wraz
z izolacją termiczną i osprzętem,
aUdział, nadzór nad uruchomieniem i udział w odbiorze zabudowy układu odzysku ciepła przez Klienta."
Z w/w dokumentów wynika, że udział podmiotu w realizacji zamówienia polegał będzie głównie na wykonaniu dostaw i montażu układu odzysku ciepła – wymienników ciepła. Wartość wskazanego zakresu stanowi ułamkową część przedmiotu zamówienia – są
to roboty wskazane w Wykazie Cen w pozycjach II.7.2.3 (118-120). Ich wartość wynosi 2.740.120,20 zł brutto. Cena całkowita oferty ACE INSTAL wynosi 33 466 975,63 zł brutto.
W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający żądał od wykonawcy wykazania,
że w okresie ostatnich 5 lat (przed upływem terminu składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, zgodnie
z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo zakończył co najmniej jedną robotę budowlaną, zakończoną i oddaną do eksploatacji, polegającą na: wykonaniu instalacji termicznego przetwarzania biomasy do produkcji ciepła o mocy cieplnej nie mniejszej niż 3,0 MWt wraz z robotami towarzyszącymi.
W przypadku oferty wykonawcy ACE INSTAL w celu wykazania spełnienia w/w warunku posługuje się on zobowiązaniem podmiotu trzeciego - NEST BALTIJA. Podmiot ten jako udostępniający wykonawcy doświadczenie zobowiązał się – jak wynika z analizy przedłożonych dokumentów – tylko do wykonania pewnego zakresu zamówienia, z tym
że jest to ułamkowy zakres w stosunku do wykazywanego warunku udziału - wykonanie dostaw i montażu układu odzysku ciepła – wymienników ciepła stanowi jeden z elementów
w wykonaniu kompletnej instalacji termicznego przetwarzania biomasy do produkcji ciepła oraz robót towarzyszących.
Zgodnie z Art. 118 ust. 2 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.
Warto mieć ponadto na uwadze stanowiska wynikające z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie: Przesądzający o intencji ustawodawcy jest wyrok KIO
z 30.06.2023 r. (sygn. akt KIO 1707/23) według, którego "zgodnie z art. 118 ust. 2 p.z.p.
w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia wykonawcy mogą polegać

na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane. Z przepisu tego w sposób jednoznaczny wynika, że wykonawca składający ofertę, powołując się na doświadczenie podmiotu udostępniającego swoje zasoby ma i musi mieć świadomość, że właśnie ten podmiot udostępniający musi wykonać roboty budowlane, do realizacji których
to doświadczenie było wymagane."
Jeżeli zatem warunek udziału w postępowaniu dotyczył posiadania doświadczenia polegającego na zrealizowaniu określonych robót budowalnych a wykonawca potwierdził wolę skorzystania w celu spełnienia warunku z potencjału podmiotu trzeciego i wskazał
w wykazie roboty wykonane przez ten podmiot to zamawiający ma prawo oczekiwać
i wymagać, aby to właśnie podmiot udostępniający potencjał, faktycznie wykonał roboty budowlane w ramach realizacji zamówienia. Odnosi się to oczywiście do tych robót,
do których wykonania potrzebne jest doświadczenie opisane w warunku udziału
w postępowaniu. Tym samym niedopuszczalne jest ograniczenie się podmiotu trzeciego wyłącznie do nadzoru, konsultacji i doradztwa."
W wyroku KIO z 2.11.2023 r. (KIO 3056/23) zauważono, że skoro wykonawca powołał się
na spełnienie przez podmiot trzeci warunku dotyczącego doświadczenia w realizacji robót budowlanych, to stosownie do art. 118 ust. 2 Pzp podmiot trzeci powinien realizować roboty budowlane w ramach realizacji zamówienia. Zamówienie nie może być realizowane przez podmiot, który nie posiada doświadczenia. Jeżeli zamawiający oczekiwał w treści warunku doświadczenia przy realizacji robót budowlanych, to wykonawca powinien wykazać, że takie doświadczenie posiada i w takim właśnie zakresie (robót budowlanych) powinien brać udział w realizacji zamówienia.
Zamawiający stawiając warunek udziału w postepowaniu oczekiwał, że jego zamówienie będzie realizowane przez podmiot, który posiada wymagane doświadczenie. Tymczasem
z analizy przedłożonych przez wykonawcę ACE INSTAL dokumentów wynika, że podmiot trzeci będzie realizował zamówienie jedynie w zakresie niewielkiej części. Jak wykazano powyżej jest to jedynie ułamek robót budowlanych, jakie stanowią przedmiot zamówienia
w postępowaniu. Nie można było zatem uznać, że udostępnienie zasobów ma charakter realny i gwarantuje wykonawcy rzeczywisty dostęp do udostępnionych zasobów.
Podobne stanowisko wynika z wyroku KIO z 8.11.2021 r., KIO 2945/21, w którym stwierdzono, że zobowiązanie do wykonania jedynie części zamówienia, gdy wykonawca powoływał się na doświadczenie w zakresie całości, nie może być uznane za wystarczające.
Zgodnie z Art. 122 Pzp Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, 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.
Jednak, w przedmiotowym postępowaniu w/w przepis nie będzie miał zastosowania.
Wyrok KIO z dnia 15 lutego 2023 r. KIO 281/23 - Przepis art. 122 p.z.p. ma zastosowanie jedynie wówczas, gdy konieczne staje się zastąpienie podmiotu trzeciego na inny
z tej przyczyny, że ten udostępniający swoje zasoby nie spełnia warunku udziału
w postępowaniu. W tym przypadku warunek opisany w SWZ został jednak spełniony. Tym samym przepis nie ma zastosowania, nie można go bowiem czytać w sposób rozszerzający tj., że daje on możliwość nie tylko zmiany w zakresie podmiotu udostępniającego swoje zasoby, ale też w zakresie przedmiotu deklarowanego udostępnienia (w tym wypadku rozszerzenia zakresu, w jakim podmiot trzeci zadeklarował udostępnienie swoich zasobów).
Treść zobowiązania złożonego wraz z ofertą oraz przedłożonych w wyniku wyjaśnień treści oferty dokumentów w zakresie udostępnionych zasobów, nie pokrywa się z zakresem objętym warunkiem zamówienia określonym w SWZ. Umożliwienie wykonawcy korzystanie
z udostępnionych zasobów zdolności technicznych i zawodowych poprzez wzięcie udziału
w realizacji robót, do realizacji których te zdolności są wymagane, nie stanowi potwierdzenia, że podmiot trzeci realnie i faktycznie zrealizuje zamówienie, w zakresie dla którego określony został przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu odnoszący się
do doświadczenia. Wykonanie dostaw i montaż układu odzysku ciepła – wymienników ciepła, realizowane przez podmiot trzeci, nie stanowi potwierdzenia czynnej i pełnej realizacji roboty objętej warunkiem zamówienia określonej w SWZ. Wniosek taki potwierdza również treść formularza ofertowego, w którym wykonawca wyraźnie wskazuje część zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcy tj. dostawy usługi, co stanowi zakres znacznie węższy od wskazanego w warunku udziału w postępowaniu oraz przekazany przez wykonawcę List intencyjny/umowa współpracy z

