

Sygn. akt: KIO 3443/23

WYROK

z dnia 1 grudnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Sikorska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2023 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NDI Spółka akcyjna w Sopocie, NDI SOPOT Spółka akcyjna w Sopocie**, postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Zarząd Morskiego Portu Gdańsk Spółka akcyjna w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy **PORR Spółka akcyjna w Warszawie** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NDI Spółka akcyjna w Sopocie, NDI SOPOT Spółka akcyjna w Sopocie** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr**

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NDI Spółka akcyjna w Sopocie, NDI SOPOT Spółka akcyjna w Sopocie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r., poz. 1605 ze zmianami), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3443/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Morskiego Portu Gdańsk Spółka akcyjna w Gdańsku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest rozbudowa Nabrzeża Rudowego III w Porcie Gdańsk.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 17 listopada 2023 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NDI Spółka akcyjna w Sopocie, NDI SOPOT Spółka akcyjna w Sopocie (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności i zamawiającego, polegających na:

(I) nieprawidłowej ocenie przez zamawiającego oferty złożonej przez PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „PORR” lub „przystępujący”) oraz dokonaniu wyboru oferty PORR jako oferty najkorzystniejszej;

(II) zaniechaniu odrzucenia oferty PORR w sytuacji, gdy wykonawca ten polega na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby, tj. AS BMGS z siedzibą w Rydze, spółki akcyjnej utworzonej na podstawie prawa Republiki Łotewskiej („AS BMGS”) przy spełnianiu warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 14.2.4 SWZ („Warunek udziału z pkt 14.2.4 SWZ”) przy jednoczesnym braku wykazania, iż podmiot ten wykona roboty budowlane do realizacji których jego zdolność jest wymagana, a tym samym braku wykazania spełniania Warunku udziału z pkt 14.2.4 SWZ;

(III) zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 118 ust. 2 i 3 w zw. art. 118 ust. 4 pkt 3 oraz w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez nieprawidłową ocenę oferty PORR, skutkującą uznaniem, że wykonawca ten spełnia warunek udziału z pkt 14.2.4 specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), pomimo iż: (1) ze złożonego przez AS BMGS zobowiązania nie wynika, iż zrealizuje on roboty budowlane do realizacji których jego zdolności są wymagane, a więc w zakresie objętym warunkiem udziału z pkt 14.2.4 SWZ, (2) PORR prezentuje swoją własną, zawężającą interpretację warunku udziału z pkt 14.2.4 SWZ, stojącą w opozycji do wykładni zamawiającego, powodującą w istocie niemożliwość ustalenia jaki konkretnie potencjał udostępnia AS BMGS i jaki zakres rzeczowy zamówienia zostanie przez ten podmiot wykonany, implikując brak możliwości potwierdzenia, iż

zakres ten będzie odpowiadał zakresowi robót ujętych w treści warunku udziału z pkt 14.2.4 SWZ,

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 2 i 3 oraz w zw. art. 118 ust. 4 pkt 3 ustawy P.z.p.; poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PORR, pomimo iż analiza informacji zawartych w złożonych przez tego wykonawcę w toku postępowania podmiotowych środkach dowodowych prowadzi do wniosku, iż PORR opierając się na zdolności podmiotu trzeciego w zakresie spełniania warunku udziału z pkt 14.2.4 SWZ przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego, z którego nie wynika jednoznacznie, iż podmiot ten wykona całość robót wchodzących w zakres warunku udziału z pkt 14.2.4 SWZ, co oznacza, że PORR nie wykazał realności w dysponowaniu zasobem podmiotu trzeciego oraz spełniania warunku udziału z pkt 14.2.4 SWZ, co winno skutkować odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy P.z.p.

Odwołujący wniósł o:

I. uwzględnienie odwołania w całości ;

II. nakazanie zamawiającemu ponownego badania i oceny oferty PORR, a w jej następstwie odrzucenia oferty PORR;

III. przeprowadzenie dowodów z dokumentów, które zostaną złożone na rozprawie w celu wykazania faktów wskazanych w sformułowanych wówczas тезach dowodowych;

