

Sygn. akt: KIO 3409/23

WYROK
z dnia 28 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Elżbieta Dobrenko

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2023 r. przez wykonawcę **P.J.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „**Tombud**” **P.J.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **45 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Wędrzynie**

przy udziale wykonawców Konsorcjum: **Atrem S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, Metrotech Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** oraz **Budled Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **P.J.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „**Tombud**” **P.J.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **P.J.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „**Tombud**” **P.J.** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) 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 3409/23

Uzasadnienie

45 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Wędrzynie, dalej: „*Zamawiający*” prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „*ustawa Pzp*”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Remont budynku koszarowego nr 12/k. 2629 m. Skwierzyna”, nr postępowania: 33/TP/2023, dalej: „*Postępowanie*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 maja 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00232400.

Wykonawca P.J., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Tombud” P.J. w dniu 13 listopada 2023 r. wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych czynności, podjętej przez Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Wskazanej powyżej czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucił w szczególności naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c i art. 253 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 118 ust. 1-4 i art. 124 pkt 1 i 2, art. 126 ust. 1-3, art. 128 ust. 1-5 Pzp poprzez:

- niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania, mimo że ten spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;
- przyjęcie, że udział Przedsiębiorstwa Budowlanego JPG Sp. z o. o. z siedzibą w Rychnowie w realizacji zamówienia publicznego pod nazwą Remont budynku koszarowego nr 12/k.2629 m. Skwierzyna ma charakter symboliczny;
- przyjęcie, że Odwołujący nie złożył podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- poprzez niedostateczne uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty Odwołującego.

W związku z tym, Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp;
2. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego;
3. ewentualnie nakazanie wykonania lub powtórzenia czynności Zamawiającego;
4. powołanie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w załącznikach 1-12 do niniejszego odwołania na okoliczność w szczególności realnego udziału Przedsiębiorstwa Budowlanego JPG Sp. z o. o. z siedzibą Rychnowi w realizacji zamówienia publicznego pod nazwą Remont budynku koszarowego nr 12/k.2629 m. Skwierzyna;
5. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia

25 października 2023 r. ostatecznie wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzić

spełnienie warunków udziału w postępowaniu - zdolności technicznej

i zawodowej, tj. wykazu robót budowlanych, z których wynika, że wykonał w sposób należyty co najmniej 3 roboty odpowiadające przedmiotowi zamówienia o wartości każdej z nich nie mniej niż 3.000.000,00 zł oraz załączenia dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście.

W związku z tym, Odwołujący przedstawił referencje na dwie roboty odpowiadające przedmiotowi zamówienia o wartości każdej z nich nie mniejszej niż 3.000.000,00 zł oraz polegał na zasobach Przedsiębiorstwa Budowlanego JPG Sp. z o. o. z siedzibą w Rychnowie, na jedną robotę odpowiadającą przedmiotowi zamówienia o wartości nie mniejszej niż 3.000.000,00 zł. Wszystkie te referencje odpowiadały przedmiotowi zamówienia, tj. były takie same, ponieważ obejmowały roboty projektowe i roboty ogólnobudowlane. Dodatkowo został przesłany aneks z dnia 26.10.2023 r. do umowy o współpracę dnia z dnia 23.06.2023 r.,

z którego wynika, że w razie wygrania przez Odwołującego przetargu na zadanie pn. Remont budynku koszarowego nr 12/k.2629 m. Skwierzyna, a w konsekwencji zawarcia ze Skarbem Państwa – 45 Wojskowym Oddziałem Gospodarczym umowy o roboty budowlane JPG wykona roboty budowlane w branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej na kwotę co najmniej 3.000.000,00 zł. Do treści powyższego aneksu Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się w zawiadomieniu. Odwołujący wskazał, że strony zawarły umowę w celu realnego wykonania przez Wykonawcę zamówienia publicznego pod nazwą Remont budynku koszarowego

nr 12/k.2629 m. Skwierzyna, numer postępowania: 33/TP/2023, numer ogłoszenia: 2023/BZP 00232400/01. Roboty wymienione w § 1 pierwotnej umowy miały charakter przykładowy,

a ostateczne ich doprecyzowanie miało nastąpić w podwykonawczej umowie o roboty budowlane. W związku z tym aneks jest pisemnym urzeczywistnieniem woli stron istniejącej

w dniu zawarcia umowy. Zdaniem Odwołującego zawarcie powyższego aneksu świadczyło

o realnym wykorzystaniu na etapie realizacji zamówienia zasobów JPG w zakresie udostępnienia doświadczenia, do realizacji których określone zdolności są w postępowaniu wymagane.