dnia 04.10.2024 – szczegółowo wskazujący ułamkowy zakres zamówienia, który zostanie wykonany przez podmiot udostępniający zasoby.

Przytoczone okoliczności, wskazują na złożenie oferty, która w swej treści jest niezgodna

z treścią art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać

na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zatem, skoro oferta została złożona

z naruszeniem art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, to zaistniała przesłanka odrzucenia oferty określona w art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą Pzp. Ponadto, wezwanie do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego byłoby próbą niedopuszczalnej przez ustawę Pzp ingerencji w treść oferty, która ma na celu uzupełnienie treści oferty o elementy pierwotnie w niej niezawarte. Oferta stanowi oświadczenie wykonawcy, które powinno być sformułowane

i skonkretyzowane już w momencie jej złożenia. Nie mogą prowadzić do zmiany formularza ofertowego czyli oferty. Zmiana taka miałaby charakter istotny, gdyż dotyczyłaby zakresu

i sposobu realizacji zamówienia wskazanego w ofercie. Tym bardziej nie można dokonywać zmiany treści oferty na podstawie zobowiązania podmiotu trzeciego.

Powyższe stanowisko potwierdza aktualny Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia

4 września 2024 r. KIO 2920/24. „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). (...)”

Jak z powyższego wynika dopuszczalne jest jedynie rzeczywiste wsparcie wykonawcy polegające na faktycznym zaangażowaniu w wykonanie zamówienia w zakresie wymaganego doświadczenia, dla wykazania którego zasoby podmiotu trzeciego zostały udostępniane. Nie wystarczy natomiast realizacja tylko części robót objętych udostępnionym doświadczeniem.

Innymi słowy, podmiot NEST Baltija nie deklaruje swojego udziału w wykonaniu zamówienia w takim zakresie, jaki wynika z brzmienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w SWZ. 5

W związku z powyższym oferta ACE Instal podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 jako niezgodna z przepisami ustawy Pzp w związku z faktem, że nie został dochowany wymóg określony w art. 118 ust. 2 ustawy Pzp.

W zakresie rozpoznania zarzutu odwołania tj. zarzutu 1 i zarzut 3 odwołania Izba wskazuje, że w ocenie Izby doszło do wadliwej czynności badania i oceny oferty odwołującego, a w konsekwencji odrzucenia tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy, który wskazywał w uzasadnieniu czynności zamawiający, w związku z faktem, że nie został dochowany wymóg określony w art. 118 ust. 2 ustawy.