IV. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący podniósł, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu sklasyfikowaną na drugim miejscu, ponadto oferty wykonawców innych niż odwołujący oraz PORR zostały odrzucone. Gdyby jednak zamawiający przeprowadził czynność badania i oceny ofert w sposób zgodny z normami ustawy P.z.p., wówczas dokonałby czynności odrzucenia oferty PORR. W takim zaś stanie rzeczy oferta odwołującego byłaby jedyną ofertą nie podlegającą odrzuceniu, a odwołujący miałby realną szansę uzyskania zamówienia w postępowaniu. Wadliwość podjętych przez zamawiającego czynności wskazanych w petitum odwołania, uniemożliwia zatem odwołującemu uzyskanie zamówienia, skutkując poniesieniem przez odwołującego uszczerbku, polegającego na nieudzieleniu mu zamówienia, pomimo złożenia najkorzystniejszej oferty. Okoliczności wskazane w zdaniu poprzednim skutkują zatem wyrządzeniem odwołującemu szkody polegającej na nieuzyskaniu spodziewanego zysku.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 listopada 2023 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i o zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych. Odpowiedź na odwołanie została podpisana przez radcę prawnego, Pana A.L.. Do odpowiedzi na odwołanie nie zostało dołączone pełnomocnictwo uprawniające do reprezentacji zamawiającego przez Pana A.L. przed Krajową Izbą Odwoławczą. Na podstawie zarządzenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2023 roku zamawiający został wezwany do uzupełnienia pełnomocnictwa w terminie do dnia 1 grudnia 2023 roku godz. 9.30. W wyznaczonym terminie zamawiający złożył pełnomocnictwo dla radcy prawnego, Pana A.L., uprawniające do reprezentowania zamawiającego w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, sygn. akt: KIO 3443/23.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca PORR SA w Warszawie. Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 29 listopada 2023 roku wniósł o:

1) odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy P.z.p., z uwagi na to, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby w sprawie KIO 2445/23.

2) w przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania – o oddalenie odwołania w całości z uwagi na jego bezzasadność.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na budowie uniwersalnego nabrzeża o konstrukcji płytowej z przednią ścianką szczelną oraz rusztem palowym wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Inwestycja obejmuje Nabrzeże Rudowe III (dł. 232,50 m) i fragment Nabrzeża Administracyjnego (dł. 18 m). Efektem inwestycji będzie uzyskanie stanowiska cumowniczego dla statków 30.000 DWT (i niepełnoładownych 100.000 DWT) o głębokości technicznej -11,20 m.

Dowód: SWZ

W postępowaniu oferty złożyli m.in. odwołujący oraz przystępujący.

Dowód: protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Zgodnie z brzmieniem warunku udziału z pkt 14.2.4 SWZ zamawiający żądał od wykonawców wykazania dysponowania niezbędnym doświadczeniem poprzez wykazanie, iż: „w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia przez Wykonawcę działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie oraz zgodnie z

przepisami Prawa budowlanego i prawidłowo ukończył (tj. wskutek dokonania odbioru częściowego lub końcowego) co najmniej 2 roboty budowlane (co najmniej 2 inwestycje - umowy) polegające (każda z nich) na budowie lub przebudowie minimum 100 m odcinka nabrzeża (tj. łącznie co najmniej 200 m) z pogrążeniem ścianki szczelnej do głębokości minimum 12 m.” Zgodnie z brzmieniem pkt 16.2 SWZ „w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”. W celu wykonania nakazu wynikającego z pkt 16.2 SWZ oraz art. 118 ust. 2 ustawy P.z.p., na mocy pkt 16.3 SWZ, wykonawcy zobowiązani byli do złożenia wraz z ofertą zobowiązania 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.

Dowód: SWZ

PORR, celem wykazania spełnienia warunku udziału z pkt 14.2.4 SWZ, wskazał w wykazie robót wykonanie następujących zadań inwestycyjnych:

- (1) „Rozwijanie infrastruktury na wyspie Krievu dla transferu robót portowych z centrum miasta”, w której długość wykonanego nabrzeża wyniosła 1180,52 m, zaś głębokość pogrążonej ścianki -27 m- inwestycja wykonana dla Zarządu Wolnego Portu Ryskiego;
- (2) „Przebudowę nabrzeży nr 67 i 68 przy ul. Nemuno G.2 w Kłajpedzie (Etapy II i III budowy)”, w której długość nabrzeża wyniosła 312,93, zaś głębokość pogrążonej ścianki 21 m- inwestycja wykonana dla Przedsiębiorstwa Państwowego Zarządu Państwowego Portu Morskiego Kłajpeda.