Odwołujący podkreślił, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu (art. 65 § 1 i 2 kodeksu cywilnego).

W tym kontekście Odwołujący wskazał, że umowa o współpracy to tzw. umowa nienazwana. Umowa o współpracy jest zazwyczaj umową, w której zobowiązania (świadczenia) stron są określone ogólnie. Często umowa ta ma charakter umowy ramowej, która wyraża zamiar stron nawiązania współpracy w jakiejś dziedzinie, natomiast szczegóły współpracy są określane

w umowie zawieranej na podstawie ustaleń umowy ramowej.

„Decydujący jest zgodny zamiar stron umowy, a nie sposób jej rozumienia tylko przez jedną

z nich”, a co dopiero rozumienie umowy przez osoby trzecie. „Nie przekreślając znaczenia wykładni postanowień łączących strony umów należy, dla ustalenia, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, zbadać okoliczności jej zawarcia oraz ustalone zwyczaje, które stronom współpracującym od lat były znane.” Odwołujący podkreślił, że „kiedy tekst umowy jest niejasny, zachodzi potrzeba usunięcia wątpliwości przy zastosowaniu reguł wskazanych w art. 65 § 2 k.c., dających pierwszeństwo badaniu zgodnego zamiaru stron i celu umowy przed dosłownym brzmieniem tekstu. Wówczas analiza powinna objąć niejasne postanowienia

w powiązaniu z całym tekstem, przedmiotem uzgodnień, charakterem umowy, zważać należy także na zasady i zwyczaje w ramach współpracy w stosunkach gospodarczych. Wskazane jest przyjmowanie takiego sensu oświadczeń woli stron, które uwzględnia logikę całego tekstu oraz kontekst sytuacyjny.”

Odwołujący wskazał, że z daleko idącej ostrożności procesowej, nawet treść pierwotnej umowy, należy tłumaczyć z punktu widzenia oświadczenia, jakie złożył JPG co do oddania Odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia.

Zgodnie z art. 118 ust. 2 Pzp, w sytuacji gdy wykonawcy polegają na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, podmioty te muszą wykonać roboty budowlane, do realizacji których wymagane jest doświadczenie oceniane na etapie prowadzenia postępowania. W praktyce oznacza to, że podmiot trzeci musi być bezpośrednio zaangażowany w realizację jakiejś części zamówienia poprzez bezpośrednią realizację danego zakresu robót budowlanych. Zaangażowanie podmiotu trzeciego może przybierać formę umowy o podwykonawstwo w rozumieniu art. 7 pkt 27 p.z.p. szczególnie wówczas, gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, a podmiot trzeci odpowiada za spełnienie zasadniczego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia.

Odwołujący podkreślił, że nie można zapominać, że zobowiązanie podmiotu trzeciego jest podmiotowym środkiem dowodowym, który to podlega uzupełnieniu na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p. jeżeli zawiera np. błędy (czyli np. jest błędnie sformułowane), co Odwołujący uczynił

przedstawiając na wezwanie aneks.

Odwołujący podkreślił również, że w przypadku polegania na zasobach podmiotu trzeciego, w celu wykazania spełnienia warunku doświadczenia w postępowaniu, ustawa nie określa sposobu udostępniania tych zasobów i wymogów w zakresie udziału podmiotu trzeciego

w wykonaniu zamówienia. W związku z tym ocena, czy wykonawca rzeczywiście dysponuje niezbędnymi zasobami odbywa się na podstawie złożonego przez wykonawcę zobowiązania lub innego podmiotowego środka dowodowego, w kontekście przedmiotu zamówienia. Zamawiający ocenia, że zadeklarowany sposób udostępnienia zasobów (art. 118 ust. 4 pkt

2 p.z.p.) pozwala na przyjęcie, że wykonawca faktycznie zasobami dysponuje. W ocenie Odwołującego dobrowolne zobowiązanie JPG do wykonania zamówienia oraz umowa wraz

z aneksem pozwala na uznanie, że udostępnienie jest realne.

