

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Sikorska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2025 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2025 r. przez wykonawcę **ERBUD Spółka akcyjna w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. T.S. PUM w Szczecinie**

Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie odwołującego: wykonawca **Korporacja Budowlana DORACO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku**

Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **A. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Strzelcach Opolskich, A. Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320) poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Strzelcach Opolskich, A. Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** do poprawienia lub uzupełnienia zobowiązania do oddania wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: **A. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Strzelcach Opolskich, A. Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** do dyspozycji niezbędnych zasobów, złożonego przez podmiot trzeci – Wodpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Żywcu, udostępniającego zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, i nakazuje zamawiającemu – **Uniwersytekiemu Szpitalowi Klinicznemu nr 1 im. prof. T.S. PUM w Szczecinie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Strzelcach Opolskich, A. Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** do poprawienia lub uzupełnienia zobowiązania do oddania wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: **A. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Strzelcach Opolskich, A. Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** do dyspozycji niezbędnych zasobów, złożonego przez podmiot trzeci – Wodpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Żywcu, udostępniającego zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, i dokonanie ponownej oceny ofert,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ERBUD Spółka akcyjna w Warszawie** (w części stanowiącej ¾ kosztów postępowania odwoławczego) oraz zamawiającego – **Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. T.S. PUM w Szczecinie** (w części stanowiącej ¼ kosztów postępowania odwoławczego) i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwoty:

- **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), **968 zł 01 gr** (słownie: dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych jeden grosz), poniesione przez wykonawcę **ERBUD Spółka akcyjna w Warszawie** tytułem – odpowiednio – wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby,
- kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez zamawiającego – **Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. T.S. PUM w Szczecinie** – z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2. zasądza od zamawiającego – **Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego nr 1 im. prof. T.S. PUM w Szczecinie** rzecz wykonawcy **ERBUD Spółka akcyjna w Warszawie** kwotę **3 442 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące czterysta czterdzieści dwa złote zero groszy), stanowiącą różnicę pomiędzy poniesionymi a zasądzonymi kosztami postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu zamówień publicznych.

Sygn. akt: KIO 364/25

Uzasadnienie

Zamawiający – **Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. T.S. PUM w Szczecinie** – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest budowa Uniwersyteckiego Centrum Zabiegowego dla Dzieci w Samodzielnym Publicznym Szpitalu Klinicznym Nr 1 im. prof. T. Sokółowskiego Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie – Etap 2.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 31 stycznia 2025 r. wykonawca **ERBUD Spółka akcyjna w Warszawie** (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec zaniechania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do których zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy P.z.p. oraz niezgodnych z przepisami ustawy P.z.p. czynnościach zamawiającego, polegających na:

- wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. Sp. z o.o. w Strzelcach Opolskich** oraz **A. Warszawa Sp. z o.o. w Warszawie** (zwanych dalej wspólnie „w.A.” lub „p.A.”) jako najkorzystniejszej oferty;
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy A.;
- zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty;

Wobec wskazanych powyżej czynności i zaniechań zamawiającego odwołujący podniósł zarzuty naruszenia:

I. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy w związku z art. 118 ust. 2, 3 i 4 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A., pomimo iż wykonawca ten nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, gdyż nie wykazał realności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego – **Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu** udostępniającego zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia;

II. ewentualnie art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania wykonawcy A. do poprawienia lub uzupełnienia zobowiązania do oddania wykonawcy A. do dyspozycji niezbędnych zasobów złożonego przez podmiot trzeci – **Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu** udostępniającego zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia;

III. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy w związku z art. 118 ust. 2, 3 i 4 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A., pomimo iż wykonawca ten nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, gdyż podmiot udostępniający zasoby – **Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu** nie posiada doświadczenia wymaganego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu;

IV. ewentualnie art. 128 ust. 1, 4 i 5 ustawy P.z.p. poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie:

- wezwania wykonawcy A. do uzupełnienia wykazu robót z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, który określony został w Rozdziale IX pkt 4 pkt a) 1 SWZ,

- bądź wezwania wykonawcy A. do przedstawienia dowodu na to, że roboty wskazane pod pozycją nr 1 złożonego wykazu robót obejmowały dostawę i montaż wyposażenia medycznego,

- względnie wezwania wykonawcy A. do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego wykazu robót w zakresie robót wskazanych pod pozycją nr 1 w tym wykazie w zakresie tego, czy roboty te obejmowały dostawę i montaż wyposażenia medycznego,

- względnie zwrócenia się bezpośrednio do zamawiającego roboty wskazane pod pozycją nr 1 wykazu robót złożonego przez wykonawcę A. o przedstawienie informacji lub dokumentów istotnych w zakresie oceny czy roboty te obejmowały dostawę i montaż wyposażenia medycznego.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wniósł o:

1. przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na wskazane tam fakty;

2. uwzględnienie odwołania;

3. nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

b) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;

c) odrzucenia oferty wykonawcy A. lub alternatywnie wezwania wykonawcy A. do wyjaśnienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych;

d) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty niepodlegającej odrzuceniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

4. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zgodnie z przedłożonymi podczas rozprawy rachunkami.

Odwolujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest wykonawcą zdolnym do jego wykonania, który złożył ofertę, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Odwołujący domaga się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postaci oferty wykonawcy A. oraz odrzucenia oferty A.. W konsekwencji druga pod względem kryteriów oceny ofert oferta odwołującego, która nie podlega odrzuceniu, zostanie uznana za najkorzystniejszą. Oznacza to, że odwołujący, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p., może ponieść realną szkodę w postaci niezrealizowania zamówienia, które ma możliwość uzyskać.

Uzasadniając zarzuty I i II odwołania odwołujący podniósł, że wykonawca A. nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na niewykazanie realności udostępnionych zasobów. Przedłożone przez wykonawcę A. zobowiązanie podmiotu trzeciego – WODPOL Sp. z o.o. w Żywcu udostępniającego zasoby w zakresie doświadczenia, co ma stanowić spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale IX pkt 4 ppkt a)1 SWZ, nie spełnia bowiem wymagań wynikających z powyższego przepisu art. 118 ust. 4 ustawy P.z.p. W celu wykazania spełnienia ww. warunku wykonawca A. posłużył się zasobami ww. podmiotu trzeciego. Jednak udostępnienie zasobów należy uznać za nieskuteczne, gdyż wykonawca A. nie wykazał, czy na etapie realizacji zamówienia, rzeczywiście będzie dysponował udostępnionymi zasobami ani w jakim zakresie. Z załączonego do oferty wykonawcy A. zobowiązania Wodpol Sp. z o.o. nie wynika, co faktycznie udostępnił ww. podmiot trzeci ani w jakim zakresie będzie brał udział w realizacji zamówienia.

W związku z powyższym, w ocenie odwołującego, stwierdzić należy, iż udostępnienie ma charakter jedynie pozorny. Wskazując na to następujące okoliczności:

a) do oferty zostało załączone zobowiązanie do udostępniania zasobów udzielone przez Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu, a także JEDZ tego podmiotu;

b) w odpowiedzi na wezwanie został złożony wykaz robót, w którym wskazano, iż wykazującym doświadczenie pod pozycją nr 1 wykazu jest Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu, zaś doświadczenie to ma wynikać z realizacji inwestycji pn. „Budowa Nowego Szpitala Powiatowego w Żywcu wraz z infrastrukturą techniczną oraz zagospodarowaniem terenu przy ul. Pola Lisickich 80 w Żywcu”;

c) podkreślenia wymaga, iż w zobowiązaniu ww. podmiotu trzeciego znajduje się jedynie następująca informacja dotycząca zakresu udziału przy wykonywaniu zamówienia: „Wodpol Sp. z o.o. będzie uczestniczył w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia” oraz następująca informacja o sposobie wykorzystania zasobów udostępnionych przez ww. podmiot trzeci: „Wodpol Sp. z o.o. będzie uczestniczył w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie robót i usług do realizacji których wymagane są udostępnione zasoby”;

d) powyższa treść znajduje się również w pkt 11 L.p. 3 formularza ofertowego wykonawcy A. w odniesieniu do części (zakresu) zamówienia, jaka ma być zlecona podwykonawcom w ramach realizacji Zamówienia;

e) w JEDZ konsorcjantów wykonawcy A. wskazano natomiast, iż na dzień składania oferty podwykonawcy nie są znani;