Izba na wstępie wskazuje, że zgodnie ze stanem faktycznym ustalonym powyżej odwołujący tj. ACE Instal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach(dalej ACE Instal / odwołujący) wskazałw Załączniku nr 1 do IDW – Formularz Oferty,

ż e *następujące części niniejszego zamówienia zamierzam(y) powierzyć podwykonawcom: Dostawy/usługi NEST BALTIJA.*

Jednocześnie do oferty zostało załączone zostało zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów według załącznika nr 5 do SWZ (dalej: Zobowiązanie), zgodnie

z którym to podmiot UAB „NEST Baltija” z siedzibą Piliakalnio (dalej: NEST Baltija) zobowiązał się do udostępniarr wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie: doświadczenie zawodowe.

W ramach wykazania doświadczenia zawodowego – warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 7.2.4.1 i 7.2.4.1.1 SWZ –ACE Instal wskazałw Załączniku nr 3 - Wzór Wykazu wykonanych robót budowlanych doświadczenie nabyte przez NEST Baltija

na realizacji *Projekt ciepłowni biomasowej składającej się z kotłów na olej termalny oraz wodnych o łącznej mocy 34,2 MW oraz instalację (zgodnie z projektem technicznym) Budowa budynków produkcyjnych i magazynowych w miejscowości Menčiųk*. Powyższe ustalenia nie były sporne między stronami postępowania odwoławczego.

Z powyższego wynika w ocenie Izby, że odwołujący ACE Instal na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w