Zadeklarowany sposób udostępnienia zasobów pozwala na przyjęcie, że Odwołujący faktycznie zasobami dysponuje, a wykonanie robót na kwotę co najmniej 3.000.0000,00 zł przez JPG jako podwykonawca pozwala na uznanie, że udostępnienie jest realne. Ponadto, postanowienia Pzp i SWZ, nie uzależniają oceny realności udostępnienia zasobów przez przyrząd konkretnych (poza oświadczeniem) podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący wskazał, że uzasadnienie faktyczne i prawne zawarte w zawiadomieniu (choćby nieodniesienie się przez Zamawiającego do aneksu, ale także do robót wymienionych w pierwotnej umowie, tj. dlaczego nie są realne) jest niewystarczające, ponieważ de facto nie wykazał on (na podstawie konkretnych faktów/wiedzy technicznej i ich właściwej subsumpcji) dlaczego uznał, że udział JPG w realizacji zamówienia publicznego pod nazwą Remont budynku koszarowego nr 12/k.2629 m. Skwierzyna ma charakter symboliczny. „Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty

zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Jak wskazano

w wyroku KIO z dnia 9 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1629/21, KIO 1638/21: "Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z ww. przepisem wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować

w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować."

Na marginesie Odwołujący wskazał, że co najmniej niekonsekwentne jest działanie Zamawiającego w niniejszej sprawie, ponieważ w odwołaniu (również w niniejszym postępowaniu) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie sygn. akt KIO 2440/23 lider konsorcjum ATREM S.A. z siedzibą w Bydgoszczy podnosił podobne twierdzenia, jak Zamawiający w zawiadomieniu, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania pisząc,

iż twierdzenia te są bezpodstawne. Nie wiadomo, z czego wynika diametralna zmiana stanowiska Zamawiającego. Z niewiadomych przyczyn Zamawiający odstąpił w niniejszej sprawie od utrwalonej praktyki rozstrzygania postępowania w takim samym stanie faktycznym i prawnym. W postępowaniu nr 7/2020/INFRA Zamawiający oparł się wyłącznie na oświadczeniu, tj. zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby do oddania Odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia i nie badał innych podmiotowych środków dowodowych w tym zakresie, mimo że orzecznictwo KIO w tym zakresie nie jest żadnym novum.

W piśmie z dnia 24 listopada 2023 r. – odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu pisma Zamawiający wskazał, iż prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Remont budynku koszarowego nr 12/k.2629 m. Skwierzyna, Nr postępowania 33/TP/2023. W prowadzonym postępowaniu Odwołujący złożył ofertę, w której oświadczył, że przedmiot zamówienia wykona osobiście. Jednocześnie wraz

z ofertą złożył oświadczenie stanowiące załącznik numer 3 do SWZ- „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia” przez Przedsiębiorstwo Budowlane JP Sp. z o.o. z siedzibą w Barlinku. Podmiot ten zobowiązał się do oddania do dyspozycji niezbędne zasoby w zakresie doświadczenia zawodowego, jednocześnie oświadczał, że sposób wykorzystania z zasobów przez wykonawcę przy wykonaniu zamówienia to: „spełnienie wymogów udziału w postępowaniu oraz podstaw do wykluczenia zapisanych

Specyfikacji Warunków Zamówienia”, a charakter stosunku, jaki będzie łączył podmiot z wykonawcą to Umowa współpracy.

Zamawiający wskazał, że w toku prowadzonego postępowania Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego do złożenia dokumentów mających potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Ponadto w dniu 2 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia umowy współpracy, na podstawie której Przedsiębiorstwo Budowlane JPG Spółka z o.o. z siedzibą w Barlinku użycza zasobów podczas realizacji przedmiotu zamówienia. W piśmie Zamawiający wskazał, że „zgodnie

z brzmieniem art. 118 ust. 1 i 2 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu może polegać na zdolnościach innych podmiotów. Jeżeli wykonawca korzysta z doświadczenia podmiotu trzeciego, to podmiot ten winien zrealizować roboty budowlane, do realizacji których udostępniane doświadczenie jest wymagane. Innymi słowy, jeżeli wykonawca nie posiada własnego doświadczenia i chce skorzystać z doświadczenia innego wykonawcy, to jest to dozwolone. W takim przypadku, mając na uwadze charakter użyzonego potencjału,

ustawodawca wprowadził obostrzenie w postaci wymogu, aby to doświadczony przedsiębiorca wykonywał te roboty. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący przedłożył dokumenty. Zamawiający w dniu 9 sierpnia 2023 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołującego, o czym poinformował Wykonawców biorących udział w prowadzonym postępowaniu pismem nr 498/ ZP/23. 16 sierpnia 2023 r. Wykonawca Konsorcjum firm Atrem S.A. z siedzibą w Bydgoszczy i Metrotech Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego, zarzucając:

