Sygn. akt KIO 784/25

WYROK

Warszawa, dnia 31 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Rakowska

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2025 r. przez wykonawcę **Galicja Sport Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Wadowicka 5, 30-347 Kraków** postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Ostrowiec Świętokrzyski, ul. Jana Głowackiego 3/5, 27-400 Ostrowiec Świętokrzyski**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **FIRMA FRANCUZ Sp. z o.o. w miejscowości Żębocin 24B,**
32-100 Proszowice i B.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą FIRMA FRANCUZ B.F. z siedzibą w miejscowości Żębocin 24b,
32-100 Proszowice

orzeka:

1.Oddala odwołanie

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Galicja Sport Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Wadowicka 5, 30-347 Kraków** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Galicja Sport Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Wadowicka 5,**

30-347 Kraków tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Gminę Ostrowiec Świętokrzyski, ul. Jana Głowackiego 3/5, 27-400 Ostrowiec Świętokrzyski** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

2.2.zasądza od wykonawcy **Galicja Sport Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,**

ul. Wadowicka 5, 30-347 Kraków na rzecz **Gminy Ostrowiec Świętokrzyski, ul. Jana Głowackiego 3/5, 27-400 Ostrowiec Świętokrzyski** kwotę

3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca: ……

Sygn. akt KIO 784/25

Uzasadnienie

Gmina Ostrowiec Świętokrzyski, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym pn. „Budowa nowego boiska wielofunkcyjnego wraz z zadaszeniem o stałej konstrukcji przy Publicznej Szkole Podstawowej nr 5 w Ostrowcu Świętokrzyskim w systemie zaprojektuj – wybuduj”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 29 sierpnia 2024 roku pod numerem 2024/BZP 00477651/01.

W dniu 3 marca 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Galicja Sport spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie wobec dokonanej przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1)art. 122 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zastąpienie podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, tj. Sport Venture Sp. z o. o. innym podmiotem trzecim, tj. RSSPORT s.c., bez przedstawienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. FIRMA FRANCUZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Proszowicach oraz B.F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B.F. z siedzibą w miejscowości Żębocin, zwanych dalej „Konsorcjum”, spełnienia warunków udziału w postępowaniu przed terminem składania ofert, w tym potwierdzenia, że zobowiązanie RSSPORT s.c., do udostępnienia swoich

zasobów Wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia, istniało jeszcze przed terminem składania ofert;

2)art. 128 ust. 1 w zw. z art. 116 ust.2 oraz art. 118 ust. 2 oraz ust. 4 ustawy Pzp poprzez brak precyzyjnego określenia w jakim zakresie podmioty udostępniające zrealizują roboty budowlane, na których zasobach polegają wykonawcy;

3)art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu;

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2)powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podał w odwołaniu uzasadnienie do podniesionych zarzutów, przywołując postanowienia SWZ, treść złożonych ofert oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający w dniu 4 marca 2025 r. przesłał kopię odwołania wykonawcom uczestniczącemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym poprzez platformę eZamówienia.

W dniu 6 marca 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego FIRMA FRANCUZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Proszowicach oraz B.F prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B.F. z siedzibą w miejscowości Żębocin, zwanych dalej „Konsorcjum", zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający w dniu 25 marca 2025 r. złożył „Odpowiedź na odwołanie", w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W dniu 25 marca 2025 r. Konsorcjum złożyło pisemne stanowisko w sprawie, w którym wykonawca ten wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego FIRMA FRANCUZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Proszowicach oraz B.F prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B.F. z siedzibą w miejscowości Żębocin, zwanych dalej „Konsorcjum" lub „przystępującym", do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 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 dokumentacją 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 także stanowiska złożone ustnie przez strony i przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 122 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zastąpienie podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, tj. Sport Venture Sp. z o. o. innym podmiotem trzecim, tj. RSSPORT s.c., bez przedstawienia przez Konsorcjum, spełnienia warunków udziału w postępowaniu przed terminem składania ofert, w tym potwierdzenia, że zobowiązanie RSSPORT s.c., do udostępnienia swoich zasobów Wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia, istniało jeszcze przed terminem składania ofert (zarzut 1 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający, pismem z dnia 8 października 2024 r., wezwał Konsorcjum „*do złożenia w terminie do dnia 14*