Na potwierdzenie wykonania przedmiotowych zadań inwestycyjnych PORR załączył:

- w odniesieniu do zadania inwestycyjnego wskazanego w pkt 1 – referencje Zarządu Wolnego Portu Ryskiego z dnia 13 stycznia 2016 r. wraz z tłumaczeniem na język polski, z których wynika, iż roboty budowlane objęte referencjami wykonało konsorcjum wykonawców w składzie „Skonto Buve” oraz „AS BMGS”;
- w odniesieniu do zadania inwestycyjnego wskazanego w pkt 2 – opinię o wykonanych pracach w obiekcie Przedsiębiorstwa Państwowego Zarządu Państwowego Portu Morskiego Kłajpeda z dnia 20 kwietnia 2021 r. wraz z tłumaczeniem na język polski, z którego wynika, iż roboty budowlane wskazane w opinii wykonali wspólnie wykonawcy w składzie AS „BMGS” oraz UAB „Hidrostatyba”

Dowody: wykaz robót, referencje z dnia 13 stycznia 2016 r. z tłumaczeniem na język polski, opinia z dnia 20 kwietnia 2021 r. z tłumaczeniem na język polski

D o oferty PORR załączone zostało zobowiązanie podmiotu trzeciego (AS BMGS) do oddania do dyspozycji PORR niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W treści oświadczenia wskazano, iż AS BMGS udostępni swoje zasoby w zakresie wykonania co najmniej 2 robót budowlanych (co najmniej 2 inwestycje - umowy) polegających (każda z nich) na budowie lub przebudowie minimum 100 m odcinka nabrzeża (tj. łącznie co najmniej 200 m) z pogrążeniem ścianki szczelnej do głębokości minimum 12 m. Oznacza to, iż AS BMGS udostępniła swoje zasoby w zakresie spełnienia Warunku udziału z pkt 14.2.4 SWZ. 22. Jednocześnie w złożonym wraz z ofertą zobowiązaniu AS BMGS oświadczyła, iż udostępni swoje zasoby w zakresie „podwykonawstwa na czas niezbędny do zrealizowania zamówienia” na podstawie umowy podwykonawczej.

Dowód: zobowiązanie AS BMGS z dnia 14 września 2022 r.

Przystępujący w formularzu oferty, w odniesieniu do przewidzianego podwykonawstwa AS BMGS wskazał, że podmiot ten wykona część robót kafarowych.

Dowód: formularz oferty przystępującego

Zamawiający w dniu 4 lipca 2023r. wezwał przystępującego do udzielenia następujących wyjaśnień: „Prosimy o wskazanie zakresu, jaki zostanie powierzony podwykonawcy AS „BMGS”. Wykonawca PORR S.S. w złożonym formularzu oferty w pkt 8 oświadczył, że zamierza powierzyć podwykonawcy AS „BMGS” wykonanie części robót kafarowych, Podmiot AS „BMGS: w treści dokumenty – „Zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia oświadczył, że jako podwykonawca będzie wykonywał roboty podwykonawcze. Zarówno w oświadczeniu Wykonawcy PORR S.A. , jak i podwykonawcy brak jednoznacznego wskazania jaki zakres (część) zamówienia zostanie powierzona do wykonania podwykonawcy AS „BMGS”

Dowód: wezwanie do wyjaśnień z dnia 4 lipca 2023 r.

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie przystępujący złożył wyjaśnienia z dnia 10 lipca 2023 r., w których w pkt 1 potwierdził „wykonawca wskazuje, że AS „BMGS” będzie uczestniczył jako podwykonawca w realizacji robót budowlanych nabrzeża w zakresie robót kafarowych polegających na pogrążeniu ścianki szczelnej”.

Dowód: wyjaśnienia PORR z dnia 10 lipca 2023 r.

W dniu 7 sierpnia 2023 r. zamawiający poinformował odwołującego o wyborze oferty PORR jako oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu ofert pozostałych wykonawców: STRABAG Sp. z o.o., BUDIMEX S.A oraz Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o.

Dowód: pismo z dnia 7 sierpnia 2023 r.

Odwołujący w dniu 17 sierpnia 2023 r. wniósł odwołanie od ww. czynności zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 118 ust. 2 i 3 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez nieprawidłową ocenę oferty PORR, skutkującą uznaniem, że wykonawca ten spełnia Warunek udziału, pomimo, iż (1) ze złożonego przez AS BMGS zobowiązania nie wynika, iż zrealizuje on roboty budowlane do realizacji których jego zdolności są wymagane, a więc w zakresie objętym Warunkiem udziału, (2) dodatkowo zaś ze złożonych przez PORR wyjaśnień oraz formularza oferty wynika, iż AS BMGS zrealizuje jedynie część zakresu robót stanowiących Warunek udziału, tj. część polegającą na pogrążeniu ścianki szczelnej stanowiącej jedynie fragment robót kafarowych;