- a) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 a-b Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TOMBUD, pomimo, że treść oferty TOMBUD została złożona przez wykonawcę: podlegającego wykluczeniu z postępowania oraz niespełniającego udziału w postępowaniu,
- b) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Tombud pomimo, że treść oferty Tombud jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- c) naruszenie art. 109 ust. 1 punkt 8 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Tombud z Postępowania, pomimo że Tombud w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowania, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- d) naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Tombud z Postępowania pomimo, że Tombud w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, argumentując, iż zarzuty nie mogą zostać uwzględnione przez Zamawiającego zarówno

w części, jak i w całości. Niemniej jednak zachodziła, w ocenie Zamawiającego, konieczność unieważnienia czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej

w postępowaniu i powtórzenia czynności obejmującej przeprowadzenie ponownego badania

i oceny ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający przywrócił czynność badania i oceny ofert a Odwołujący Konsorcjum Atrem S.A. w dniu 29 sierpnia 2023 r. cofnął odwołanie. Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 30 sierpnia 2023 r. wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego (sygn. akt: KIO 2440/23). Przywracając czynności badania

i oceny ofert Zamawiający w dniu 20 września 2023 r. pismem nr 717/ZP/23, w trybie art. 223 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów. W odpowiedzi Odwołujący oświadczył, że nie zamierza powierzyć żadnej części podwykonawcom. Jednocześnie oświadczył, że w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach podmiotu Przedsiębiorstwa Budowlanego JPG Sp. z o.o. z siedzibą w Rychnowie. Wskazał, że zachował się niekonsekwentnie, ponieważ ma świadomość, że podmiot trzeci musi być bezpośrednio zaangażowany w realizację jakiejś części zamówienia poprzez bezpośrednią realizację danego zakresu robót. W związku z tym przedłożył poprawiony formularz ofertowy w zakresie zaangażowania podwykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego JPG Sp. z o.o. z siedzibą w Rychnowie. Odnosząc się do powyższego Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. związku z art. 122 ustawy z 12 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych wezwał Wykonawcę pismem

z dnia 25 października 2023 r. do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu - zdolności technicznej lub zawodowej, to jest wykazu robót budowlanych, w których wykaże, że wykonał w sposób należyty, w szczególności zgodnie

z przepisami Prawa budowlanego i prawidłowo ukończył co najmniej 3 roboty odpowiadające przedmiotowi zamówienia

(tj. roboty ogólnobudowlane), o wartości każdej z nich nie mniejszej niż 3.000.000,00 zł brutto oraz załączy dowody określające, czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście. Zamawiający poinformował Wykonawcę, iż wcześniej dokonał oceny negatywnej względem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę, który użyczył od Podmiotu trzeciego zasób w postaci wiedzy i doświadczenia. Wykonawca w wyznaczonym terminie, tj. do dnia 27 października 2023 r., do godziny 12:00 uzupełnił dokumenty, przedkładając jeszcze raz ten sam wykaz robót budowlanych wraz

z referencjami, potwierdzającymi należyte wykonanie robót, który złożył pierwotnie na wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentów oraz Aneks do umowy współpracy z dnia 26 października 2023 r. W związku z tym, że Zamawiający wcześniej dokonał oceny negatywnej względem spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę, który użyczył od Podmiotu trzeciego zasób w postaci wiedzy i doświadczenia, a Wykonawca samodzielnie na wezwanie Zamawiającego nie wykazał spełnienia warunku udziału

w postępowaniu, oferta zgodnie z art. 226 pkt 2 lit. c ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych została odrzucona, ponieważ została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zawiadomił Odwołującego w dniu 8 listopada 2023 r. pismem nr 904/ZP/23, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych odrzuca jego ofertę

z postępowania, ponieważ została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu podając następujące uzasadnienie: w ocenie Zamawiającego odrzucenie oferty Odwołującego jest zasadne, a przedmiotowa czynność Zamawiającego została wykonana zgodnie z obowiązującymi przepisami Pzp. Nadmienić należy, że przyjęcie innego stanowiska byłoby sprzeczne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i orzecznictwem wydanym przez Krajową Izbę Odwoławczą. Odwołujący składając ofertę do przedmiotowego postępowania złożył zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia przez Przedsiębiorstwo Budowlane JPG Sp. z o. o. z siedzibą w Barlinku. Podmiot ten zobowiązał się użyczyć do dyspozycji Wykonawcy niezbędny zasób w postaci „doświadczenia zawodowego”.