października 2024 r. aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych: (…)
3) wykazu robót budowlanych (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ) wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty, (…)".
W odpowiedzi na powyższe Konsorcjum pismem z dnia 14 października 2024 r. złożył podmiotowe środki dowodowe, wskazując że „*Odnośnie pkt. 3 Wezwania, zgodnie z treścią Działów 5 pkt. 4a SWZ Wykonawca przedkłada wykaz robót budowlanych, wykonanych przez podmiot, o którym mowa w art. 118 ust. 1 P.z.p., to jest SPORT VENTURE SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ (…), na którego zasobach i doświadczeniu Wykonawca polega.*
Wykonawca jednocześnie wskazuje, iż z najdalej posuniętej ostrożności, w zakresie wykazania przewidzianych w Dziale 5 ust. 4a SWZ, zdolności technicznych i zawodowych, ma możliwość i sposobność skorzystania z przewidzianej dyspozycją art. 122 P.z.p. możliwości zastąpienia podmiotu dotychczas udostępniającego zasoby - innym podmiotem, który zobowiązał się udostępnić Wykonawcy stosowną wiedzę i doświadczenie na potrzeby realizacji Przedmiotu Zamówienia w przypadku wezwania przez Zamawiającego.(…)".
Zamawiający, pismem z dnia 16 października 2024 r., wezwał Konsorcjum „*do złożenia w terminie do dnia 21 października 2024 r. aktualnych na dzień złożenia wskazanych poniżej*
podmiotowych środków dowodowych: wykazu robót budowlanych (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ) (…)', wskazując że „*Wykonawca na wezwanie Zamawiającego złożył podmiotowe środki dowodowe. W złożonym wykazie robót budowlanych wskazano, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanie wiedzy i doświadczenia, jedno zadanie dotyczące budowy hali do padla na 4 boiska wraz z zapleczem socjalnym i zagospodarowaniem terenu. Załączone dokumenty dotyczą ww. zadania i nie potwierdzają, że zostało ono zrealizowane w systemie zaprojektuj-wybuduj oraz że dotyczy boiska wielofunkcyjnego. Brak jest ponadto informacji, że obiekt posiada zadaszenie o stałej konstrukcji. Wobec powyższego Zamawiający oczekuje złożenia, w celu potwierdzenia wskazanego powyżej warunku, właściwych dokumentów we wskazanym wyżej terminie.(…)".*
W odpowiedzi na powyższe Konsorcjum złożyło pismo z dnia 21 października 2024 r., podając że „*Konsorcjum uprzejmie informuje o konieczności zmiany obecnego Podmiotu Udostępniającego Zasoby na inny Podmiot. Powodem wynikłej zmiany są zdarzenia, na które Wykonawca nie miał wpływu. Okoliczności te, oczywiście nie mogły być znane i przewidziane przez Wykonawcę we wcześniejszym etapie Postępowania. Jednocześnie Konsorcjum zapewnia Zamawiającego, że Firma RSSPORT s.c (…), spełnia wszystkie wymagania stawiane przez Zamawiającego zgodnie z treścią Działu 5 pkt. 4a) SWZ przedmiotowego postepowania: „posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia tj: w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie wykonał przynajmniej dwa zamówienia w systemie zaprojektuj – wybuduj dotyczące boiska wielofunkcyjnego wraz z zadaszeniem o stałej konstrukcji o wartości min. 1.500.000,00 zł brutto każda lub jedno zamówienie o wartości nie mniejszej niż 2.500.000,00 zł brutto". Wykonawca pragnie wskazać, że zgodnie z przepisem art. 122 ustawy 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.". Jednakże Wykonawca zwraca uwagę, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej reprezentowany jest pogląd, zgodnie z którym przepisy ustawy Pzp nie zawierają zakazu samodzielnego podejmowania przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia inicjatywy w zakresie składania dokumentów, nawet bez uprzedniego wezwania zamawiającego. W związku z powyższym, Wykonawca chciałby skorzystać z prawa i możliwości samodzielnej zmiany Podmiotu Udostępniającego Zasoby na inny, a co za tym idzie przedłożyć Zamawiającemu dokumenty o których mowa w Dziale 5 pkt. 4a SWZ wraz z dowodem w postaci dwóch referencji określających, że roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym, że roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone oraz dokumenty o których mowa w Dziale 8 pkt. 2, SWZ i Dziale 8 pkt.4 ust.4.1 i 4.2 SWZ. Z uwagi na zamianę Podmiotu Udostepniającego Zasoby, Wykonawca dołącza do pisma zaktualizowany zał. nr 3 do SWZ (dla każdego z Konsorcjantów osobny) oraz zał. nr 7 do SWZ. (…)".*
W załączeniu Konsorcjum złożyło Załącznik nr 7 do SWZ OŚWIADCZENIE WYKONAWCÓW WSPÓL UBIEGAJĄCYCH SIĘ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO (dotyczy podziału obowiązków w trakcie rea

zamówienia składane na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp), w treści którego wskazano:
„1. Wykonawca … FIRMA FRANCUZ SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ
wykona następujące roboty budowlane/usługi/dostawy1 w ramach realizacji niniejszego zamówienia:
a) dostarczy materiały niezbędne do wykonania zamówienia
2. Wykonawca FIRMĄ FRANCUZ B.F.
a) dostarczy urządzenia i maszyny niezbędne do wykonania zamówienia
3. Konsorcjum Oświadcza że, Podwykonawca RSsport S.C. (…)
wykona następujące roboty budowlane/usługi/dostawy2 w ramach realizacji niniejszego zamówienia:
a)zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których dotyczą wskazane zdolności; (…)".