f) określenie zakresu robót podmiotu trzeciego nie zawiera również JEDZ złożony przez ten podmiot. Powyższe oznacza, iż wykonawca A. nie dysponuje zasobami w sposób wymagany przez ustawę P.z.p. Wbrew wymaganiom zawartym wyraźnie w ustawie P.z.p. oraz powołanym w SWZ, z treści zobowiązania Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu nie wynika, iż podmiot ten rzeczywiście wykona jakiegokolwiek roboty budowlane oraz jaki będzie ich realny przedmiot i zakres (oraz sposób i okres ich wykorzystywania), co powoduje jednocześnie pozorność dysponowania przez wykonawcę A. zasobami niezbędnymi do rzetelnej realizacji Zamówienia. Nieokreślone i niesprecyzowane uczestniczenie „w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia” czy „w zakresie robót i usług do realizacji których wymagane są udostępnione zasoby” przez podmiot udostępniający, nie wyczerpuje dyspozycji art. 118 ust. 2 ustawy P.z.p. Stanowi faktycznie blankietowe powołanie generalnej (uniwersalnej) i abstrakcyjnej, nieco jedynie zmodyfikowanej treści art. 118 ust. 4 ustawy P.z.p. Zgodnie z treścią tego przepisu: „w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”. Przedłożone zobowiązanie w żaden sposób nie odnosi się do faktycznego wykonania przez podmiot trzeci posiadający niezbędną wiedzę i doświadczenie robót budowlanych, wskazując jedynie na enigmatyczne sformułowania „w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia” czy „w zakresie robót i usług do realizacji których wymagane są udostępnione zasoby”. Przeciwnie, treść zobowiązania wskazuje na taką właśnie pozorność dysponowania zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia i wykazywanymi na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, do której wyeliminowania dążył ustawodawca w przepisie art. 118 ust. 2 ustawy P.z.p. Odwołujący zaznaczył, iż wykonawca A. w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale IX pkt 4 ppkt a)1 SWZ w całości polega na doświadczeniu Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu. Podmiot udostępniający zdolności, zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy P.z.p., musi wykonać te roboty, do realizacji których te zdolności są wymagane, co zamawiający dodatkowo jeszcze podkreślił w uwadze zawartej w Rozdziale IX *in fine* SWZ. W niniejszym przypadku wymóg ten dotyczy wykonania zdecydowanej większości Zamówienia przez ten podmiot. Wykonawca A. ma zatem obowiązek wskazać precyzyjnie, jakie roboty wykona ww. podmiot, tak by zamawiający miał pewność, że przedmiot zamówienia zostanie wykonany przez podmiot doświadczony i dający gwarancję należytego ich wykonania. Określenia “w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia” czy “w zakresie robót i usług do realizacji których wymagane są udostępnione zasoby” nie stanowi wymaganego określenia zakresu robót, jaki Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu ma wykonywać.

Odwolujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym: wyrok z 4 marca 2021 r., sygn. akt KIO 442/21, wyrok z 11 maja 2018 r., KIO 764/18 oraz wyrok z dnia 7 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 782/22.

Odwolujący stwierdził, że w rozpoznawanym przypadku doszło do naruszenia art. 118 ust. 2 ustawy P.z.p., uniemożliwiającego uznanie, iż wykonawca A., polegając na zasobach udostępnionych przez Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu, wykazał skutecznie spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co winno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy P.z.p.

Jako ewentualny zarzut względem powyższego odwołujący wskazał na naruszenie przez zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy A. do poprawienia lub uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego – Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu w zakresie precyzyjnego określenia zakresu robót, jaki wykonać ma ten

podmiot. Uznać bowiem należy, iż zobowiązanie Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu złożone przez wykonawcę A. w załączeniu jego oferty nie jest kompletne w odniesieniu do określenia zakresu, w jakim ww. podmiot udostępniający zasoby zrealizuje roboty budowlane, których dotyczy doświadczenie tego podmiotu.

Uzasadniając zarzuty III i IV odwołania odwołujący podniósł, że określony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu określony w Rozdziale IX pkt 4 pkt a)1 SWZ dotyczył wykazania posiadania doświadczenia w zakresie realizacji roboty budowlanej obejmującej m.in. „dostawę i montaż wyposażenia medycznego”.

Warunek ten w przypadku wykonawcy A. ma spełniać realizacja przez podmiot udostępniający zasoby – Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu realizacja inwestycji pn. „Budowa Nowego Szpitala Powiatowego w Żywcu wraz z infrastrukturą techniczną oraz zagospodarowaniem terenu przy ul. Pola Lisickich 80 w Żywcu”.

Odwołujący stwierdził, że analizując treść dotyczącej tej inwestycji referencji (List referencyjny ICZ Properties Sp. z o.o. w Żywcu z dnia 24 lutego 2020 r.) złożonej na wezwanie zamawiającego zauważyć jednak należy, iż nie wynika z niej, by w ramach tej inwestycji Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu zrealizowała dostawę i montaż wyposażenia medycznego. W referencji tej szczegółowo natomiast opisano dostawę i montaż innego wyposażenia, a mianowicie „W tym, zakres prac obejmował również dostawę, montaż oraz uruchomienie wyposażenia kuchni i zaplecza gastronomicznego o całkowitej wartości 1.748.769,94 zł brutto (tj. 1.421.764,18 zł netto).” Wyposażenie kuchni i zaplecza gastronomicznego jest znacznie mniej istotne (w przypadku realizacji szpitala) od wyposażenia medycznego. Wobec powyższego uzasadnionym jest przyjęcie, że skoro w treści przedmiotowej referencji opisano dostawę i montaż, w tym wartość wyposażenia kuchni i zaplecza gastronomicznego, to jednocześnie brak opisanie dostawy i montażu wyposażenia medycznego świadczy o tym, że Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu nie zrealizowała w ramach tej inwestycji dostawy i montażu wyposażenia medycznego. Odwołujący zaznaczył, że treść referencji w pozostałym zakresie opisuje wykonane pomieszczenia funkcji opieki medycznej, a nie wyposażenia tych pomieszczeń.

W ocenie odwołującego powyższe również uniemożliwia uznanie, iż wykonawca A. polegając na zasobach udostępnionych przez Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu wykazał skutecznie spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co winno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy P.z.p.

Odwołujący wskazał, że oczywistym w tym kontekście jest, że ciężar wykazania, że zrealizowana przez Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu inwestycja pn. „Budowa Nowego Szpitala Powiatowego w Żywcu wraz z infrastrukturą techniczną oraz zagospodarowaniem terenu przy ul. Pola Lisickich 80 w Żywcu” obejmowała dostawę wyposażenia medycznego leży po stronie wykonawcy A., jako wywodzącego z tego skutek prawny spełnienia warunku udziału w Postępowaniu.

Jako ewentualny zarzut względem powyższego odwołujący wskazuje na naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 128 ust. 1, 4 i 5 ustawy P.z.p. poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie:

- wezwania wykonawcy A. do uzupełnienia wykazu robót z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście potwierdzającego spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, który określony został w Rozdziale IX pkt 4 pkt a)1 SWZ,

- bądź wezwania wykonawcy A. do przedstawienia dowodu na to, że roboty wskazane pod pozycją nr 1 złożonego wykazu robót obejmowały dostawę i montaż wyposażenia medycznego,

- względnie wezwania wykonawcy A. do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego wykazu robót w zakresie robót wskazanych pod pozycją nr 1 w tym wykazie w zakresie tego, czy roboty te obejmowały dostawę i montaż wyposażenia medycznego,

- względnie zwrócenia się bezpośrednio do zamawiającego robót wskazanych pod pozycją nr 1 wykazu robót złożonego przez wykonawcę A. o przedstawienie informacji lub dokumentów istotnych w zakresie oceny czy roboty te obejmowały dostawę i montaż wyposażenia medycznego.

W opinii odwołującego uznać bowiem należy, iż z przedłożonej przez wykonawcę A. referencji dotyczącej robót wykonanych przez Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu wynika, iż roboty te nie obejmowały dostawy i montażu wyposażenia medycznego, co było konieczne celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale IX pkt 4 pkt a)1 SWZ.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił wykonawca Korporacja Budowlana DORACO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku (dalej: przystępujący Doraco). Przystępujący Doraco w piśmie procesowym z dnia 2 marca 2025 roku oświadczył, że popiera zarzuty sformułowane przez odwołującego. Przystępujący Doraco wskazał ponadto na warunek udziału w postępowaniu określony w rozdz. IX pkt 4 pkt a)1 SWZ, zgodnie z którym zamawiający uzna, że wykonawca posiada wymagane warunki techniczne i/lub zawodowe zapewniające należyte wykonanie zamówienia, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał jedną robotę budowlaną polegającą na wybudowaniu nowego, przebudowie lub rozbudowie budynku użyteczności publicznej o wartości ww. roboty budowlanej co najmniej 100.000.000 (sto milionów) złotych brutto. Przystępujący Doraco podniósł, że podmiot trzeci – Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu nie zrealizował w takim zakresie inwestycji pn. „Budowa Nowego Szpitala Powiatowego w Żywcu wraz z infrastrukturą techniczną oraz zagospodarowaniem terenu przy ul. Pola Lisickich 80 w Żywcu”. Głównym wykonawcą tego zadania była bowiem hiszpańska firma Aldeza – polski oddział firmy Aldeza Construcciones. W listopadzie 2017 roku firmę Aldeza zastąpiła spółka Wodpol, przy czym w momencie zmiany wykonawcy wykonany już był obiekt w stanie surowym wraz z częścią instalacji. Tym samym uznać należy, że Wodpol Sp. z o.o. dokończyła prace budowlane na przedmiotowej inwestycji w Żywcu, jednakże nie można uznać, że „wybudowała nowy, przebudowała lub rozbudowała” budynek użyteczności publicznej, tj. referencyjny szpital w Żywcu.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 lutego 2025 roku zamawiający wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w treści uzasadnienia odpowiedzi na odwołanie, celem stwierdzenia przywołanych tam faktów.