Na wezwanie do złożenia dokumentów mających potwierdzić spełnienie warunków udziału

w postępowaniu. Wykonawca przedłożył wykaz robót budowlanych, stanowiący załącznik numer 5 do SWZ, wykazując trzy roboty budowlane odpowiadające przedmiotowi zamówienia, z których jedna robota wykonana jest przez Przedsiębiorstwo Budowlane JPG Sp. z o.o. (podmiot użyczający doświadczenie zawodowe) na rzecz „Przedsiębiorstwa Budowlanego JPG DWA” Sp. z o.o. z siedzibą w Barlinku oraz dwie roboty budowlane, wykonane przez wykonawcę Tombud P.J. z siedzibą w Międzyrzeczu na rzecz 45 WOG

w Wędrzynie oraz Samodzielnego Publicznego Szpitala dla Nerwowo i Psychicznie Chorych w Międzyrzeczu.

W toku postępowania Wykonawca przedłożył umowę współpracy oraz złożył wyjaśnienia,

z treści których wynika, że podmiot użyczający doświadczenie wykona poniższy zakres prac: A/ BRANŻA SANITARNA - Instalacja c.o. tj.:

Poz. Kosztorysu 307 : Próby szczelności instalacji c.o. z rur z tworzyw sztucznych - dodatek za próbę w budynkach niemieszkalnych

Poz. Kosztorysu 308 : Próby z dokonaniem regulacji instalacji centralnego ogrzewania (na gorąco)

B/ BRANŻA SANITARNA - Instalacja wody zimnej i ciepłej tj.:

Poz. Kosztorysu 329 : Próba szczelności instalacji wodociągowych z rur z tworzyw sztucznych w budynkach niemieszkalnych (rurociąg o śr. do 63 mm)

C/ BRANŻA SANITARNA – Instalacja hydrantowa tj:

Poz. Kosztorysu 342 : Próba szczelności instalacji wodociągowych z rur żeliwnych, stalowych i miedzianych w budynkach niemieszkalnych (rurociąg o śr. do 65 mm)

D/ BRANŻA SANITARNA : Instalacja wentylacji mechanicznej tj.:

Poz. Kosztorysu 380 : Próba i uruchomienie instalacji wraz z urządzeniami (Pomieszczenie nr 209)

Poz. Kosztorysu 387 : Próba i uruchomienie instalacji wraz z urządzeniami (Pomieszczenia nr 120a,121)

Poz. Kosztorysu 398 : Próba i uruchomienie instalacji wraz z urządzeniami (Pomieszczenie nr 25)

Poz. Kosztorysu 405 : Próba i uruchomienie instalacji wraz z urządzeniami (Pomieszczenie nr 24)

Poz. Kosztorysu 413 : Próba i uruchomienie instalacji wraz z urządzeniami (Pomieszczenia nr 13 , 14)

Poz. Kosztorysu 418 : Próba i uruchomienie instalacji wraz z urządzeniami (Pomieszczenie nr 9)

Poz. Kosztorysu 424 : Próba i uruchomienie instalacji wraz z urządzeniami (Pomieszczenie piwniczne)

E/ BRANŻA SANITARNA – Instalacja klimatyzacji tj.:

Poz. Kosztorysu 430 : Próba szczelności urządzeń i instalacji obiegu freonu itp. o wydajności 5.0 tys. kcal/h

F/ BRANŻA ELEKTRYCZNA – Instalacja oddymiania i SSP

Poz. Kosztorysu 573 : Montaż stacji pogodowej

Poz. Kosztorysu 577 : Badanie linii kablowej - kabel sygnalizacyjny 10-żyłowy

Poz. Kosztorysu 578 : Sprawdzenie i pomiar 1-fazowego obwodu elektrycznego niskiego napięcia

Poz. Kosztorysu 579 : Szkolenie obsługi

Poz. Kosztorysu 580 : Dokumentacja powykonawcza

G/ BRANŻA ELEKTRYCZNA – Pomiar elektryczne

Poz. Kosztorysu 603 : Sprawdzenie samoczynnego wyłączenia zasilania (pierwsza próba)

Poz. Kosztorysu 604 : Sprawdzenie samoczynnego wyłączenia zasilania (następna próba)

Poz. Kosztorysu 605 : Badania i pomiary instalacji uziemiającej (pierwszy pomiar)