2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP w zw. z art. 118 ust. 2 i 3 oraz w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PORR, pomimo iż analiza informacji zawartych w złożonych przez tego wykonawcę w toku Postępowania podmiotowych środkach dowodowych prowadzi do wniosku, iż PORR opierając się na zdolności podmiotu trzeciego w zakresie spełniania Warunku udziału przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego z którego wynika jednoznacznie, iż podmiot ten wykona jedynie część robót stanowiących zakres Warunku udziału, co oznacza, że tym samym PORR nie wykazał realności w dysponowaniu zasobem podmiotu trzeciego oraz spełniania Warunku udziału, co winno skutkować odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy P.z.p. ewentualnie

3)art. 128 ust. 1 w zw. z art. 118 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania PORR do poprawienia zobowiązania, o którym mowa w art. 118 ust. 3 ustawy P.z.p., poprzez przedłożenie zobowiązania, z którego wynikać będzie, że AS BMGS wykona przedmiot zamówienia udzielanego w postępowaniu w zakresie robót wskazanych w treści warunku udziału;

4)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 2 i 3 oraz w zw. z art. 17 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PORR, pomimo iż analiza informacji zawartych w złożonych przez tego wykonawcę w toku postępowania: (1) wykazie robót, (2) referencjach (3) oświadczeniu, o którym mowa w art. 118 ust. 3 ustawy P.z.p. oraz (4) wyjaśnieniach prowadzi do wniosku, iż PORR opierając się na zdolności podmiotu trzeciego w zakresie spełniania warunku udziału nie wykazał, iż podmiot ten realizując roboty w ramach konsorcjum faktycznie nabył wiedzę i doświadczenie w zakresie warunku udziału, a zatem nie wykazał spełniania Warunku udziału, co winno skutkować odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP; ewentualnie

5)art. 128 ust. 4 w zw. z art. 118 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania PORR do wyjaśnień, co do faktycznego udziału AS BMGS w realizacji prac wskazanych w wykazie robót na potwierdzenie spełniania Warunku udziału w sytuacji, gdy z przedłożonych referencji wynika, iż prace objęte wykazem robót AS BMGS realizował nie samodzielnie, a wspólnie z innymi podmiotami.

Wyrokiem z dnia 1 września 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2445/23 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu ewentualnego dotyczącego nieprawidłowości zobowiązania do udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci przedłożonego przez PORR i nakazała zamawiającemu (1) unieważnić czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, (2) wezwać PORR do poprawienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie spełniania warunku udziału z pkt 14.2.4 SWZ, (3) dokonać ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Izba w uzasadnieniu stwierdziła m.in.:

Zdaniem Izby warunek udziału obejmował wykonanie co najmniej 2 robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie odcinka nabrzeża wraz z pogrążeniem ścianki szczelnej. Wyładnia literalna warunku udziału wskazuje, iż pogrążenie ścianki szczelnej stanowi jedynie część robót wymaganych przez Zamawiającego celem wykazania zdolności technicznej i zawodowej. Warunek dotyczy budowy lub przebudowy minimum 100 m odcinka nabrzeża (tj. łącznie co najmniej 200 m), którego elementem było pogrążenie ścianki szczelnej do głębokości minimum 12 m. Interpretacja spornego warunku udziału przedstawiona przez Przystępującego nie zasługuje na uwzględnienie. Zdaniem Izby nie ma podstaw, aby wykonanie wyłącznie robót kafarowych utożsamiać w budowę/przebudowę nadbrzeża. Gdyby Zamawiający oczekiwał doświadczenie tylko w zakresie robót kafarowych, to tak sformułowałby warunek udziału w postępowaniu. Tymczasem w analizowanym stanie faktyczny, Zamawiający wymagał realizacji zadania polegającego na budowie lub przebudowanie nadbrzeża i z treści dokumentów winno wynikać, że wykonawca legitymuje się właśnie takim doświadczenie i takie doświadczenie będzie udostępnione przez podmiot trzeci. Przystępujący zatem winien wskazać, jakie prace składały się na budowę/przebudowę nadbrzeża, tak by jednoznacznie ze złożonych oświadczeń wykonawcy Zamawiający mógł