W kontekście podniesionych przez odwołującego zarzutów nr I oraz II zamawiający zauważył, że oparte one są o literalne i oderwane od kontekstu innych dokumentów znajdujących się w aktach postępowania rozumienie użytego w zobowiązaniu podmiotu trzeciego zwrotu: „Wodpol będzie uczestniczył w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie robót i usług do realizacji, których wymagane są udostępnione zasoby”. Z treści referencji z dnia 24.02.2020 r. oraz z wykazu robót budowlanych wprost zaś wynika, w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby Wodpol sp. z o.o. posiada doświadczenie oraz zasoby, które może udostępnić w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Podmiot ten brał udział w budowie budynku Szpitala w Żywcu o powierzchni zabudowy 7.112 m², powierzchni użytkowej 13.460 m², powierzchni całkowitej m2 i kubaturze 96.041 m³ wraz z powierzchnią 16.023 m² - budynek ten posiadał też 4 sale operacyjne oraz oddziały łóżkowe ponad wymagany przez zamawiającego limit. Treść zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów wykonawcy nie budzi w ocenie zamawiającego zastrzeżeń, w zakresie tego, w jakim zakresie zasoby będą udostępnione, o ile weźmie się pod uwagę całość dokumentacji postępowania, w szczególności referencje Wodpol sp. z o.o. oraz wykaz robót budowlanych. W świetle powyższego, zarzuty odwołującego nr I oraz II należy uznać za niezasadne, gdyż opierają się na wybiórczej interpretacji zobowiązania podmiotu trzeciego, nieuwzględniającej całości dokumentacji postępowania. Przede wszystkim należy podkreślić, że zobowiązanie podmiotu trzeciego, jakim jest Wodpol sp. z o.o., pozostaje w pełni zgodne z wymaganiami zamawiającego, zarówno w zakresie merytorycznym, jak i formalnym. Wskazanie, iż Wodpol „będzie uczestniczył w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie robót i usług, do realizacji których wymagane są udostępnione zasoby”, nie może być interpretowane w oderwaniu od treści dokumentów, które jednoznacznie wskazują na zakres doświadczenia i posiadanych zasobów tego podmiotu. Co więcej, z referencji z dnia 24.02.2020 r. oraz wykazu robót budowlanych wynika wprost, iż Wodpol sp. z o.o. brał czynny udział w realizacji inwestycji o wysokim stopniu skomplikowania, tj. budowie budynku Szpitala

w Żywcu, o parametrach istotnie przewyższających wymagania określone przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, a dodatkowo pozostawał tam Generalnym Wykonawcą. Doświadczenie to jednoznacznie wskazuje, że podmiot ten posiada odpowiednie zasoby kadrowe, organizacyjne i techniczne, które mogą być udostępnione wykonawcy

w sposób wystarczający do realizacji zamówienia. W ocenie zamawiającego odwołujący się w sposób błędny i nieuprawniony traktuje wskazane w zobowiązaniu sformułowanie jako oderwane od kontekstu całości dokumentacji, w szczególności referencji oraz wykazu robót budowlanych. W rzeczywistości, jednakże, dopiero analiza tych dokumentów w sposób kompleksowy pozwala na właściwą ocenę zakresu udostępnienia zasobów oraz ich adekwatności do przedmiotu zamówienia. W związku z tym twierdzenia odwołującego nie znajdują uzasadnienia, a tym samym brak jest podstaw do uznania rzekomych naruszeń zasad prowadzenia postępowania przez zamawiającego.

Zamawiający stwierdził, że samo zobowiązanie podmiotu trzeciego stanowi oświadczenie woli, które podlega wykładni stosownie do art. 8 ustawy P.z.p. w zw. z art. 65 Kodeksu cywilnego. Postępowanie w sprawie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym, jednak nie jest procesem formułkowym. Zgodnie z art. 8 ustawy P.z.p. do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie zaś z art. 65 § 1 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Zamawiający przywołał orzecznictwo Sądu Najwyższego, z którego wynika, że zgodnie z art. 65 § 1 K.c., oprócz kontekstu językowego, przy interpretacji oświadczenia woli należy brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny, na który składają się w szczególności dotychczasowe doświadczenia stron. Sąd Najwyższy w wyroku z 8 października 2004 r., sygn. akt V CK 670/03 wskazał, iż przyjęta na tle art. 65 K.c. w uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95 i późniejszych orzeczeniach Sądu Najwyższego tzw. kombinowana metoda wykładni przynajmniej w przypadku oświadczeń woli składanych innej osobie pierwszeństwo temu znaczeniu oświadczenia, które rzeczywiście nadawały mu obie strony w chwili jego złożenia (subiektywny wzorzec wykładni). Podkreślenia wymaga też wyrok Sądu Najwyższego z 14 grudnia 2016 r., sygn. akt II PK 276/15, w którym stwierdzono, że jeżeli w świetle innych reguł wykładni nie da się jednoznacznie ustalić sensu oświadczenia woli, to należy przyjąć takie jego znaczenie, jakie nie jest sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego, a które pozwala osiągnąć cel składającego oświadczenie woli, przy założeniu, że jest on osobą działającą racjonalnie, a więc dobierającą efektywne środki działania dla osiągnięcia zamierzonego celu. Przy wykładni oświadczeń woli postuluje się przy tym życzliwość ich interpretację wspomagającą uznanie czynności prawnej za ważną.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż celem regulacji prawnych w zakresie wykazywania zasobów podmiotów trzecich jest zagwarantowanie, że wykonawca rzeczywiście będzie miał dostęp do wymaganych zasobów na etapie realizacji zamówienia. Oświadczenie podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów należy zatem rozpatrywać nie tylko w aspekcie jego treści językowej, ale także w odniesieniu do całokształtu okoliczności, które potwierdzają rzeczywistą zdolność tego podmiotu do udziału w realizacji zamówienia. W świetle powyższego bezzasadne są twierdzenia odwołującego, jakoby zobowiązanie Wodpol sp. z o.o. było nieprecyzyjne lub niewystarczające dla wykazania, że wykonawca będzie mógł korzystać z zasobów podmiotu trzeciego. Zamawiający przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym: wyrok KIO z dnia 19.06.2024 r., KIO 1805/24, LEX nr 3746257 oraz wyrok KIO z dnia 20.02.2023 r., KIO 322/23, LEX nr 3510590 i stwierdził, iż z orzecznictwa tego wynika, że przy ocenie dokumentów składanych w postępowaniach przetargowych należy brać pod uwagę nie ich literalne brzmienie, ale rzeczywistą treść nadaną im przez strony, w kontekście wszystkich okoliczności, złożonych dokumentów oraz doświadczeń zamawiającego. Zamawiający podkreślił, że udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci nie oznacza konieczności wykonywania przez ten podmiot wszystkich czynności objętych zakresem zamówienia, lecz jedynie tych, do realizacji których wymagane są przekazywane zasoby. W tym kontekście kluczowe jest, iż z dokumentacji postępowania jednoznacznie wynika, że Wodpol sp. z o.o. dysponuje doświadczeniem oraz zasobami adekwatnymi do zakresu zamówienia, co znajduje potwierdzenie w przedłożonych referencjach oraz wykazie robót budowlanych. Zamawiający zaznaczył, że ustawodawca w art. 118 ustawy P.z.p. przewidział możliwość korzystania przez wykonawcę z zasobów innych podmiotów, pod warunkiem, że wykaże, iż będzie mógł z nich rzeczywiście skorzystać przy realizacji zamówienia. Takie wykazanie może mieć miejsce m.in. poprzez stosowne zobowiązanie podmiotu trzeciego, poparte dowodami na posiadanie przez ten podmiot niezbędnych zasobów oraz doświadczenia. W przedmiotowym przypadku te przesłanki zostały spełnione, a zarzuty odwołującego są próbą sztucznego zawężenia dopuszczalnego sposobu wykazywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający zauważył, że szpital w Żywcu, którego generalnym wykonawcą był właśnie Wodpol sp. z o.o. został bardzo wysoko oceniony w ramach prestiżowego konkursu Modernizacja Roku i Budowa XXI wieku, uzyskując w nim tytuł budowy XXI wieku w kategorii obiekty zdrowia. Świadczy to o tym, że Wodpol sp. z o.o. posiada realne doświadczenie przy wykonywaniu robót w zakresie wymagań stawianych wykonawcom i działa na rynku od wielu lat, co również wskazuje na realność przedłożonego zobowiązania podmiotu trzeciego, a nie jego pozorność. Trudno, bowiem zakładać, że podmiot o ugruntowanej pozycji na rynku składałby zobowiązanie wyłącznie dla pozorów, tak jak wynika to poniekąd z lektury odwołania.