postępowaniu określonego w punkcie 7.2.4.1 i 7.2.4.1.1 SWZ, który odnosi się do posiadania doświadczenia w wykonaniu należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo zakończył co najmniej jedną robotę budowlaną, zakończoną i oddaną do eksploatacji, polegającą na wykonaniu instalacji termicznego przetwarzania biomasy do produkcji ciepła o mocy cieplnej nie mniejszej niż 3,0 MWt wraz
z robotami towarzyszącymi, posłużył się doświadczeniem podmiotu udostępniającego zasoby tj. NEST Baltija. Izba zaznacza w tym miejscu, że zamawiający jednoznacznie wskazał na taką możliwość w postanowieniach SWZ, gdzie w punkcie 10.1 jednoznacznie podał, że wykonawca składający ofertę może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polegać na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby. Zamawiający jednocześnie w punkcie 10.2 SWZ podał, że w odniesieniu do warunku doświadczania wykonawca składający ofertę może polegać na zdolnościach podmiotów udostepniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane.
Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdza, że w ramach przedmiotowego postępowania
o zamówienie wykonawca (ACE Instal) mógł się posłużyć, na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który odnosi się do doświadczenia w realizacji roboty budowlanej (warunek: co najmniej jedną robotę budowlaną) doświadczeniem podmiotu udostępniającego.
Jednakże w ramach złożonej oferty – co podnosił również w swoim stanowisku uzasadniającym podstawy odrzucenia zamawiający – odwołujący nie przewidział
w Załączniku nr 1 do IDW – Formularz Oferty, że w ramach części zamówienia powierzonym podwykonawcom są roboty budowlane. Zgodnie z ustawą roboty budowlane, do jakich referuje zamawiający w treści warunku są zdefiniowane w art. 7 pkt 21 ustawy, podkreślenia wymaga, że zarówno „usługi" jak i „dostawy" również są zdefiniowane w obowiązującej ustawie odpowiednio w art. 7 pkt 28 i 4 ustawy. Zatem posłużenie się w warunku zamówienia określeniem „roboty budowlane" musi być odnoszone do zakresu jaki definiuje ustawa. Tym samym, złożone przez odwołującego ACE Instal oświadczenie w Załączniku
nr 1 do IDW – Formularz Oferty, że*nastepujące części niniejszego zamówienia zamierzam(y) powierzyć podwykonawcom: Dostawy/usługi NEST BALTIJA* - nie może być odczytywane jako powierzenie podwykonawcy w ramach zamówienia robót budowlanych. Więcej, abstrahując od wskazanych w Załączniku nr 1 do IDW – Formularz Oferty pkt 13 podmiotów, odwołujący nie złożył oświadczenia o tym, że zakres „robót budowlanych"
w ogóle zostanie powierzony podwykonawcy.
Zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy w zakresie warunku doświadczenia wykonawca może polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane. Jest to bezpośrednio powiązane z obowiązkiem wykazania podmiotu udostępniającego zasoby jako podwykonawcy, który będzie brał udział w realizacji zamówienia (w tym postępowaniu
o zamówienie w Załączniku nr 1 do IDW – Formularz Oferty pkt 13). W Komentarzu
do Prawa zamówień publicznych UZP pod red. H. Nowak i M. Winiarz (wydanie 1, 2021 rok, str. 453) wprost podano, że oznacza to, że w takich sytuacjach podmioty wspierające wykonawcę muszą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako podwykonawcy. Więcej, zaznaczył to również w treści dokumentów zamawiający w punkcie 10.2 SWZ.
Podsumowując powyższą część argumentacji stwierdzić należy, że odwołujący nie podał
w Załączniku nr 1 do IDW – Formularz Oferty pkt 13, że powierzy podwykonawstwo
w zakresie robót budowlanych podwykonawcy, co oznacza, że nie przewidział realizacji robót budowalnych przez podwykonawcę.
W odniesieniu do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu Izba podkreśla,
że spełnienie warunku udziału w postępowaniu ma wykazać wykonawca składający ofertę, co oznacza, że badaniu zamawiającego podlega, jak podnosił sam zamawiający, całość złożonych dokumentów oraz oświadczeń wykonawcy. ACE Instal złożył określone
w Załączniku nr 1 do IDW – Formularz Oferty pkt 13 oświadczenie woli o tym,
że nie powierza podwykonawcy realizacji robót budowlanych, a co za tym idzie, nie mógł wykazać spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia w realizacji rób budowlanych przy udziale podwykonawcy. Nie mógł zatem skutecznie polegać na doświadczeniu podmiotu udostepniającego w zakresie robót budowlanych. W konsekwencji oznacza to, że ACE Instal nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu. Izba podkreśla w tym miejscu, że warunki udziału w postępowaniu określane są w odniesieniu do wykonawcy, a tenże wykonawca może wykazać
ich spełnienie samodzielnie lub przy udziale podmiotu udostępniającego. Skoro warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do wykonawcy, to brak ich wykazania przez wykonawcę skutkuje zastosowaniem procedury uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy w zakresie, w jakim warunek udziału w postępowaniu nie został wykazany pierwotnie złożonymi dokumentami.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego w odniesieniu do wskazania że *Zamawiający błędnie uznał na podstawie pkt 13 formularza oferty Odwołującego, iż skoro wskazano tam w odniesieniu do UAB Nest Baltija „dostawy/usługi", to UAB Nest Baltija nie będzie świadczył robót budowlanych.* Izba wręcz uznaje to stanowisko odwołującego z odwołania (podsumowanie pkt 7) za niezasadne i sprzeczne z regulacją ustawową jak również z treścią samego oświadczenia woli odwołującego zawartego w ofercie, do której sam się odwołuje. Izba stwierdza, że wydaje się jedynie na potrzeby tego postepowania odwoławczego odwołujący podniósł, że „*wyjaśnienie braku użycia w tym miejscu sformułowania „roboty budowlane" jest trywialne i wynika z tego, że w ramach zamówienia roboty budowlane sensu stricte to śladowa ilość jego wartości, zaś kluczową część prac stanowią usługi budowlane*
i instalacyjno-montażowe. Wskazując więc w pkt 13 formularza oferty „dostawy/usługi"
w odniesieniu do UAB Nest Baltija Odwołujący skupił się na głównym obszarze zakresie prac. Odwołujący potwierdza, że UAB Nest Baltija wykona także roboty budowlane
w zakresie w jakim występują w zakresie zadania". Izba zaznacza, że oświadczenie woli jakie składa wykonawca w ofercie – Formularzu oferty, na etapie oceny ofert nie może zostać zastąpione innym oświadczeniem, bowiem prowadziłoby to do nieuprawnionego negocjowania treści oferty i jej zmiany, która jest niedopuszczalna po terminie składnia ofert (art. 223 ust. 1 ustawy). Tym samym jakiekolwiek wyjaśnienia w tym zakresie nie mogłyby rozszerzyć złożonego oświadczenia przez ACE Instalw Załączniku nr 1 do IDW – Formularz Oferty pkt 13 Powyżej przytoczona argumentacja odwołującego natomiast dowodzi jednoznacznie, że ACE Instal nie podał w zakresie powierzonym podwykonawcom „robót budowlanych". Izba zaznacza, że na kanwie zamówień publicznych określenie „roboty budowlane" jest identyfikowalne i nie sposób trywializować braku wskazania podwykonawstwa w zakresie wymaganego w ramach warunku udziału w postępowaniu doświadczenia właśnie odnoszącego się do robót budowalnych oraz oświadczenia
o zakresie podwykonawstwa. Zamawiający jednoznacznie określił wymagania
co do posłużenia się doświadczeniem podmiotu udostepniającego zasoby oraz jego udziału w realizacji zamówienia, jednoznacznie określił warunek udziału w postępowaniu odnosząc się do robót budowlanych – brak wskazania w zakresie części zamówienia powierzonym podwykonawcom robót budowalnych skutkuje tym, że nie mogą one zostać powierzone podwykonawcy. Tym samym, stwierdzenie odwołującego, że *potwierdza, że UAB Nest Baltija wykona także roboty budowlane w zakresie w jakim występują w zakresie zadania* jest niezgodne ze złożoną ofertą oraz oświadczeniem ACE Instal o zakresie powierzenia podwykonawstwa,*a contrario* o zakresie realizacji (wykonania) zamówienia przez ACE Instal, które nie powierzając podwykonawcom robót budowlanych obowiązane będzie
do ich samodzielnego wykonania. Nie ma również żadnego znaczenia dla oceny złożonego w Załączniku nr 1 do IDW – Formularz Oferty pkt 13 oświadczenia wartość robót budowlanych przewidzianych do realizacji w ramach przedmiotu zamówienia. Izba podkreśla, że kwestia wartości robót budowlanych była sporna pomiędzy stronami
i uczestnikiem postepowania, aczkolwiek mając na uwadze to, że zamawiający jednoznacznie w warunku udziału w postepowaniu wymagał wykazania się doświadczeniem w robotach budowlanych, nie ma w ocenie Izby żadnego znaczenia jaka faktycznie jest wartość robót w zakresie przedmiotowego zamówienia. Spór o wartość robót budowlanych
w zakresie tego zamówienia jednoznacznie dowodzi tego, że w ramach przedmiotu zamówienia niezbędne do realizacji są roboty budowlane, a to dowodzi tego,
że w przypadku, gdy wykonawca chciał powierzyć podwykonawcy roboty budowlane,
to obowiązany był do złożenia takiego oświadczenia woli w Załączniku nr 1 do IDW – Formularz Oferty pkt 13. W konsekwencji, jedynie złożenie takiego oświadczenia
o powierzeniu realizacji robót budowlanych podwykonawcy uprawniało wykonawcę
do wykazania warunku zamówienia posiadanego doświadczenia w zakresie robót budowlanych z wykorzystaniem doświadczenia podmiotu udostepniającego, który musiałby zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy wykonującym te roboty. Izba wskazuje, że to zamawiający określa wymagania w zakresie warunku udziału w postępowaniu i widać w ocenie zamawiającego to doświadczenie w realizacji robót budowlanych, a nie usług czy dostaw, było kluczowym dla oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia (tak art. 112 ust. 1 ustawy).
Izba za wyrokiem z dnia 7 lutego 2025 roku sygn. akt KIO 5024/24 wskazuje, że w ramach rozpoznawanej sprawy odwoławczej podkreślenia wymaga również to, że zgodnie
z ugruntowanym podglądem, zarówno w orzecznictwie Izby jak sądów powszechnych,
a także niezmiennie prezentowanym w doktrynie jest to, że do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego,
co wynika jednoznacznie z art. 8 ust. 1 ustawy. Mając to na uwadze Izba wskazuje
na art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego (dalej: KC), zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest
do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Podkreślenia wymaga, za

wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03, że przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający
od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). W ramach postepowania o udzielnie zamówienia publicznego mamy do czynienia
z profesjonalistami ubiegającymi się o określone zamówienie. Tym samym w stosunku
do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu - jak stanowi art. 355 § 2 KC należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania, a przez to nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistym jego zamiarom. Odwołujący, co w zasadzie sam potwierdził w odwołaniu, nie wykazał się należytą starannością w zakresie składanych oświadczeń, a treść tych oświadczeń woli zawarta w Załączniku nr 1 do IDW – Formularz Oferty pkt 13, na tym etapie postępowania o zamówienie, nie może ulegać zmianie, czego wydaje się też nie chce dostrzegać odwołujący.
Mając na uwadze treść Zobowiązania złożonego przez NEST Baltija według Załącznika nr 5 do SWZ Wzór zobowiązania oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów, w którym podmiot podał: *zrealizuję roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą: …….. (Tak ~~/ Nie)~~* Izba podkreśla, że dokument ten stanowi oświadczenie podmiotu udostepniającego zasoby. Niezależnie od tego, jak ocenimy to zobowiązanie w odniesieniu do zakresu w zasadzie podanego rozłącznie („lub") to kluczowym jest to, że oświadczenie podmiotu udostepniającego nie zastępuje w żaden sposób oświadczenia wykonawcy ACE Instal w Załączniku nr 1 do IDW – Formularz Oferty pkt 13. Są to dwa odrębne oświadczenia różnych podmiotów, a dla oceny zakresu udostępnienia przez NEST Baltija wydaje się
za zasadne przyjęcie ich wartości wspólnych (zbór danych wspólnych) – co oznacza, że skoro ACE Instal w Załączniku nr 1 do IDW – Formularz Oferty pkt 13 powierzył realizację zamówienia podwykonawcy w zakresie dostaw i usług, to jedynie w tym zakresie odnoszącym się do usług Zobowiązanie NEST Baltija można uznać za skutecznie złożone. Przy czym w tym zakresie nie odnosi się ono do udostępnienia zasobów na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, bowiem warunek odnosił się do robót budowlanych. Izba zaznacza w tym miejscu, że mając na uwadze, że wzór załącznika nr 5 jest nieprecyzyjny
i nie sposób wywieść co też miało w nim być podane w powyżej przytoczonym punkcie,
jak również to, że zamawiający w zasadzie przepisał treść ustawy to uwzględniając,
że w miejscach niejasnych należy dokonywać oceny na korzyść wykonawcy Izba przyjęła wykładnie opartą na zbiorze wspólnych informacji.
Izba podkreśla w tym miejscu, mając na uwadze podstawę odrzucenia oferty odwołującego, że czynności zamawiającego w odniesieniu do braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie są i nie mogą być ograniczane czy inaczej wykładane niż stanowią przepisy ustawy. Niezależnie od tego czy wykonawca wykazuje spełnienie warunków udziału w postępowaniu przy wykorzystaniu własnego doświadczenia czy też przy wykorzystaniu udostępnionego potencjału w zakresie doświadczenia, w każdym przypadku
w okolicznościach, gdy ten warunek nie został wykazany, obligatoryjnym jest wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Podkreślić należy, że te regulacje wynikają z regulacji dyrektyw europejskich, a ich stosowanie jest obligatoryjne.
Szczególnym, ale w żaden sposób nieograniczającym powyższego obowiązku zamawiającego, jest odniesienie do przypadku określonego w art. 122 ustawy, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał,
że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. W oparciu o ten przepis kluczowym jest, a co umknęło zamawiającemu w jego uzasadnieniu podstawy odrzucenia oferty odwołującego, że doświadczenie podmiotu udostepniającego miało potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Skoro natomiast wykonawca ACE Instal nie przewidziało podwykonawstwa w zakresie robót budowlanych – czyli nie przewidziało realizacji zamówienia w zakresie robót budowlanych (wykonania robót) przy udziale podwykonawcy – to nie może być mowy o tym, że wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w odniesieniu do wskazanych robót budowlanych mogło być wykazane przy udziale podmiotu udostępniającego. Nie ma znaczenia czy