Poz. Kosztorysu 606 : Badania i pomiary instalacji piorunochronnej (pierwszy pomiar)

Poz. Kosztorysu 607 : Badania i pomiary instalacji piorunochronnej (każdy następny pomiar)

Poz. Kosztorysu 608 : Pomiar natężenia oświetlenia wewnątrz na wyznaczonych punktach pomiarowych płaszczyzny roboczej - pomiar pierwszy

Poz. Kosztorysu 609 : Pomiar natężenia oświetlenia wewnątrz na wyznaczonych punktach pomiarowych płaszczyzny roboczej - każdy następny pomiar w pomieszczeniu

Poz. Kosztorysu 610 : Pomiar natężenia oświetlenia wewnątrz na wyznaczonych punktach pomiarowych płaszczyzny roboczej - pomiar pierwszy - oś. awaryjne

Poz. Kosztorysu 611 : Pomiar natężenia oświetlenia wewnątrz na wyznaczonych punktach pomiarowych płaszczyzny roboczej - każdy następny pomiar.

Zamawiający wskazał, że musi dokonać oceny poziomu zaangażowania podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia biorąc pod uwagę nie tylko procentowy udział tego podmiotu

w realizacji zamówienia, ale także aspekty właściwe dla powierzonego zakresu, jak pracochłonność wykonania prac.

Zamawiający wskazał, że podkreślenia wymaga, że porównując zakres prac w prowadzonym postępowaniu obejmujący roboty w zakresie branży budowlanej, sanitarnej oraz elektrycznej z zakresem prac, które ma wykonać podmiot udzielający zasoby w postaci doświadczenia to stopień procentowy, jak i zakres zaangażowania są nieadekwatne do postawionego żądania wykazania się określonymi zdolnościami. Zgodnie z orzecznictwem KIO, z treści zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby musi wynikać, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów (por. wyrok KIO

z 20 marca 2023 r., sygn. akt KIO 596/23). W przypadku posługiwania się doświadczeniem podmiotu trzeciego wykonawca musi wykazać, że podmiot ten rzeczywiście będzie brał udział w realizacji części robót budowlanych, a stopień i zakres zaangażowania będą adekwatne do postawionego żądania wykazania się określonymi zdolnościami. Zastrzeżenie to wynika z art. 118 ust. 2 Pzp.

Zamawiający porównując zakres prac będących przedmiotem zamówienia w prowadzonym postępowaniu obejmującym roboty w zakresie branży budowlanej, sanitarnej oraz elektrycznej z zakresem prac, które ma wykonać podmiot udzielający zasoby w postaci doświadczenia stwierdził, że stopień procentowy jak zakres zaangażowania podmiotu, na którego zasoby powołuje się Odwołujący jest nieadekwatny do postawionego żądania wykazania się określonymi zdolnościami.

Zamawiający wskazał, że reasumując podmiot, na zdolności którego powołuje się wykonawca nie musi wykonać sam zakresu zamówienia, do którego wykonania wymagane są te zdolności, jednakże udział jego nie może pozostać symboliczny, niewielki w stosunku do całości mających być wykonanych robót budowlanych, a taki ma wymiar w niniejszej sprawie. Nie sposób przy tym ustalić jednego poziomu udziału podmiotów w wykonywaniu zamówienia, który zagwarantuje, że warunek zostanie uznany za spełniony. Wszystko zależy od okoliczności faktycznych konkretnej sprawy, w tym od przedmiotu zamówienia oraz postawionych warunków udziału w postępowaniu. W oparciu o całokształt treści oferty oraz dokumentów postępowania zamawiający winien dokonać oceny, czy zakres realizacji zamówienia przez taki podmiot jest realny i gwarantuje prawidłową realizację zamówienia przez posiadający wymagane kwalifikacje podmiot.

Zamawiający wskazał, że dokonał negatywnej oceny złożonych w postępowaniu dokumentów przez Odwołującego mających potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę, w związku z treścią art. 118 ust. 4 Pzp, na co wskazał w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 25 października 2023 r. Możliwość polegania na zasobie doświadczenia została więc uzależniona od tego, czy podmiot trzeci zrealizuje roboty budowlane, do realizacji których udostępniony zasób jest potrzebny, co de facto oznacza obowiązek zapewnienia w tej części podwykonawstwa (lub istnienia innego stosunku prawnego) w trakcie wykonywania inwestycji. Natomiast brak powierzenia podmiotowi udzielającemu doświadczenie realizacji części zamówienia, do realizacji której rzeczony zdolności są wymagane, powoduje niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co miało miejsce w niniejszej sprawie.