Zamawiający zauważył, że odwołujący popiera swoje stanowisko w oderwaniu od kontekstu dokumentacji oraz ograniczając się do jej wybiórczego czytania. ERBUD S.A. zarzuca zamawiającemu naruszenie przepisów prawa, w zakresie tego, iż *de facto* ocenił on jako najkorzystniejszą ofertę, w ramach której to nie doszło do wykazania, iż składający ją podmiot za pośrednictwem podmiotu udostępniającego zasoby spełnił wymagania stawiane wykonawcom do udziału w postępowaniu, gdyż podmiot Wodpol miał nie zrealizować dostaw i montażu wyposażenia medycznego. Element ten w ocenie odwołującego nie wynikał ma z przedstawionych referencji oraz innych dokumentów postępowania. Odwołujący pomija przy tym, że sam dokument referencji nie służy potwierdzeniu warunków udziału w postępowaniu, bowiem ten fakt potwierdza sam wykonawca w składanym oświadczeniu (wykazie) zaś referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie, że usługi podane w wykazie zostały prawidłowo zrealizowane.

Dodatkowo zamawiający zaznaczył, że o ile w treści referencji z dnia 24.02.2020 r. wprost nie określono (tzn. w formie wprost wyrażonego zdania, jak w przypadku dostawy i montażu wyposażenia gastronomicznego), tego, iż Wodpol sp. z o.o. zrealizował dostawę i montaż wyposażenia medycznego, to z dokumentu tego można to odczytać i wywnioskować ten fakt. Zamawiający stwierdził, że nie istnieje definicja legalna „wyposażenia medycznego”. Brak legalnej definicji „wyposażenia medycznego” oznacza, że jego zakres należy ustalać w kontekście przepisów dotyczących organizacji systemu ochrony zdrowia, finansowania świadczeń medycznych oraz norm technicznych obowiązujących w placówkach medycznych. Dodatkowo, biorąc pod uwagę stawiane wymagania odnośnie „dostawy i montażu”, należy wskazać, że chodzi o takie wyposażenie medyczne, które podlegało dostawie i zamontowaniu w budynku. W świetle powyższego należy podkreślić, że w przypadku braku legalnej definicji „wyposażenia medycznego” interpretacja tego pojęcia musi uwzględniać kontekst funkcjonalny i celowościowy, w jakim jest ono stosowane. Nie sposób zatem uznać, że brak jednoznacznego wskazania w referencjach dostawy i montażu wyposażenia medycznego automatycznie oznacza, iż czynności te nie zostały wykonane. Przeciwnie, należy odczytywać ten dokument w sposób całościowy, biorąc pod uwagę zakres realizowanego kontraktu oraz charakterystykę obiektu, jakim jest budynek szpitalny. W tym kontekście kluczowe jest rozróżnienie pomiędzy wyrobami medycznymi a szeroko rozumianym wyposażeniem medycznym. O ile pierwsza kategoria podlega odrębnym regulacjom prawnym i klasyfikacjom, o tyle pojęcie „wyposażenia medycznego” może obejmować różnego rodzaju urządzenia, instalacje oraz elementy infrastruktury technicznej, które warunkują prawidłowe funkcjonowanie placówki medycznej. Tym samym nie można uznać, że brak jednoznacznego odniesienia się w referencjach do tej konkretnej kategorii oznacza, iż wymagania nie zostały spełnione. 3.4. Dodatkowo należy zauważyć, że w kontekście dokumentacji postępowania oraz przedstawionego wykazu robót budowlanych, nie budzi wątpliwości, iż Wodpol Sp. z o.o. zrealizował kompleksową inwestycję obejmującą budowę szpitala wraz z wyposażeniem niezbędnym do jego funkcjonowania. Nie można abstrahować od faktu, że w ramach projektów budowlanych o takiej skali dostawa i montaż wyposażenia medycznego stanowi integralną część realizacji zamówienia. Zresztą z treści samych referencji wprost wynika, iż Wodpol sp. z o.o. jako Generalny Wykonawca wykonał m.in. instalację certyfikowanych gazów medycznych wraz z panelami medycznymi, a

dodatkowo na poziomie zero szpitala w Żywcu doszło do wybudowania i wyposażenia pomieszczenia diagnostyki obrazowej rezonansu magnetycznego, tomografu komputerowego i rentgena.

Mając na uwadze powyższe ustalenia zamawiający podkreślił, że zakres wykonanych przez Wodpol sp. z o.o. prac obejmował nie tylko standardowe roboty budowlane związane z wzniesieniem budynku szpitalnego, lecz także realizację kluczowych elementów infrastruktury medycznej, które nie mogłyby funkcjonować bez odpowiedniego wyposażenia. Instalacja certyfikowanych gazów medycznych wraz z panelami medycznymi stanowi przykład zakresu prac o charakterze *stricto* medycznym, których prawidłowe wykonanie było niezbędne do zapewnienia operacyjności placówki medycznej. W istocie więc na tej podstawie uprawnionym jest wniosek, że Wodpol sp. z o.o. dokonał dostawy i montażu sprzętu medycznego, a zakres dostawy i montażu nie jest jednocześnie istotny, z uwagi na brak kryteriów stawianych przez zamawiającego w SWZ w tym zakresie. Wymaganiem było wyłącznie dostarczenie i montaż wyposażenia medycznego, bez określenia jego wartości czy jakości, czy specjalizacji tego sprzętu. Zamawiający oczekiwał, bowiem, że dany wykonawca (oferent) będzie posiadał wcześniejsze doświadczenie w montażu i dostawie wyposażenia medycznego, gdyż jest to specyficzny zakres doświadczenia i nie każdy wykonawca robót budowlanych posiada takie doświadczenia. Wodpol sp. z o.o. jako generalny wykonawca szpitala w Żywcu, w ramach którego realizował zakresowo roboty w skład których wchodziła dostawa i montaż wyposażenia medycznego (choćby w zakresie wymienionych już gazów medycznych) posiada więc doświadczenie wymagane przez zamawiającego w SWZ, a tym samym może być podmiotem udostępniającym zasoby wykonawcy w tym zakresie. W tym kontekście zarzuty odwołującego, jakoby Wodpol sp. z o.o. nie wykazał doświadczenia w realizacji dostawy i montażu wyposażenia medycznego, pozostają całkowicie bezpodstawne. Powoływanie się przez odwołującego na rzekomy brak jednoznacznego wskazania tych czynności w treści referencji stanowi próbę zawężonej i wybiórczej interpretacji dokumentacji, nieuwzględniającej realnego zakresu wykonanych prac. Dostawa i montaż wyposażenia medycznego nie są procesami oderwanymi od realizacji samego budynku szpitalnego, lecz jego integralnym elementem. Wskazane w referencjach prace, w tym instalacja gazów medycznych i wybudowanie pomieszczeń diagnostycznych, jednoznacznie potwierdzają, że Wodpol sp. z o.o. posiada doświadczenie w realizacji inwestycji, które obejmowały również niezbędne elementy wyposażenia medycznego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Strzelcach Opolskich, A. Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. Przystępujący A. w piśmie procesowym z dnia 3 marca 2025 roku wniósł o:

- oddalenie odwołania w całości z uwagi na całkowitą bezzasadność podniesionych w nich zarzutów;
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do pisma procesowego, wnioskowanych w piśmie procesowym lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

W odniesieniu do zarzutów I i II odwołania przystępujący A. stwierdził, że stanowisko odwołującego oparte jest w całości na spekulacyjnej hipotezie, zgodnie z którą przystępujący miałby mieć ograniczony (czy wręcz wyłączony) dostęp do potencjału spółki Wodpol na etapie realizacji zamówienia. Twierdzenia te nie są jednak oparte na jakichkolwiek podstawach (odwołujący nie wykazuje podstaw, z których stan taki miałby wynikać), nie mówiąc już o dowodach. Z całą pewnością za takowe nie może być uznane zobowiązanie podpisane przez Wodpol i złożone przez przystępującego w postępowaniu. Dokument ten zawiera wszelkie wymagane informacje (zarówno te narzucone przez ustawodawcę w treści art. 118 ust. 4 ustawy P.z.p., jak i zwyczajowo przedstawiane przez wykonawców korzystających z udostępnionego potencjału). Co równie istotne (a pomijane przez odwołującego), zamawiający do każdego fragmentu załącznika nr 5 do SWZ dodał stosowny komentarz (wskazując zakres oczekiwanych informacji). Również tym wymaganiom przystępujący A. sprostął.

Przystępujący A. wskazał, że z zobowiązania Wodpol bezspornie wynika:

- 1) jaki zakres zasobów zostaje udostępniony wykonawcy (lit. a zobowiązania) - jest to możliwe do odczytania poprzez zacytowanie wprost treści warunków udziału w postępowaniu, a ponadto wskazanie wprost – co jest wystarczające – iż chodzi o zasoby w postaci warunków technicznych i/lub zawodowych, tj. doświadczenie);
- 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy zasobów (lit. b i c zobowiązania) - z treści zobowiązania wynika, że podmiot trzeci będzie podwykonawcą Konsorcjum A. w zakresie robót budowlanych i usług, a umowa o podwykonawstwo zostanie zawarta na okres realizacji przedmiotowego przedsięwzięcia);
- 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby - zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą (lit. d Zobowiązania) – „Wodpol Sp. z o.o. będzie uczestniczył w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia.