doświadczenie podmiotu udostepniającego wpisywało się czy nie w zakres warunku udziału w postępowaniu i czy potwierdzało jego spełnienie czy też nie potwierdzało. W ramach tego postępowania o zamówienie, mając na uwadze oświadczenie woli wykonawcy ACE Instal w Załączniku nr 1 do IDW – Formularz Oferty pkt 13 wykazanie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do posiadanego doświadczenia w realizacji robót budowlanych o określonym przez zamawiającego zakresie winno zostać wykazane przez ACE Instal. Natomiast odnosząc się do argumentacji zmawiającego taka interpretacja art. 118 ust. 2 ustawy jaką podnosi i którą przyjmuje jako podstawę odrzucenia oferty odwołującego prowadzi, w tym konkretnym przypadku, do nieuprawnionego ograniczenia ustawowego prawa wykonawcy, a obowiązku zamawiającego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę, zgodnie
z oświadczeniem zawartym w Załączniku nr 1 do IDW – Formularz Oferty pkt 13. Wskazać należy w tym miejscu, że próba interpretacji przepisów jakiej dokonuje zamawiający nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach jak również narusza inne przepisy.
Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że ocena dokumentów złożonych przez odwołującego ACE Instal na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do doświadczenia tj. zakresu Zobowiązania jak i wykazanego doświadczenia w Załącznik
nr 3 - Wzór Wykazu wykonanych robót budowlanych, a dokonana przez zamawiającego,
z uwagi na złożone w Załączniku nr 1 do IDW – Formularz Oferty pkt 13 oświadczenie jest niezasadna, i co najważniejsze wywiedzione wnioski w zakresie podstawy odrzucenia są niewłaściwe. Izba podkreśla ponowienie, że gdyby uznać za właściwą w tym stanie faktycznym interpretację przepisów dokonaną przez zamawiającego wykonawca składający ofertę zostałby pozbawiony przysługującego mu prawa do uzupełnienia dokumentów
na potwierdzenie wykazania spełnienia warunku zamówienia. Zaznaczyć należy,
że nie ma żadnej podstawy do uzależnienia stosowania procedury z art. 128 ust. 1 ustawy od tego w jaki sposób zostaje dokonana wykazanie spełnienia warunku udziału
w postępowaniu. Izba podkreśla, że zmawiający poddają ocenie powyższe dokumenty i odwołując się do art. 118 ust. 2 ustawy odnosił się do dokumentów złożonych wraz z wyjaśnieniami i w oparciu o te dokumenty dokonywał oceny w zakresie deklaracji udziału NEST Baltija w realizacji zamówienia, co należy również uznać za niezasadne, bowiem
to dokumenty przedstawione wraz z ofertą stanowią podstawę do oceny. Dokumenty złożone wraz z wyjaśnieniami nie mogą zmieniać treści przedstawionego Zobowiązania, jak również nie stanowią wykładni autentycznej dla tego Zobowiązania. Izba podkreśla jednakże odwoływanie się zamawiającego do treści oświadczenia woli odwołującego zawartego
w Załączniku nr 1 do IDW – Formularz Oferty pkt 13, oraz to, że odwołujący
w ramach odwołania sam przyznał, że nie podał ww. punkcie 13 zakresu robót budowlanych. Tym samym w ocenie Izby niezasadne było powołanie się na doświadczenie podmiotu udostępniającego, które w efekcie prowadziło do konieczności uznania braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy z odwołaniem do art. 118 ust. 2 ustawy.
W odniesieniu do zasad Prawa zamówień publicznych Izba podkreśla, że każdy przepis ustawy Prawo zamówień publicznych powinien być interpretowany - a działanie i zaniechanie zamawiającego oceniane - przez pryzmat kluczowej zasady wskazanej w art. 16 ustawy czyli uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowanie wykonawców, przejrzystości, jawności, proporcjonalności itp. są również sposobami realizacji zasady uczciwej konkurencji.
W ramach realizacji powyższych zasad odnieść się warto do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, tak np.: postanowienie z dnia 13 lipca 2017 r.
w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil et Saferoad Kabex: *"W tym względzie należy po pierwsze przypomnieć, że zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Po drugie, obowiązek przejrzystości, który wprost wynika z rzeczonej zasady, ma na celu wyeliminowanie ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób,*
a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (podobnie wyroki: z dnia 6 listopada 2014 r., Cartiera dell'Adda, C- 42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44
i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 36). Trybunał orzekł również, że zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązujące we wszystkich przetargach publicznych