W przedmiotowym wezwaniu z dnia 25 października 2023 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę, na podstawie art. 128 w zw. z art. 122 Pzp do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez

Wykonawcę. Z tego względu Wykonawca przedkładając aneks do umowy z dnia 26 października 2023 r. nie wykonał zobowiązania wskazanego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, a Zamawiający nie mógł potraktować owego dokumentu jako prawidłowo złożonego. Zgodnie z art. 123 Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Umowa o współpracę przewidywała m. in. wykonanie usług, jak badań i pomiarów czy też prób uruchomienia instalacji wraz z urządzeniami, które to prace stanowiące usługi mają poboczny charakter w stosunku do przedmiotu zamówienia (roboty budowlane), a ich wartość stanowiła nikły procent prac wchodzących w przedmiot zamówienia. Dodatkowo podmiot trzeci Przedsiębiorstwo Budowlane JPG Sp. z o.o. udostępnił doświadczenie zawodowe w postaci wykonania robót ogólnobudowlanych, a przedmiot umowy współpracy takich robót nie obejmował. Zamawiający wskazał, że wobec powyższego stwierdził, że realizacja zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby nie jest realna i nie gwarantuje prawidłowej realizacji zamówienia przez ten podmiot. Z tego względu z wyżej wymienionych względów uwzględnienie treści aneksu byłoby niedopuszczalne po uprzedniej negatywnej ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego w świetle art. 122 Pzp.

Na marginesie Zamawiający wskazał, że z aneksu do umowy z dnia 26 października 2023 r. nie wynika zakres wykonywanych czynności, jakie miałby wykonać podmiot trzeci, na którego zasoby powoływał się Odwołujący w ramach przedmiotu zamówienia. Odnosząc się do zarzutów Odwołującego co do braku konsekwencji w działaniu Zamawiającego, Zamawiający wskazał, że ze względu na wnioski zawarte w odwołaniu Konsorcjum Atrem S.A. uwzględnienie zarzutów byłoby zbyt daleko idące i niedopuszczalne w świetle przepisów Pzp. W ocenie Zamawiającego nie było postaw do wykluczenia Odwołującego Tombud

z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp lub 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. W ocenie Zamawiającego zaistniała konieczność unieważnienia czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w celu powtórzenia czynności obejmujących przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz wezwania Odwołującego do wyjaśnienia oraz złożenia dokumentów. Po przeprowadzeniu powyższych czynności, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niespełniającą warunków udziału w postępowaniu, a nie jak wносиło Konsorcjum Atrem S.A. w odwołaniu wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp lub 109 ust.

1 pkt 10 Pzp. Nadto Zamawiający wskazał, że postępowanie nr 7/2020/INFRA zostało przeprowadzone na podstawie już nie obowiązującej ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Stąd myli się Odwołujący, że w obu sprawach występuje taki sam stan faktyczny i prawny.

Zamawiający podkreślił, że orzecznictwo KIO w zakresie interpretacji i zastosowania art. 118 Pzp dotyczącym oceny realności udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie ukształtowało się po wejściu w życie obecnie obowiązującej ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Z tego względu zarzut Odwołującego w tym zakresie należy uznać za chybiony.

W ocenie Zamawiającego w świetle przedstawionych przez Odwołującego argumentów, jak i dotychczas zgromadzonych dokumentów w postępowaniu, zarzut naruszenia przepisów w szczególności art. 226 ust. 1 pkt 2 litera c i art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 118 ust. 1-4 i art. 124 pkt 1 i 2, art. 126 ust. 1 i 3, art. 128 ust. 1 i 5 Pzp jest niezasadny.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem jest odrzucenie odwołania nie wystąpiła.

Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w świetle przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Konsorcjum: Atrem S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, Metrotech Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Budled Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu dalej: „Przystępujący”, wykazując interes

w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Przystępujący w piśmie z dnia 24 listopada 2023 r. wniósł o oddalenie w całości odwołania.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie.

Izba rozpoznając odwołanie uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie

z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu

odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust.

2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej, dokumenty stanowiące załączniki do odwołania oraz pisma Odwołującego z dnia 27 listopada 2023 r.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę

Zamawiający 45 Wojskowy Oddział Gospodarczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Remont budynku koszarowego nr 12/k.2629 m. Skwierzyna, Nr postępowania 33/TP/2023.”