Przystępujący A. stwierdził ponadto, że odwołujący w postępowaniach, w których bierze udział, przedkłada zobowiązania podmiotów trzecich o treści, którą teraz kwestionuje w odniesieniu do zobowiązania spółki Wodpol.

Odnosząc się do zarzutów III i IV odwołania przystępujący A. oświadczył, że w ramach Zadania Szpital Żywiec zrealizowano robotę budowlaną zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu, co obejmowało wykonanie minimum:

- 1) bloku operacyjnego z minimum 4 salami operacyjnymi;
- 2) oddziałów łóżkowych dla minimum 50 łóżek;
- 3) dostawy i montażu wyposażenia medycznego.

Przystępujący A. wskazał, że w niniejszym postępowaniu wykaz robót jest dokumentem, który ma za zadanie potwierdzić, że wykonawca posiada doświadczenie wymagane przez zamawiającego. Jego główną funkcją jest przedstawienie, w sposób zbiorczy, wszystkich realizacji, które wypełniają warunki określone w SWZ. To właśnie przedmiotowy dokument podlega badaniu, czy wykonawca spełnia/nie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z kolei rola referencji sprowadza się do poświadczenia rzetelności i profesjonalizmu wykonawcy przez podmioty, na rzecz których ww. zadania były realizowane (poprzez określenia czy dane prace zostały wykonane należyście). Zazwyczaj wykonawcy nie mają wpływu na treść referencji (które w sposób zupełnie dowolny i nieskrępowany przygotowuje inwestor). Przystępujący A. podkreślił, że przedkładając wykaz robót, oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, zgodnie z wymaganiami wskazanymi przez zamawiającego w SWZ. W złożonym dokumencie wykazano wszystkie okoliczności, do których w dokumentacji postępowania zreferował zamawiający. Podkreślono przy tym fakt, że w ramach Zadania Szpital Żywiec dokonano dostawy i montażu wyposażenia medycznego.

Przystępujący A. wskazał, że przedłożone referencje bezspornie potwierdzają natomiast (okoliczność w niniejszej sprawie bezsporna) właściwą realizacją Zadania Szpital Żywiec. Warto przy tym podkreślić, że dowód należytego wykonania robót nie musi być przedmiotowo tożsamy z wykazem robót w danym postępowaniu. Potwierdza to ugruntowane orzecznictwo KIO. Przystępujący A. przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 6 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1216/17 oraz wyrok z dnia 30 listopada 2020 r. sygn. akt KIO 2942/20.

Ponadto przystępujący A. podkreślił, że jest w posiadaniu umowy przekazanej mu przez Wodpol, zawartej z inwestorem Zadania Szpital Żywiec, w której Wodpol zobowiązał się do dokonania dostawy i montażu wyposażenia medycznego. Przystępujący A. wskazał, że z załącznika do przedmiotowej umowy bezspornie wynika zakres zrealizowanych dostaw oraz montażu wyposażenia medycznego.

Na rozprawie Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2025 roku zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzuty III i IV odwołania. Przystępujący A. oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów III i IV odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem IX pkt 4 ppkt a) SWZ w wersji zmodyfikowanej z dnia 22.11.2024 r. Zamawiający uzna, że wykonawca posiada wymagane warunki techniczne i/lub zawodowe zapewniające należyte wykonanie zamówienia, jeżeli wykonawca wykaże, że:

- a) posiada doświadczenie w realizacji robót/usług podobnych do przedmiotu zamówienia, tj. wykonał należyście w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym

okresie, łącznie minimum wymienione poniżej roboty budowlane/usługi:

1.jedną robotę budowlaną polegającą na wybudowaniu nowego, przebudowie lub rozbudowie budynku użyteczności o powierzchni całkowitej co najmniej 12000 (dwunastu tysięcy) m² i o wartości ww. roboty budowlanej co najmniej 100.000.00 (sto milionów) złotych brutto (lub równoważność tej kwoty), polegającej na budowie budynku szpitalnego w ramach, którego zrealizowano w swoim zakresie minimum:

- 1)blok operacyjny z minimum 4 salami operacyjnymi,
- 2)oddziały łóżkowe dla minimum 50 łóżek,
- 3) dostawę i montaż wyposażenia medycznego;

2.jedną robotę budowlaną polegającą na wybudowaniu nowego, przebudowie lub rozbudowie budynku użyteczności o powierzchni całkowitej co najmniej 12000 (dwunastu tysięcy) m² i o wartości ww. roboty budowlanej co najmniej 100.000.00 (sto milionów) złotych brutto (lub równoważność tej kwoty) lub polegającą na wybudowaniu nowego, przebudowie lub rozbudowie zespołu budynków użyteczności publicznej (zrealizowanego w ramach jednego zadania/umowy/kontraktu) o łącznej powierzchni całkowitej co najmniej 12000 (dwunastu tysięcy) m², posiadającego minimum jedną kondygnację podziemną w ramach którego wykonano systemy takie jak BMS, CCTV, System Kontroli Dostępu (SKD), system sygnalizacji włamania i napadu (SSWiN),

3.jedną usługę polegającą na wykonaniu dokumentacji projektowej, obejmującej projekt budowlany w rozumieniu art. 34 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, projekt wykonawczy i przedmiary robót oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych w rozumieniu § 4 - § 14 Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2021 poz. 2454 ze zm.) dotyczącej budowy, przebudowy lub rozbudowy budynku użyteczności publicznej o powierzchni całkowitej co najmniej 12 000 (dwunastu tysięcy) m² lub zespołu budynków użyteczności publicznej (zrealizowanego w ramach jednego zadania/umowy/kontraktu) o łącznej powierzchni całkowitej ww. budynków co najmniej 12 000 (dwunastu tysięcy) m², na podstawie której uzyskana została ostateczna i prawomocna decyzja o pozwoleniu na budowę.

Uwaga w zakresie pkt 1 i 2 – Wykonawca może polegać na zasobach podmiotu trzeciego w przypadku wyłącznie jednej roboty referencyjnej, drugą natomiast musi wykazać się samodzielnie. (dowód: SWZ)

W odniesieniu do możliwości potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polegając na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby zamawiający wskazał (Rozdział IX in fine SWZ): „Dodatkowo, w przypadku posługiwania się przez wykonawcę cudzym potencjałem, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane/usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.” (dowód: SWZ)

W sytuacji, w której wykonawcy przy wykonaniu przedmiotu zamówienia, mieliby korzystać z zasobów podmiotu trzeciego, obowiązani byli złożyć wraz z ofertą zobowiązanie takiego podmiotu, zgodne z treścią załącznika nr 5 do SWZ, w której zamawiający wymagał złożenia następujących informacji:

na podstawie art. 118 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych zobowiązując się do udostępnienia do dyspozycji Wykonawcy:

(nazwa Wykonawcy)

zasobów wskazanych w niniejszym oświadczeniu na potrzeby realizacji zamówienia pod nazwą:

Wykonanie robót budowlanych w formule zaprojektuj i wybuduj dla programu inwestycyjnego pn. „Budowa Uniwersyteckiego Centrum Zabiegowego dla Dzieci w Samodzielnym Publicznym Szpitalu Klinicznym Nr 1 im. prof. T. Sokółowskiego Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie - Etap 2”

postępowanie znak: ZP-261-64/2024

Ponadto oświadczam, że:

a)udostępniam Wykonawcy zasoby, w następującym zakresie*:

*należy podać jakie podmiot udostępniający przekazuje zasoby: dostęp do środków finansowych, doświadczenie, czyli osoby przewidziane do realizacji zamówienia, które zostaną wymienione w wykazie robót budowlanych i usług/osób, składanym przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego

b)spół wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów będzie następujący*:

*należy podać jak podmiot udostępniający zasoby będzie je udostępniał: np. pożyczka w przypadku udostępnienia dostępu do środków finansowych; wykonanie, jako podwykonawca części zamówienia, w odniesieniu do której podmiot udostępnia zasoby / udostępnienie osób, zdolnych do realizacji zamówienia, wymienionych w wykazie robót budowlanych i usług/osób, składanym na wezwanie zamawiającego

Uwaga ! Udostępnienie doświadczenia na zasadzie konsultacji i doradztwa nie jest wystarczające i nie świadczy o realnym udostępnieniu zasobów. Podmiot udostępniający zasób doświadczenia musi wykonać część zamówienia, do której odnosi się udostępnienie jego zasobów

c)okres wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów będzie wynosił*:

.....*okres

odpowiadający wykonywaniu prac, będących przedmiotem udostępnienia zasobu

d)zrealizuję następujący zakres robót budowlanych, do których odnosi się udostępniony przeze mnie zasób*:

*w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, oraz kwalifikacji zawodowych wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane/usługi, których wskazane zdolności dotyczą

**jeśli podmiot udostępnia zasoby doświadczenia, to musi zrealizować zakres robót, który odnosi się do udostępnionych zasobu doświadczenia/ jeśli podmiot udostępnia osoby (np. swoich pracowników), wymienione w wykazie osób wykonawcy, składanym na wezwanie zamawiającego, to musi wykonawcy udostępnić te osoby w czasie realizacji zamówienia (dowód: załącznik nr 5 do SWZ)

W postępowaniu oferty złożyli: odwołujący, przystępujący A. i przystępujący Doraco (dowód: oferty)

Przystępujący A. w formularzu ofertowym w pkt. 10 wskazał podmiot Wodpol Sp. z o.o. jako podmiot udostępniający zasoby i wskazał, iż: Wodpol Sp. z o.o. będzie uczestniczył w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie robót budowlanych do realizacji których wymagane są udostępnione zasoby.