ustalić spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zgodzić się należy z Przystępującym, że Zamawiający nie sprecyzował w SWZ rodzaju nadbrzeża jakie podlegało przebudowie/budowie, niemniej jednak Izba wskazuje, że wykonawca winien wykazać jakie elementy na budowę/przebudowę nadbrzeża zostały wykonane w ramach realizacji spornego zadania, tak aby Zamawiający mógł ocenić czy rzeczywiście doszło do budowy/przebudowy nadbrzeża, o wymaganej długości. Ponadto, Izba zgadza się z Przystępującym, że nie zawsze zakres prac dla zamówienia objętego postępowaniem i opisanych w dokumentacji projektowej pokrywa się z zakresem prac wynikającym z warunku udziału w postępowaniu. Niemniej jednak, o zakresie warunku decyduje zamawiający w SWZ i zamawiający może te zakresy ze sobą utożsamiać. Ponadto, warunki udziału w zamówieniu służą weryfikacji doświadczenia wykonawcy w kontekście zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia. Zatem zakres prac objętych przedmiotem zamówienia jest jedną z wytycznych interpretacyjnych treści warunku udziału w postępowaniu w przypadku sporu co do jego zakresu, znaczenia. W przedmiotowym postępowaniu warunek dotyczy budowy/przebudowy nadbrzeża. I choć Zamawiający nie określił zakresu prac jakie składają się na budowę/przebudowę nadbrzeża, to jednak przyjęcie interpretacji prezentowanej przez Przystępującego, że wystracające jest powołanie się na wykonanie robót kafarowych jest nieuprawnione, bowiem nie wynika to z treści warunku. Wykonawca ma obowiązek wykazania doświadczenia w zakresie budowy/przebudowy, którego elementem jest pogrążenie ścianki szczelnej. Wykonawca winien zatem wskazać zakres prac jaki składał się na budowę/przebudowę nadbrzeża. Izba zgadza się z Odwołującym, że z treści złożonych dokumentów przez Przystępującego wynika niedookreślony zakres doświadczenia udostępnianego przez podmiot trzeci AS BMGS. Jeśli AS BMGS będzie realizował jedynie roboty związane z pogrążeniem ścianki szczelnej wykonywanej w ramach robót kafarowych i nie będzie realizowała prac w zakresie w jakim udostępnia swoje zdolności (tj. wykonania co najmniej 2 robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie odcinka nabrzeża.), to nie będzie to wypełniało w pełni warunku udziału w Postępowaniu. W ocenie Izby, Zamawiający na podstawie art. 118 ust. 2 ustawy pzp oraz w świetle pkt 16.2 SWZ zaniechał dokonać uważnej analizy, czy wskazany w zobowiązaniu AS BMGS potencjał udostępniony został w sposób realny i czy ta realność została zachowana zarówno w ofercie oraz w zobowiązaniu, jak i na etapie realizacji zamówienia. Zamawiający dysponował jedynie bardzo ogólnym zobowiązaniem AS BMGS. Dlatego zdaniem Izby zasadne było nakazanie Zamawiającemu wezwanie Przystępującego do poprawienia zobowiązania w sposób jednoznacznie wykazujący, iż podmiot trzeci wykona roboty budowlane, do realizacji których jego zdolności są wymagane, tj. w zakresie warunku udziału w postępowaniu.

Dowody: odwołanie z dnia 17 sierpnia 2023 r., wyrok KIO z dnia 1 września 2023 r., sygn. akt KIO 2445/23

Pismem z dnia 4 października 2023 r., zamawiający działając w trybie art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. wezwał PORR do poprawienia zobowiązania AS BMGS.

Dowód: wezwanie zamawiającego z dnia 4 października 2023 r.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 11 października 2023 r. PORR przedłożył zobowiązanie AS BMGS datowane na 9 października 2023 r. W treści poprawionego zobowiązania AS BMGS zobowiązał się udostępnić PORR „doświadczenie opisane w pkt. 14.2.4 SWZ nabyte w ramach realizacji zadań inwestycyjnych:

a) Rozwijanie infrastruktury na wyspie Krievu dla transferu robót portowych z centrum miasta;

b) Przebudowa nabrzeży nr 67 i 68 przy ul. Nemuno G. 2 w Kłajpedzie (Etapy II i III budowy),

tj. 2 roboty budowlane (2 inwestycje) polegające (każda z nich) na budowie lub przebudowie ponad 100m odcinka nabrzeża (tj. łącznie ponad 200m) z pogrążeniem ścianki szczelnej do głębokości 12m.