Odwołujący zakwestionował powyższe, zarzucając zamawiającemu, że dopuścił do zastąpienia podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby (Sport Venture sp. z o.o.) innym podmiotem trzecim (RSSPORT s.c.) bez przedstawienia przez oferenta – Konsorcjum – spełnienia warunków udziału w postępowaniu przed terminem składania ofert, w tym potwierdzenia, że zobowiązanie RSSPORT s.c. do udostępnienia zasobów Konsorcjum istniało przed terminem składania ofert a tym samym naruszenie art. 122 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 122 ustawy Pzp stanowi, że *„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*.".

Przepis ten dotyczy żądania wskazania innego podmiotu udostępniającego zasoby przez wykonawcę. Wykonawca, który korzysta z potencjału podmiotu trzeciego, ma bowiem prawo w określonych okolicznościach dokonać zmiany w strukturze podmiotowej swojej oferty. Wymiana podmiotu udostępniającego zasoby na żądanie zamawiającego jest więc dozwolona.

Zamawiający w toku badania ofert zobowiązany jest bowiem do zbadania, czy nie zachodzą wobec podmiotu udostępniającego zasoby podstawy do wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy, jak również ustalenia, czy udostępnione zasoby potwierdzają spełnianie warunków działu w postępowaniu. A ponieważ w tym stanie faktycznym zamawiający uznał, że pierwotnie udostępnione zasoby nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postepowaniu to prawidłowo uczynił, wzywając Konsorcjum do jego uzupełnienia.

Konsorcjum, co jest niewątpliwe, po terminie składania ofert, na wezwanie zamawiającego, dokonało zmiany dotychczasowego podmiotu udostępniającego zasoby, tj. wykonawcy Sport Venture Sp. z o.o. na nowego wykonawcę, tj. RSSPORT s.c. , jednoznacznie potwierdzając spełnianie przez Konsorcjum warunków działu w postępowaniu. Art. 122 ustawy Pzp wprost bowiem wskazuje na możliwość zastąpienia przez wykonawcę podmiotu udostępniającego zasoby, wskazanego w ofercie, innym podmiotem lub podmiotami w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, już po upływie terminu składania ofert, tj. w toku ich badania i oceny przez zamawiającego. Przepis ten ustanawia wyjątek od reguły niezmienności oferty w toku postępowania – zmiana podmiotu jest wprost dopuszczalna. (Wł. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2021, s. 387). Zmiana podmiotu udostępniającego zasoby zgłoszonego na etapie składania oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest więc możliwa w trakcie procedury weryfikacji spełniania przez wykonawcę odpowiednich warunków zamówienia. Taka sytuacja miała też miejsce w tym postępowaniu. Co więcej jest ona dopuszczalna, gdyż wykonawca w momencie składania oferty opierał się na zdolnościach podmiotu trzeciego.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 116 ust.2 oraz art. 118 ust. 2 oraz ust. 4 ustawy Pzp poprzez brak precyzyjnego określenia w jakim zakresie podmioty udostępniające zrealizują roboty budowlane, na których zasobach polegają wykonawcy (zarzut 2 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W piśmie z dnia 21 października 2024 r. Konsorcjum podało, że *„(…) informuje o konieczności zmiany obecnego Podmiotu Udostępniającego Zasoby na inny Podmiot. (…) Konsorcjum zapewnia Zamawiającego, że Firma RSSPORT s.c (…), spełnia wszystkie wymagania stawiane przez Zamawiającego zgodnie z treścią Działu 5 pkt. 4a) SWZ przedmiotowego postepowania: „posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia tj: w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie wykonał przynajmniej dwa zamówienia w systemie zaprojektuj – wybuduj dotyczące boiska wielofunkcyjnego wraz z zadaszeniem o stałej konstrukcji o wartości min. 1.500.000,00 zł brutto każda lub jedno zamówienie o wartości nie mniejszej niż 2.500.000,00 zł brutto". (…), Wykonawca dołącza do pisma zaktualizowany zał. nr 3 do SWZ (dla każdego z Konsorcjantów osobny) oraz zał. nr 7 do SWZ. (…)".*

W załączeniu Konsorcjum złożyło Załącznik nr 7 do SWZ OŚWIADCZENIE WYKONAWCÓW WSPÓL UBIEGAJĄCYCH SIĘ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO (dotyczy podziału obowiązków w trakcie rea zamówienia składane na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp), w treści którego wskazano:

„1. Wykonawca … FIRMA FRANCUZ SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ
wykona następujące roboty budowlane/usługi/dostawy1 w ramach realizacji niniejszego zamówienia:
a) dostarczy materiały niezbędne do wykonania zamówienia
2. Wykonawca FIRMĄ FRANCUZ B.F.
a) dostarczy urządzenia i maszyny niezbędne do wykonania zamówienia
3. Konsorcjum Oświadcza że, Podwykonawca RSsport S.C. (…)
wykona następujące roboty budowlane/usługi/dostawy2 w ramach realizacji niniejszego zamówienia:
a)zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których dotyczą wskazane zdolności; (…)".