Przystępujący A. wraz z ofertą złożył zobowiązanie Wodpol Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów o treści:

(...)

zobowiązując się do udostępnienia do dyspozycji Wykonawcy (...) zasobów wskazanych w niniejszym oświadczeniu na potrzeby realizacji zamówienia pod nazwą:

Wykonanie robót budowlanych w formule zaprojektuj i wybuduj dla programu inwestycyjnego pn. „Budowa Uniwersyteckiego Centrum Zabiegowego dla Dzieci w Samodzielnym Publicznym Szpitalu Klinicznym Nr 1 im. prof. T. Sokółowskiego Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie - Etap 2” postępowanie znak: ZP-261-64/2024

Ponadto oświadczam, że:

a) udostępniam Wykonawcy zasoby, w następującym zakresie*

- warunki techniczne i/lub zawodowe zapewniające należyte wykonanie zamówienia:

tj. doświadczenie w realizacji robót/usług podobnych do przedmiotu zamówienia; wykonał należycie w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – jedną robotę budowlaną polegającą na wybudowaniu nowego, przebudowie lub rozbudowie budynku użyteczności o powierzchni całkowitej co najmniej 12000 (dwunastu tysięcy) m² i o wartości ww. roboty budowlanej co najmniej 100.000.00 (sto milionów) złotych brutto (lub równoważność tej kwoty), polegającej na budowie budynku szpitalnego w ramach, którego

zrealizowano w swoim zakresie minimum: 3)

- a) blok operacyjny z minimum 4 salami operacyjnymi,
- b) oddziały łóżkowe dla minimum, 50 łóżek,
- c) dostawę i montaż wyposażenia medycznego;

*należy podać jakie podmiot udostępniający przekazuje zasoby: dostęp do środków finansowych, doświadczenie, czyli osoby przewidziane do realizacji zamówienia, które zostaną wymienione w wykazie robót budowlanych i usług/osób, składanym przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego

b) sposób wykorzystania udostępnionych przez mnie zasobów będzie następujący*:

Wodpol Sp. z o.o. będzie uczestniczył w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie robót i usług do realizacji których wymagane są udostępnione zasoby.

*należy podać jak podmiot udostępniający zasoby będzie je udostępniał: np. pożyczka w przypadku udostępniania dostępu do środków finansowych; wykonanie, jako podwykonawca części zamówienia, w odniesieniu do której podmiot udostępnia zasoby / udostępnienie osób, zdolnych do realizacji zamówienia, wymienionych w wykazie robót budowlanych i usług/osób, składanym na wezwanie zamawiającego

Uwaga ! Udostępnienie doświadczenia na zasadzie konsultacji i doradztwa nie jest wystarczające i nie świadczy o realnym udostępnieniu zasobów. Podmiot udostępniający zasób doświadczenia musi wykonać część zamówienia, do której odnosi się udostępnienie jego zasobów

c) okres wykorzystania udostępnionych przez mnie zasobów będzie wynosił*:

Cały okres realizacji zamówienia oraz ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego "okres odpowiadający wykonywaniu prac, będących przedmiotem udostępnienia zasobu

d) zrealizuję następujący zakres robót i usług budowlanych, do których odnosi się udostępniony przez mnie zasób*:

Wodpol Sp. z o.o. będzie uczestniczył w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia

*w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, oraz kwalifikacji zawodowych wykonawcy mogą polegać na

zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane/usługi, których wskazane zdolności dotyczą

*jeśli podmiot udostępnia zasoby doświadczenia, to musi zrealizować zakres robót, który odnosi się do udostępnionego zasobu doświadczenia/ jeśli podmiot udostępnia osoby (np. swoich pracowników), wymienione w wykazie osób wykonawcy, składanym na wezwanie zamawiającego, to musi wykonawcy udostępnić te osoby w czasie realizacji zamówienia (dowód: zobowiązanie podmiotu trzeciego – Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu)

W wykazie wykonanych robót budowlanych (pkt 1) przystępujący A. wskazał m.in. doświadczenie podmiotu Wodpol Sp. z o.o.:

„Budowa Nowego Szpitala Powiatowego w Żywcu wraz z infrastrukturą techniczną oraz zagospodarowaniem terenu przy ul. Pola Lisickich 80 w Żywcu”. W ramach zadania wykonano robotę budowlaną polegającą na wybudowaniu nowego budynku użyteczności o powierzchni całkowitej 23.265,00 m² i o wartości ww. roboty budowlanej 108.807.500,60 zł brutto, polegającą na budowie budynku szpitalnego w ramach którego zrealizowano w swoim zakresie:

- blok operacyjny z 4 salami operacyjnymi,
- oddziały łóżkowe dla około 330 łóżek,
- dostawę i montaż wyposażenia medycznego.

Wartość brutto: 108.807.500,60 zł, podmiot, na rzecz którego robota została wykonana: ICZ Properties Sp. z o.o. w Żywcu W pkt. 2 wykazu robót budowlanych przystępujący A. wskazał na doświadczenie podmiotu A. Sp. zo.o. w Strzelcach Opolskich w postaci: „Budowy budynku usługowo-handlowego DEKADA Nysa wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu”. W ramach zadania wykonano robotę budowlaną polegającą na

wybudowaniu nowego budynku użyteczności o powierzchni całkowitej 39.016,58 m² i o wartości ww. roboty budowlanej 151.566.602,73 zł brutto posiadającego jedną kondygnację podziemną w ramach którego wykonano systemy takie jak:

- BMS,
- CCTV,
- System Kontroli Dostępu (SKD),
- system sygnalizacji włamania i napadu (SSWiN) (dowód: wykaz robót budowlanych).

Ponadto przedłożono list referencyjny z dnia 24 lutego 2020 roku o treści:

ICZ Properties spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu (34-300) przy ul. Sienkiewicza 52, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy w Bielsku-Białej, VIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, pod numerem KRS: 0000530651, NIP: 7010448036, REGON: 360121058 niniejszym potwierdza, że firma

Wodpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu (34-300) przy ul. Ks. Pr. St. Słonki 24, wpisana do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy w Bielsku - Białej, VIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS 0000315140, NIP 553-22-48-772, REGON: 072819994, o kapitale zakładowym w wysokości 4.944.136 zł

była Generalnym Wykonawcą przy realizacji inwestycji pn. „Budowa Nowego Szpitala Powiatowego w Żywcu wraz z infrastrukturą techniczną oraz zagospodarowaniem terenu przy ul. Pola Lisickich 80 w Żywcu” na terenie działek o nr ewid. 8290/40, 12466, 9276/8, 9349/5 9334/5, 9330/4 na podstawie decyzji pozwolenia na budowę nr 890/2012 z dn. 05.09.2012 r. zmienionej decyzją nr 1320/2015 z dn. 26.02.2015 r. oraz 884/2019 z dnia 02.09.2019 r. wydanej przez Starostę Żywieckiego.

W zakres zadania wchodziły roboty konstrukcyjne, budowlano-architektoniczne, instalacyjne oraz zagospodarowania terenu i budowy infrastruktury technicznej, dla budynku czterokondygnacyjnego, o powierzchni zabudowy 7.112 m², powierzchni użytkowej 13.460 m² powierzchni całkowitej 23.265,0 m² i kubaturze 96.041 m³ wraz z powierzchnią 16.023 m² chodników, jezdni i miejsc postojowych, w tym:

Instalacje elektryczne wraz z transformatorami i agregatem prądowórczym zewnętrznym; instalacje słaboprądowe systemu sygnalizacji wykrywania pożaru, systemu oddymiania, dźwiękowego systemu ostrzegawczego, systemu kontroli dostępu, systemu sygnalizacji włamania i napadu, systemu telewizji dozorowej, systemu telewizji analogowej, systemu interkomowego i systemu przyzywowego oraz instalacja okablowania strukturalnego; komputerowy system zarządzania budynkiem (BMS); instalacje kanalizacji i wodociągowa wraz ze stacją uzdatniania wody, instalacja hydrantowa wraz z zewnętrznymi zbiornikami wody bytowej i na cele p.poż wraz z przepompownią, instalacje wentylacji mechanicznej i klimatyzacji, instalacje centralnego ogrzewania wraz z kotłownią gazowo-olejową i podziemnym zbiornikiem oleju, instalacje ciepła technologicznego, instalacje wody lodowej, instalacje certyfikowanych gazów medycznych wraz z panelami medycznymi; budowa kanalizacji deszczowej, kanalizacji teletechnicznej, przyłączy kanalizacji sanitarnej, przyłączy wody bytowej, przyłączy gazu wraz ze stacją redukcyjno-pomiarową; wykonanie ciągów pieszych, jezdnych, oraz miejsc postojowych wraz z o znakowaniem i oświetleniem nocnym, budowa lądowiska dla helikopterów wraz z instalacją elektryczną, teletechniczną i oświetleniem lądowiska; zagospodarowanie terenu wraz z nasadzeniem i małą architekturą.