W ramach ww. robót zrealizowane zostały m.in. następujące prace:

- wykonanie ścianki szczelnej nabrzeża wraz zakotwieniem,
- wykonanie fundamentów palowych nabrzeża,
- wykonanie żelbetowej nadbudowy nabrzeża,
- montaż wyposażenia nabrzeża,
- wykonanie nawierzchni,
- wykonanie robót czerpalnych”

Opisując zakres i okres udziału przy wykonywaniu zamówienia AS BMGS oświadczyła: wykonywanie robót budowlanych, do realizacji których zostało udostępniane doświadczenie, tj. w zakresie opisanym w warunku udziału w postępowaniu w pkt 14.2.4 SWZ. Roboty będą wykonywane na podstawie umowy podwykonawczej przez cały okres realizacji umowy.

Dowód: zobowiązanie AS BMGS z dnia 9 października 2023 r.

Zamawiający pismem z dnia 18 października 2023 r. wezwał przystępującego do potwierdzenia, że podmiot trzeci, tj. AS „BMGS” udostępniający swoje doświadczenie na poczet spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 14.2.4. SWZ, wykona roboty budowlane, do realizacji których jego zdolności są wymagane, tj. wykona pogrążenie wraz z

zakotwieniem ścianki szczelnej i wykona żelbetową nadbudowę.

Dowód: wezwanie z dnia 18 października 2023 r.

Pismem z dnia 23 października 2023 r. PORR oświadczył, że podmiot trzeci, tj. AS BMGS udostępniający PORR swoje doświadczenie (zdolności) w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 14.2.4. SWZ, wykona roboty budowlane, do realizacji których jego zdolności są wymagane, tj. wykona pogrążenie ścianki szczelnej, oraz dodatkowo wykona zakotwienie ścianki szczelnej i żelbetową nadbudowę. Przystępujący wskazał, że: „W konsekwencji w niniejszym postępowaniu z uwagi na treść ww. warunku udziału, w celu wypełnienia wymogów wynikających z art. 118 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, podmiot udostępniający zasoby jest zobowiązany do wykonania robót polegających na pogrążeniu ścianki szczelnej do głębokości minimum 12 m. Roboty budowlane opisane w treści ww. warunku udziału obejmują bowiem wyłącznie „budowę lub przebudowę nabrzeża z pogrążaniem ścianki szczelnej do głębokości minimum 12 m”. Przystępujący stwierdził ponadto, że w wezwaniu z dnia 18 października 2023 r. zamawiający, po terminie składania ofert, dokonuje rozszerzającej interpretacji ww. warunku udziału i poszerza treść warunku wprowadzając do niego wymóg wykonania dodatkowych robót, które nie zostały w tym warunku wprost wyartykułowane, tj. ponad wykonanie pogrążenia ścianki szczelnej do głębokości minimum 12 m.

Dowód: wyjaśnienia PORR z dnia 23 października 2023 r.

W dniu 7 listopada 2023 r. dokonał ponownego wyboru oferty PORR jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Dowód: pismo z dnia 7 listopada 2023 roku

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

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.

Postanowieniem wydanym na posiedzeniu w dniu 30 grudnia 2023 roku Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła wniosek przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy P.z.p., wskazując, że dyspozycja tego przepisu obliuguje Krajową Izbę Odwoławczą do odrzucenia odwołania, jeżeli odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu. W rozpoznawanym przypadku odwołanie zostało wniesione nie na czynność wezwania przystępującego do poprawienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie spełniania warunku udziału z pkt 14.2.4 SWZ (do czego zamawiający został zobowiązany przez Izbę w wyroku z dnia 1 września 2023 roku sygn. akt KIO 2445/23), ale na ocenę zobowiązania złożonego w wyniku tego wezwania. Jest to nowa czynność zamawiającego, która podlega kontroli wykonywanej poprzez wnoszenie środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie P.z.p.

Izba uwzględniła stanowiska stron wskazane w pismach procesowych złożonych w sprawie oraz – w przypadku odwołującego i przystępującego – w oświadczeniach złożonych na rozprawie w dniu 30 listopada 2023 roku.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 118 ust. 2 i 3 w zw. art. 118 ust. 4 pkt 3 oraz w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez nieprawidłową ocenę oferty PORR, skutkującą uznaniem, że wykonawca ten spełnia warunek udziału z pkt 14.2.4 specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), pomimo iż: (1) ze złożonego przez AS BMGS zobowiązania nie wynika, iż zrealizuje on roboty budowlane, do realizacji których jego zdolności są wymagane, a więc w zakresie objętym warunkiem udziału z pkt 14.2.4 SWZ, (2) PORR prezentuje swoją własną, zawężającą interpretację warunku udziału z pkt 14.2.4 SWZ, stojącą w opozycji do wykładni zamawiającego, powodującą w istocie niemożliwość ustalenia, jaki konkretnie potencjał udostępnia AS BMGS i jaki zakres rzeczowy zamówienia zostanie przez ten podmiot wykonany, implikując brak możliwości potwierdzenia, iż zakres ten będzie odpowiadał zakresowi robót ujętych w treści warunku udziału z pkt 14.2.4 SWZ.

Zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy P.z.p. 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. W myśl 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 dowodów 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, czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Wskazane wyżej przepisy stanowią efekty implementacji do polskiego systemu prawnego przepisu zawartego w art. 63 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, zgodnie z którym, w odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 3, oraz kryteriów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 4, wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. W odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych, określonych w załączniku XII część II lit. f), lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą jednak polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. W przypadku gdy wykonawca chce polegać na zdolności innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów.

Wskazane uregulowania umożliwiają wykonawcy, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowo-ekonomicznej, powołać się nie tylko na własne zdolności, lecz również na zdolności jednego lub kilku podmiotów trzecich. Przepis znajduje więc zastosowanie, gdy wykonawca nie spełnia sam warunków udziału w postępowaniu lub – w przypadku procedur dwuetapowych – chce podnieść swoje szanse na zakwalifikowanie się do dalszego etapu postępowania i w celu zwiększenia swoich zdolności podmiotowych opiera się, w stosunkach z zamawiającym, na zdolnościach podmiotów trzecich, z których zasobów zamierza skorzystać. Udostępnienie zasobów może jednak, a w niektórych przypadkach nawet musi łączyć się z powierzeniem realizacji części zamówienia podmiotowi trzeciemu.

Dowodem potwierdzającym dysponowanie niezbędnymi zasobami jest zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny właściwy do tego celu podmiotowy środek dowodowy. Art. 118 ust. 4 ustawy P.z.p. określa minimalną treść zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów. Przepis należy jednak 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. Zatem zobowiązanie powinno zawierać: opis zachowania się podmiotu udostępniającego zasoby (np. oddanie narzędzi do użytkowania, wykonanie części zamówienia itp.) oraz 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.).

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego postępowania, stwierdzić należy, że zobowiązanie podmiotu AS „BMGS” z dnia 9 października 2023 roku spełnia wskazane wyżej wymagania. Podmiot trzeci w złożonym dokumencie zobowiązał się do udostępnienia przystępującemu zasobów w postaci doświadczenia, które dokładnie opisał w sposób następujący:

„doświadczenie opisane w pkt. 14.2.4 SWZ nabyte w ramach realizacji zadań inwestycyjnych:

a) Rozwijanie infrastruktury na wyspie Krievu dla transferu robót portowych z centrum miasta;

b) Przebudowa nabrzeży nr 67 i 68 przy ul. Nemuno G. 2 w Kłajpedzie (Etapy II i III budowy),

tj. 2 roboty budowlane (2 inwestycje) polegające (każda z nich) na budowie lub przebudowie ponad 100 m odcinka nabrzeża (tj. łącznie ponad 200 m) z pograżeniem ścianki szczelnej do głębokości 12 m.

W ramach ww. robót zrealizowane zostały m.in. następujące prace:

- wykonanie ścianki szczelnej nabrzeża wraz zakotwieniem,
- wykonanie fundamentów palowych nabrzeża,
- wykonanie żelbetowej nadbudowy nabrzeża,
- montaż wyposażenia nabrzeża,
- wykonanie nawierzchni,
- wykonanie robót czerpalnych”

Jednocześnie podmiot trzeci określił zakres i okres udziału przy wykonywaniu zamówienia: „wykonywanie robót budowlanych, do realizacji których zostało udostępniane doświadczenie, tj. w zakresie opisanym w warunku udziału w postępowaniu w pkt 14.2.4 SWZ”.

W tym miejscu Izba podkreśla, że przepisy ustawy P.z.p. nie określają treści zobowiązania do udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci, wskazując jedynie niezbędne elementy, jakie zobowiązanie to powinno zawierać. W szczególności ustawa nie precyzuje, czy wykonywany przez podmiot trzeci zakres ma zostać wskazany wprost w zobowiązaniu, czy też może być określony poprzez odesłanie do treści zawartych w innych dokumentach, w tym – jak w rozpoznawanym przypadku – do konkretnego postanowienia specyfikacji warunków zamówienia. W ocenie Izby brak jest podstaw do stwierdzenia, iż wyłącznie dokument określający wprost taki zakres stanowi prawidłową treść zobowiązania, o ile zakres ten da się określić w sposób niebudzący wątpliwości, przy zastosowaniu podstawowych zasad wykładni oświadczeń woli.