wymagają tego,
by warunki materialne i formalne dotyczące udziału w przetargu były jasno z góry określone
i podane do publicznej wiadomości, zwłaszcza w zakresie obowiązków ciążących
na oferentach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów (zob. podobnie wyroki: z dnia 9 lutego 2006 r., La Cascina i in., C-226/04 i C-228/04, EU:C:2006:94, pkt 32; a także z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 37)". Jednoznacznie i jasno Trybunał wyjaśnił, że to na podstawie specyfikacji warunków zamówienia wykonawca składa ofertę i warunki jakie w specyfikacji zostają określone obowiązują wszystkich wykonawców, oraz jednoznacznie wynika z tego, że ukształtowane wymagania nie mogą być zmieniane przez Zamawiającego po terminie na złożenie ofert. Izba wskazuje również na pogląd wyrażony przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s.: *"W zakresie dotyczącym art. 2 dyrektywy 2004/18 [zasada uczciwej konkurencji] należy przypomnieć, że jednym z głównych celów zasad prawa Unii z dziedziny zamówień publicznych jest zapewnienie swobodnego przepływu usług i otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich. W celu osiągnięcia tego podwójnego celu prawo Unii stosuje*
w szczególności zasadę równego traktowania oferentów oraz wynikający z nich obowiązek przejrzystości (...) Co się tyczy obowiązku przejrzystości, ma on zasadniczo na celu wyłączenie ryzyka faworyzowania i arbitralności ze strony instytucji zamawiającej (...).
W zakresie udzielania zamówień art. 2 dyrektywy 2004/18 wymaga, by instytucje zamawiające dochowały tych samych zasad i obowiązków. (...)." Podnieść należy w tym miejscu, że oprócz powtórzenia kwestii związanych z równością traktowania wykonawców, na uwagę zasługuje zasada wskazana przez Trybunał - że to na wykonawcach spoczywa obowiązek dochowania staranności przy formułowaniu (składaniu) oferty, w każdym jej zakresie. W tym w zakresie złożenia oświadczenia w odniesieniu do zakresu przewidzianego udziału podwykonawców w realizacji zamówienia.

Izba, w obliczu powyższego, za bezpodmiotowe uznała dowody przedstawione przez odwołującego załączone do odwołania. Podkreślić należy, że w oświadczeniu zawartym
w Załączniku nr 1 do IDW – Formularz Oferty pkt 13 odwołującyACE Instal nie przewidział realizacji robót budowlanych przez podwykonawcę. W efekcie nie może posłużyć się skutecznie doświadczeniem podmiotu udostępniającego dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie robót budowlanych, w konwekcji nie ma znaczenia
dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania relacja ACE Instal z NEST Baltija oraz
nie ma znaczenia zakres uzgodnionego pomiędzy tymi podmiotami podwykonawstwa.
W ramach postępowania o zamówienie publiczne wykonawca ACE Instal w ofercie
w Załączniku nr 1 do IDW – Formularz Oferty pkt 13 złożył jednoznaczne oświadczenie,
co potwierdził również w odwołaniu sam odwołujący podając, że w ramach podwykonawstwa nie zostały przewidziane roboty budowlane.
Izba oddaliła wniosek o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków z uwagi
na to, że wniosek ten, w ocenie Izby, służył jedynie przewlekłości postępowania,
co uzasadnia fakt, że postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone jest, zgodnie z art. 20 ustawy, co do zasady prowadzi się pisemnie. Okoliczności na jakie powołany został dowód z przesłuchania świadków podlegają ocenie na podstawie przedstawianych w ramach postępowania o zamówienie dokumentów i niezależnie od zeznań świadków to te dokumenty podlegają ocenie. Jednocześnie, podobnie jak w przypadku dokumentów załączonych do odwołania, o których mowa powyżej, w obliczu oświadczenia zawartego
w Załączniku nr 1 do IDW – Formularz Oferty pkt 13, gdzie ACE Instal jednoznacznie nie przewidział realizacji robót budowlanych przy udziale podwykonawcy, nie ma znaczenia relacja prawna ACE Instal z NEST Baltija oraz nie ma znaczenia zakres uzgodnionego pomiędzy tymi podmiotami podwykonawstwa.