W ramach umowy wykonano m.in. poniższe pomieszczenia funkcji opieki medycznej:

Poziom 0 - Izba przyjęć wraz ze Szpitalnym Oddziałem Ratunkowym, pomieszczenia diagnostyki obrazowej rezonansu magnetycznego, tomografu komputerowego i rentgen, apteka szpitalna, laboratorium.

Poziom 1 — zespół 4 sal operacyjnych wraz z salami wybudzeń, Oddział Intensywnej Terapii, centralną sterylizatornię, oddział położniczy wraz z salą cięć cesarskich, oddział neonatologiczny i oddział pediatrii.

Poziom 2 — oddziały łóżkowe, w tym oddział rehabilitacja, długoterminowa opieka, wewnętrzny, ortopedii, chirurgii ogólnej i ginekologii.

Całkowita wartość robót budowlanych wynosiła 108.807.500,60 zł brutto (tj. 88.576.654,67 zł netto).

W tym, zakres prac obejmował również dostawę, montaż oraz uruchomienie wyposażenia kuchni i zaplecza

gastronomicznego o całkowitej wartości 1.748.769,94 zł brutto (tj. 1.421.764,18 zł netto). Wszystkie prace zrealizowano w terminie od 12.12.2018 r. do 30.01.2020 r.

Wodpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wykonał prace terminowo, rzetelnie, zgodnie z warunkami umowy, warunkami pozwolenia na budowę oraz przepisami obowiązującego prawa (dowód: list referencyjny z dnia 24 lutego 2020 roku).

W dniu 21 stycznia 2025 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego A. jako oferty najkorzystniejszej. Oferta przystępującego A. uzyskała 98 punktów, oferta odwołującego uzyskała 88,61 punktów, a oferta przystępującego Doraco uzyskała 85,96 punktów (dowód: informacja o wynikach oceny ofert z dnia 21 stycznia 2025 roku).

Izba zważyła, co następuje:

Odwolanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania wykonawcy A. do poprawienia lub uzupełnienia zobowiązania do oddania wykonawcy A. do dyspozycji niezbędnych zasobów złożonego przez podmiot trzeci – Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu udostępniający zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Odnosząc się do zarzutu, który został przez Izbę uznany za zasadny, Izba wskazuje, co następuje:

Zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy P.z.p. 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. W myśl ust. 2 w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zgodnie z ust. 3 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. Stosownie do ust. 4 zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

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

Odwolywanie się do zasobów innych podmiotów jest ustawowym uprawnieniem wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. To uprawnienie jest związane z koniecznością umożliwienia wykonawcom, którzy samodzielnie nie byłoby w stanie dokonać potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, uczestnictwa w zamówieniach publicznych i ubiegania się o publiczne kontrakty. Ustawodawca zastrzegł, że powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego jest dopuszczalne, jeżeli podmiot ten wykona roboty budowlane lub usługi, do których wymagane są zdolności, na które się powołał wykonawca. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 marca 2021 roku, sygn. akt KIO 442/21: *W pierwszej kolejności należy zauważyć, że z art. 22a ust. 4 ZamPublU (obecnie art. 118 ust. 2 ustawy P.z.p.) wynika, że podmiot, który użycza swoich zasobów w zakresie np. doświadczenia, musi następnie rzeczywiście realizować te roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zasoby są wymagane. Po to bowiem zamawiający opisuje warunki udziału w postępowaniu, aby sprawdzić zdolność wykonawców do należytej realizacji zamówienia. Gdyby podmiot trzeci jedynie formalnie udostępnił swoje zasoby, ale w rzeczywistości nie wykonywał tych robót lub usług, do których wykonania jego zasoby (np. doświadczenie) są potrzebne, opisywanie warunków udziału w postępowaniu i wykazywanie ich spełnienia miałyby charakter wyłącznie pozorny i w żadnym wypadku nie służyłoby należytej realizacji zamówienia. Dlatego tak ważne jest, aby podmioty udostępniające swoje zasoby rzeczywiście wykonywały zamówienie w zakresie, w którym – w myśl opisanych warunków – niezbędne jest posiadanie odpowiedniego doświadczenia, wykształcenia, czy kwalifikacji zawodowych.*

Art. 118 ust. 4 ustawy P.z.p. określa minimalną treść zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów. Przepis ten należy czytać łącznie z pozostałymi ustępami art. 118 ustawy P.z.p. Nie chodzi tu bowiem o jakiegokolwiek zobowiązanie, ale o zobowiązanie osiągające przewidziany w ustawie P.z.p. cel, czyli potwierdzające, że wykonawca będzie miał rzeczywisty dostęp do zasobów przez okres niezbędny do realizacji zamówienia. Można ogólnie powiedzieć, że zobowiązanie powinno zawierać, oprócz oznaczenia stron, następujące treści:

- 1) opis zachowania się podmiotu udostępniającego zasoby (np. oddanie narzędzi do użytkowania, wykonanie części zamówienia itp.), co w art. 118 ust. 4 pkt 2 ustawy P.z.p. zostało określone jako „sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia”,
- 2) przedstawienie opisu przekazywanych zasobów (np. urządzeń, osób), pozwalającego co najmniej na zidentyfikowanie przedmiotu świadczenia, co pokrywa się ze wskazanym w art. 118 ust. 4 pkt 1 ustawy P.z.p. „zakresem dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby”.

W przypadku gdy zasoby są udostępniane w celu potwierdzenia spełniania warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, a przedmiotem zamówienia są roboty budowlane lub usługi, aby przekazanie zasobów osiągnęło właściwy skutek, z zobowiązania powinno wynikać, czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby zrealizuje roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 118 ust. 4 pkt 3 ustawy P.z.p.).

Podkreślić należy, że wskazane wyżej elementy stanowią jedynie minimalną treść zobowiązania podmiotu trzeciego. W rozpoznawanym przypadku treść takiego zobowiązania została przez zamawiającego uszczegółowiona w załączniku nr 5 do SWZ. I tak, zgodnie ze wskazanym załącznikiem, zamawiający wymagał przedstawienia informacji, jak niżej:

Ponadto oświadczam, że:

a) udostępniam Wykonawcy zasoby, w następującym zakresie*:

.....
*należy podać jakie podmiot udostępniający przekazuje zasoby: dostęp do środków finansowych, doświadczenie, czy/i osoby przewidziane do realizacji zamówienia, które zostaną wymienione w wykazie robót budowlanych i usług/osób, składanym przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego

b) sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów będzie następujący*:

.....
*należy podać jak podmiot udostępniający zasoby będzie je udostępniał: np. pożyczka w przypadku udostępnienia dostępu do środków finansowych; wykonanie, jako podwykonawca części zamówienia, w odniesieniu do której podmiot udostępnia zasoby / udostępnienie osób, zdolnych do realizacji zamówienia, wymienionych w wykazie robót budowlanych i usług/osób, składanym na wezwanie zamawiającego

Uwaga! Udostępnienie doświadczenia na zasadzie konsultacji i doradztwa nie jest wystarczające i nie świadczy o realnym udostępnieniu zasobów. Podmiot udostępniający zasób doświadczenia musi wykonać część zamówienia, do której odnosi się udostępnienie jego zasobów

c)okres wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów będzie wynosił*:

..... *okres odpowiadający wykonywaniu prac, będących przedmiotem udostępnienia zasobu

d)zrealizuję następujący zakres robót budowlanych, do których odnosi się udostępniony przeze mnie zasób*:

.....
*w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, oraz kwalifikacji zawodowych wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane/usługi, których wskazane zdolności dotyczą
**Jeśli podmiot udostępnia zasoby doświadczenia, to musi zrealizować zakres robót, który odnosi się do udostępnionego zasobu doświadczenia/ jeśli podmiot udostępnia osoby (np. swoich pracowników), wymienione w wykazie osób wykonawcy, składanym na wezwanie zamawiającego, to musi wykonawcy udostępnić te osoby w czasie realizacji zamówienia.