Postanowienie SWZ, do którego referowało oświadczenie, określa warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, z którego wynika wymóg wykazania się wykonaniem, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia przez Wykonawcę działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie oraz zgodnie z przepisami Prawa budowlanego i prawidłowym ukończeniem (tj. wskutek dokonania odbioru częściowego lub końcowego) co najmniej 2 robót budowlanych (co najmniej 2 inwestycje - umowy) polegających (każda z nich) na budowie lub przebudowie minimum 100 m odcinka nabrzeża (tj. łącznie co najmniej 200 m) z pogrążeniem ścianki szczelnej do głębokości minimum 12 m.

A zatem z opisu wynikającego z pkt. 14.2.4. SWZ wynika zakres wskazujący na wykonanie robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie nabrzeża z pogrążeniem ścianki szczelnej. Określenie w zobowiązaniu podmiotu trzeciego, iż wykona on zakres opisany w warunku udziału w postępowaniu w pkt 14.2.4 SWZ oznacza, że wykona on te właśnie roboty, które zostały wskazane w tej jednostce redakcyjnej SWZ. Konkluzja taka jest oczywista i nie wymaga zastosowania skomplikowanych zabiegów interpretacyjnych.

Informacja, że podmiot trzeci wykona roboty wskazane w pkt. 14.2.4. SWZ, nie budzi wątpliwości również z tego powodu, że podmiot AS „BMGS” posiada doświadczenie w wykonywaniu tego rodzaju robót, nabyte podczas wykonywania zadań inwestycyjnych wskazanych w zobowiązaniu, jako że zadania te obejmowały tego rodzaju roboty. Okoliczność ta nie była kwestionowana przez odwołującego w odwołaniu.

Irrelevantne dla rozpoznania zarzutu jest stanowisko przystępującego wyrażone w piśmie z dnia 23 października 2023 roku. Izba wskazuje, że przedmiotem oceny Izby jest treść zobowiązania podmiotu trzeciego, AS „BMGS”, z dnia 9 października 2023 roku, do udostępnienia zasobów. Treść tego zobowiązania nie podlega wykładni dokonywanej przez podmiot, na rzecz którego zostało złożone, jak również podmiot ten nie jest uprawniony do dokonywania jakichkolwiek zmian w tego rodzaju dokumencie. Izba dokonuje oceny na podstawie treści dokumentu, z uwzględnieniem okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, którymi, w rozpoznawanym przypadku, były właściwe postanowienia SWZ, w tym, w szczególności, brzmienie warunku udziału w postępowaniu zawarte w pkt. 14.2.4. SWZ.

Izba pominęła podniesioną w odwołaniu argumentację dotyczącą podanej przez przystępującego w formularzu ofertowym i w wyjaśnieniach z dnia 10 lipca 2023 roku informacji, iż AS „BMGS” będzie realizował jako podwykonawca jedynie roboty kafarowe, polegające na pogrążeniu ścianki szczelnej. Izba wskazuje, że podniesiony w tym zakresie zarzut był już przedmiotem rozpoznania Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu o sygn. akt: KIO 2445/23, która w wyroku z dnia 1 września 2023 roku stwierdziła, że *nie ma podstaw, aby wykonanie wyłącznie robót kafarowych utożsamiać w budowę/przebudowę nadbrzeża* i jednocześnie nakazała *wzwać PORR do poprawienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie spełniania warunku udziału z pkt 14.2.4 SWZ*. Tym samym Izba uznała, że stwierdzone nieprawidłowości w ofercie przystępującego mogą zostać konwalidowane złożeniem poprawionego zobowiązania podmiotu trzeciego, co też przystępujący wykonał. Ani strony, ani przystępujący nie wykazali, że wyrok w sprawie KIO 2445/23 został zaskarżony skutecznie wniesioną, niepodlegającą odrzuceniu skargą, zatem należy przyjąć, że stał się on prawomocny, a rozstrzygnięte nim zarzuty nie mogą podlegać ponownemu rozpoznaniu.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, a to z uwagi na nieprzedłożenie rachunków ani spisu kosztów, co jest warunkiem przyznania tychże kosztów zgodnie z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020, poz. 2437).

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa

Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....