Izba uznała za zasadne zarzuty 1 i 3 odwołania, bowiem w Załączniku nr 1 do IDW – Formularz Oferty pkt 13 w ofercie odwołującego nie wskazano w ramach przewidzianego podwykonawstwa realizacji robót budowlanych, tym samym w ocenie Izby odrzucenie oferty odwołującego w oparciu o badanie dokumentu Zobowiązania podmiotu udostepniającego oraz Wykazu robót budowlanych oraz pozostałych złożonych przez wykonawcę
w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień na podstawie o art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy
w powiązaniu z art. 118 ust. 2 ustawy, w oparciu o argumentację przedstawioną powyżej, było niezasadne.
Izba zaznacza dla porządku, że w zakresie wyboru oferty A. odwołujący
nie przedstawił żadnych faktycznych argumentów uzasadniających nieskuteczność
czy wadliwość dokonanego przez zamawiającego wyboru tej oferty. Izba stwierdza, że ujęty w zarzutach wybór ww. wykonawcy stanowi konsekwencję odrzucenia oferty odwołującego, który jako wybór oferty nie był kwestionowany przez postawienie zarzutów w zakresie oceny oferty A..
W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 24 stycznia 2025 roku tj. wyboru oferty

wykonawcy A. spółka z ograniczona odpowiedzialnością
z siedzibą w Strzelcach Opolskich jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu
o zamówienie oraz odrzucenia oferty odwołującego. Izba nakazała również zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Izba nie wskazała czynności jakie winien wykonać w ramach powtórzenia czynności badania i oceny ofert zamawiający, bowiem
w zakresie zarzutów odwołania nie zostały podniesione zajechania czynności jakie Izba uznałaby za zasadne, a jakich w winku rozpoznania zarzutów odwołania, miałaby możliwość nakazania.

W zakresie zarzutu (2) naruszenia art. 118 ust. 1 – 4 w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy,
a także w zw. z art. 16 ust. 1-3 ustawy przez zaniechanie czynności wezwania odwołującego do wyjaśnienia lub poprawienia dokumentu pn. „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów" z 17 października 2024 roku, pomimo że obowiązek do podjęcia takich czynności wynika bezpośrednio z przepisów ustawy, a co doprowadziło do wyboru oferty która nie była najkorzystniejsza **– <u>Izba uznała zarzut za niezasadny</u>**
W zakresie rozpoznania zarzutu 2 Izba w całości przyjmuje argumentację zawartą
w rozpoznaniu zarzutu 1 i 3 odwołania i w tym miejscu uznaje za zasadną i właściwą
dla rozpoznania tego zarzutu (2) odwołania .
Mając na uwadze, że w Załączniku nr 1 do IDW – Formularz Oferty pkt 13, odwołujący składając oświadczenie o zakresie czynności powierzonych podwykonawcy nie przewidział realizacji robót budowalnych przez podwykonawcę – co potwierdził sam odwołujący w treści odwołania – nie ma podstawy do podejmowania czynności w zakresie dokumentów dotyczących udostępnionego przez NEST Baltija, na rzecz odwołującego, potencjału.
Korzystanie przez wykonawcę z zasobów podmiotu udostępniającego, zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy, wykorzystywane jest w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, w okolicznościach, w których podmiot udostępniający będzie realizował te roboty w ramach wykonania zamówienia. Tym samym, skoro nie przewidział odwołujący realizacji zamówienia przy udziale podwykonawcy w zakresie robót budowalnych, to nie ma skutecznej możliwości wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do doświadczenia związanego z robotami budowalnymi przy wykorzystaniu doświadczenia podmiotu udostępniającego, a tym samym nie ma podstawy do korzystania z potencjału podmiotu udostepniającego w tym zakresie. W konsekwencji, skoro nie ma podstawy do uznania skutecznego polegania przez ACE Instal na potencjale udostępnianym przez NEST Baltiją bo nie przewidział ACE Instal podwykonawstwa w zakresie robót budowlanych (i nie można treści oferty w tym zakresie zmienić po terminie składania ofert) to bezprzedmiotowe
dla oceny staje się Zobowiązanie, tym samym nie ma podstawy do oceny w zakresie podnoszonego przez odwołującego zaniechania wezwania do wyjaśnienia lub uzupełniania Zobowiązania NEST Baltija.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i zdefiniowanych
co do wymagań w SWZ. Szczególna regulacja postępowań o udzielnie zamówienia publicznego zobowiązuje zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SWZ, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

<u>Koszty:</u>
Izba uwzględniła odwołanie w części w zakresie zarzutów 1 i 3 odwołania. W zakresie zarzutu 2 odwołanie uznaje za niezasadne.
Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy
z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1 oraz ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).
Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodnicząca: ……..