Konsorcjum złożyło również Załącznik nr 10 do SWZ ZOBOWIĄZANIE PODMIOTU UDOSTĘPNIAJĄCE ZASOBY do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów, w treści którego podmiot udostępniający, tj. *RSSPORT s.c*zobowiązał się *„zgodnie z postanowieniami art. 118 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) do oddania nw. Zasobów na potrzeby wykonania zamówienia: Zdolności technicznej lub zawodowe",* dodając *„Oświadczam, iż: udostępnię Wykonawcy zasoby w następującym zakresie: Zapis SWZ Rozdział 5 pkt 4a - posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia tj.: w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie wykonał przynajmniej dwa zamówienia w systemie zaprojektuj – wybuduj dotyczące boiska wielofunkcyjnego wraz z zadaszeniem o stałej konstrukcji o wartości min. 1.500.000,00 zł brutto każda lub jedno zamówienie o wartości nie mniejszej niż 2.500.000,00 zł brutto".* RSSPORT s.c. również wskazał, że:

„a) sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący: podwykonastwo; (….)
b) zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący: zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których dotyczą wskazane zdolności; (…)
c) okres mojego udostępnienia zasobów Wykonawcy będzie następujący: Cały okres obowiązywania umowy, przy wykonywaniu zamówienia (…);
d) zrealizuję roboty/usługi, których dotyczą udostępniane przeze mnie zasoby, odnoszące się do warunków udziału dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, na których polega Wykonawca.".

Odwołujący zakwestionował powyższe, zarzucając brak precyzyjnego określenia w jakim zakresie podmioty udostępniające zrealizują roboty budowlane, na których zasobach polegają wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *„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

2)*lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania*.".

Oznacza to, że obowiązek dodatkowego wezwania dotyczy wyłącznie dokumentów lub oświadczeń wymaganych przez zamawiającego, do których złożenia wykonawca był wzywany w trybie art. 126 ust. 1 Pzp albo art. 274 ust. 1 Pzp. Inaczej nie może być mowy o niezłożeniu,
niekompletności lub innej wadliwości dokumentów lub oświadczeń. Dokument należy zakwalifikować jako niezłożony, jeżeli nie został fizycznie dostarczony. Natomiast dokument jest niekompletny, jeżeli wprawdzie został fizycznie przedłożony, ale nie spełnia określonych przez zamawiającego wymagań formalnych. Od tych dwóch przypadków należy odróżnić dokumenty (oświadczenia) zawierające błędy. Są to dokumenty, które zostały fizycznie złożone oraz są formalnie poprawne, jednak nie potwierdzają spełniania odpowiednich wymagań.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Konsorcjum, pismem z dnia 21 października 2024 r., poinformowało zamawiającego o zmianie podmiotu udostępniającego zasoby na inny podmiot, przedkładając jednocześnie załącznik nr 7 do SWZ, w którym wskazano, że w ramach zamówienia Firma Francuz sp. z o.o. dostarczy materiały niezbędne do wykonania zamówienia, Firma Francuz B.F. dostarczy urządzenia i maszyny niezbędne do wykonania zamówienia, natomiast podwykonawca RSSport s.c. zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których dotyczą wskazane zdolności. A ponadto RSSport s.c. w treści załącznika nr 10 do SWZ, zobowiązało się do oddania do dyspozycji Konsorcjum zasobów – zdolności technicznej i zawodowej, wskazując „podwykonawstwo jako sposób wykorzystania zasobów" oraz określiła zakres udziału przy wykonywaniu zamówienia jako realizację robót

budowlanych lub usług, których dotyczą wskazane zdolności.

W kontekście powyższego niewątpliwym jest, że podmiot udostępniający zasoby będzie uczestniczył w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca, wykonując zakres, którego dotyczyły wymagane przez zamawiającego zdolności. W tym przypadku podmiot udostępniający, tj. RSSport s.c. będzie uczestniczył w realizacji tego zamówienia. Konieczne jest bowiem rzeczywiste wsparcie wykonawcy polegające na faktycznym zaangażowaniu w wykonanie zamówienia w zakresie wymaganego doświadczenia, dla wykazania którego zasoby podmiotu trzeciego zostały udostępniane.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

W kontekście powyższego brak jest podstaw do uznania, że doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu (zarzut nr 3 odwołania).

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2) lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: ……