Analiza zobowiązania złożonego przez podmiot trzeci – Wodpol Sp. z o.o. wskazuje, że podmiot ten nie uczynił zadość obowiązkom wynikającym z treści wskazanej w lit. d wzoru zobowiązania i nie wskazał zakresu robót budowlanych, do których odnosi się udostępniony przez niego zasób. Z treści załącznika 5 wynika wprost, że zamawiający wymagał określenia zakresu robót budowlanych, jakie zostaną zrealizowane przez podmiot udostępniający zasoby. Wskazaniu takiemu nie czyni zadość sformułowanie „w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia”. Podmiot trzeci obowiązany był określić precyzyjnie roboty, jakie będzie wykonywał podczas realizacji inwestycji. Określenie „w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia” jest o tyle nieprecyzyjne, że referencyjna robota budowlana, jaką wykonał Wodpol, z oczywistych względów nie odpowiada 1:1 zakresowi zamówienia, jaki został ustalony dla przedmiotowego zamówienia. Wodpol nie wykona zatem dokładnie takiego samego zakresu robót, jaki wykonywał przy realizacji Szpitala Powiatowego w Żywcu. Zamawiający nie może domyślać się, jakie roboty wykona podmiot trzeci ani też ustalać, na podstawie robót wykonanych w Żywcu, jaki będzie zakres robót wykonywany przez ten podmiot.

Izba nie podziela przy tym stanowiska zamawiającego, iż zakres zobowiązania podmiotu trzeciego wynika z treści innych dokumentów złożonych w postępowaniu, w tym z referencji Wodpol oraz wykazu robót budowlanych. Dokumenty te wskazują co prawda na posiadane przez Wodpol doświadczenie, ale nie zawierają informacji na temat zakresu robót, jaki Wodpol wykona w ramach przedmiotowej inwestycji. W tym zakresie Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone wyżej.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów zawnioskowanych przez przystępującego A. na okoliczność wykazania treści zobowiązań podmiotów trzecich składanych w innych zamówieniach o udzielenie zamówienia. Dowody te nie dotyczą bowiem przedmiotowego postępowania i – jako takie – nie mają dla rozstrzygnięcia sprawy istotnego znaczenia (arg. *a contrario* z art. 531 ustawy P.z.p.).

W ocenie Izby w rozpoznawanym przypadku zachodzi przesłanka, o której mowa w art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, 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. Zamawiający winien wezwać przystępującego A. do poprawienia lub uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego – Wodpol Sp. z o.o. w taki sposób, by mógł z jego treści poznać informację na temat zakresu robót budowlanych, jaki podmiot trzeci – Wodpol Sp. z o.o. – będzie wykonywał przy realizacji przedmiotowej inwestycji. Zaniechanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p., co oznacza, że podniesiony w tym zakresie zarzut należy uznać za uzasadniony.

Izba uznała za niezasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy w związku z art. 118 ust. 2, 3 i 4 ustawy P.z.p. poprzez jego niezasztosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A., pomimo iż wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, gdyż nie wykazał realności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego – Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu udostępniającego zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia. Izba wskazuje, że zanim zamawiający dokona odrzucenia oferty wykonawcy z powodu niepotwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, winien zastosować procedurę wskazaną w art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. i wezwać wykonawcę do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych. Następnie zamawiający obowiązany jest dokonać ponownej oceny oferty.

Izba uznała za niezasadnione zarzuty III i IV odwołania, tj. zarzuty naruszenia:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy w związku z art. 118 ust. 2, 3 i 4 ustawy P.z.p. poprzez jego niezasztosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A., pomimo iż wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, gdyż podmiot udostępniający zasoby – Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu nie posiada doświadczenia wymaganego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu;
- ewentualnie art. 128 ust. 1, 4 i 5 ustawy P.z.p. poprzez ich niezasztosowanie i zaniechanie;
- wezwania wykonawcy A. do uzupełnienia wykazu robót z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, który określony został w Rozdziale IX pkt 4 pkt 1 SWZ,

- bądź wezwania wykonawcy A. do przedstawienia dowodu na to, że roboty wskazane pod pozycją nr 1 złożonego wykazu robót obejmowały dostawę i montaż wyposażenia medycznego,

- względnie wezwania wykonawcy A. do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego wykazu robót w zakresie robót wskazanych pod pozycją nr 1 w tym wykazie w zakresie tego, czy roboty te obejmowały dostawę i montaż wyposażenia medycznego,

- względnie zwrócenia się bezpośrednio do zamawiającego roboty wskazane pod pozycją nr 1 wykazu robót złożonego przez wykonawcę A. o przedstawienie informacji lub dokumentów istotnych w zakresie oceny czy roboty te obejmowały dostawę i montaż wyposażenia medycznego.

Odwolujący, uzasadniając wskazane wyżej zarzuty, podniósł, że z treści listu referencyjnego ICZ Properties Sp. z o.o. w Żywcu z dnia 24 lutego 2020 r., złożonego na wezwanie zamawiającego nie wynika, by w ramach tej inwestycji Wodpol Sp. z o.o. w Żywcu zrealizowała dostawę i montaż wyposażenia medycznego.

Izba wskazuje, że kluczowym aktem prawnym dla rozstrzygnięcia zakresu, jak i roli referencji w postępowaniu o zamówienie publiczne, jest rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej „rozporządzenie”). Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia, w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może żądać wykazu 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, wartości, 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.

Mając na uwadze przytoczony powyżej przepis prawa wskazać należy, że potwierdzeniem spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wykaz robót budowlanych wykonanych przez wykonawcę. Natomiast referencje stanowią jedynie dowód tego, że dane roboty budowlane zostały wykonane należycie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, że są wykonywane. Krajowa Izba Odwoławcza (dalej jako „KIO”) w wyroku z dnia 17 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1498/18, wskazała, że to nie referencje, których rolą jest poświadczanie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz dostaw, usług lub robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia.

Z powyższego wynika zatem, że referencje nie są dokumentem, na podstawie którego wykonawca wykazuje posiadane doświadczenie. Dokumentem takim jest natomiast wykaz robót budowlanych. Przystępujący A. w złożonym

wykazie wskazał, że w ramach realizacji inwestycji „Budowa Nowego Szpitala Powiatowego w Żywcu” Wodpol Sp. z o.o., na którego doświadczenie przystępujący A. się powołuje, wykonał m.in. dostawę i montaż wyposażenia medycznego. O ile odwołujący kwestionuje, że w zakres czynności wykonanych przez Wodpol wchodziła dostawa wyposażenia medycznego, winien był tę okoliczność udowodnić, bo to na nim – wbrew stanowisku podnoszonym w odwołaniu – spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie.

Izba przeprowadziła natomiast dowód ze złożonego przez zamawiającego pisma ICZ Properties Sp. z o.o. w Żywcu z dnia 17 lutego 2025 roku i ustaliła, że w zakres inwestycji „Budowa Nowego Szpitala Powiatowego w Żywcu” wchodziła dostawa i montaż sprzętu medycznego, w tym: wyposażenie sal operacyjnych, wyposażenie Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii, wyposażenie w zabudowy medyczne, wyposażenie sali cięć cesarskich, wyposażenie diagnostyki zabiegowej. Tym samym stanowisko odwołującego Izba uznała za nieuzasadnione.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z dokumentów złożonych przez przystępującego A., w tym: projektu budowlanego obejmującego prace realizowane w ramach zadania Szpital Żywiec, oferty Wodpol, artykułu prasowego znajdującego się pod adresem internetowym: oraz umowy kontraktowej z dnia 12 grudnia 2018 roku wraz z załącznikiem nr 15. Dowody te zostały złożone na okoliczność wykazania, że w zakres budowy Nowego Szpitala Powiatowego w Żywcu wchodziła dostawa i montaż sprzętu medycznego. W ocenie Izby dowody te nie mają dla rozstrzygnięcia sprawy istotnego znaczenia, albowiem: projekt budowlany zawiera jedynie wykaz pomieszczeń wyodrębnionych w ramach zadania, dokument określony przez przystępującego A. jako „oferta Wodpol” jest w istocie jedynie wykazem wyposażenia, niemniej jednak nie wynika z niego, jakiego postępowania dotyczy ani też czy w istocie jest to oferta Wodpol. Dokument ten nie został bowiem podpisany. Z artykułu prasowego nie wynika zakres robót wykonanych przez Wodpol Sp. z o.o. Z kolei aneks do umowy z dnia 12 grudnia 2018 roku, zawierający wykaz wyposażenia jest nieczytelny.

Wskazując na powyższe Izba stwierdziła, że odwołującego nie wykazał zasadności zarzutów oznaczonych odwołaniu numerami III i IV i odwołanie w tym zakresie oddaliła.

Izba pozostawiła bez rozpoznania podniesiony przez przystępującego Doraco zarzut niespełnienia przez przystępującego A. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wykonania roboty budowlanej polegającej na wybudowaniu nowego, przebudowie lub rozbudowie budynku użyteczności publicznej o wartości ww. roboty budowlanej co najmniej 100.000.000 (sto milionów) złotych brutto. Zarzut ten nie został bowiem podniesiony w odwołaniu. Stosownie zaś do art. 555 ustawy P.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:.....