W dniu 8 listopada 2023 r. Zamawiający, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

W Rozdziale VI SWZ Warunki udziału w postępowaniu Zamawiający w pkt 4 lit. a) zdolności techniczne lub zawodowe wskazał: „Wykonawca spełni warunek w ww. zakresie, jeśli wykaże że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał w sposób należyty, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył co najmniej 3 roboty odpowiadające przedmiotowi zamówienia (tj. roboty projektowe, roboty ogólnobudowlane) o wartości każdej z nich nie mniej niż 3.000.000,00 zł brutto - załącznik numer 5 do SWZ”

W załączniku nr 5 Wykaz robót Odwołujący powołał się na zasoby podmiotu - Przedsiębiorstwo Budowlane JPG Sp. z o.o. z siedzibą w Rychnowie, dalej jako: „Przedsiębiorstwo Budowlane JPG natomiast w Zobowiązaniu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (załącznik nr 3 do SWZ), Przedsiębiorstwo Budowlane JPG oświadczyło, że odda Odwołującemu do dyspozycji niezbędne zasoby – doświadczenie zawodowe na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia Remontu budynku koszarowego nr 12/k.2629 m. Skwierzyna przez cały okres realizacji zamówienia i w celu jego należytego wykonania. Sposób wykorzystania w/w zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia to: spełnienie wymogów udziału w postępowaniu oraz podstaw do wykluczenia zapisanych w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Charakter stosunku, jaki będzie łączył Odwołującego z wykonawcą to umowa

o współpracę. W dniu 2 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłużenia umowy współpracy, na podstawie której Przedsiębiorstwo Budowlane JPG użyczyło zasobów podczas realizacji przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący złożył umowę o współpracę z 23 czerwca 2023 r. zawartą pomiędzy Odwołującym a Przedsiębiorstwem Budowlanym JPG. Zgodnie z umową Przedsiębiorstwo Budowlane JPG w razie wyboru oferty Odwołującego jakonajkorzystniejszej w Postępowaniu, a w konsekwencji zawarcia z 45 Wojskowym Oddziałem Gospodarczym w Wędrzynie umowy, Przedsiębiorstwo Budowlane JPG zobowiązało się

do wykonania następujących elementów robót zamówienia:

A/ BRANŻA SANITARNA - Instalacja c.o. tj.:

Poz. Kosztorysu 307: Próby szczelności instalacji c.o. z rur z tworzyw sztucznych - dodatek za próbę w budynkach niemieszkalnych

Poz. Kosztorysu 308: Próby z dokonaniem regulacji instalacji centralnego ogrzewania (na gorąco)

B/ BRANŻA SANITARNA - Instalacja wody zimnej i ciepłej tj.:

Poz. Kosztorysu 329: Próba szczelności instalacji wodociągowych z rur z tworzyw sztucznych w budynkach niemieszkalnych (rurociąg o śr. do 63 mm)

C/ BRANŻA SANITARNA – Instalacja hydrantowa tj:

Poz. Kosztorysu 342: Próba szczelności instalacji wodociągowych z rur żeliwnych, stalowych i miedzianych w budynkach niemieszkalnych (rurociąg o śr. do 65 mm)

D/ BRANŻA SANITARNA : Instalacja wentylacji mechanicznej tj:

Poz. Kosztorysu 380: Próba i uruchomienie instalacji wraz z urządzeniami (Pomieszczenie nr 209)

Poz. Kosztorysu 387: Próba i uruchomienie instalacji wraz z urządzeniami (Pomieszczenia nr 120a,121)

Poz. Kosztorysu 398: Próba i uruchomienie instalacji wraz z urządzeniami (Pomieszczenie nr 25)

Poz. Kosztorysu 405: Próba i uruchomienie instalacji wraz z urządzeniami (Pomieszczenie nr 24)

Poz. Kosztorysu 413: Próba i uruchomienie instalacji wraz z urządzeniami (Pomieszczenia nr 13, 14)

Poz. Kosztorysu 418: Próba i uruchomienie instalacji wraz z urządzeniami (Pomieszczenie nr 9)

Poz. Kosztorysu 424: Próba i uruchomienie instalacji wraz z urządzeniami (Pomieszczenie piwniczne)

E/ BRANŻA SANITARNA – Instalacja klimatyzacji tj.:

Poz. Kosztorysu 430: Próba szczelności urządzeń i instalacji obiegu freonu itp. o wydajności 5.0 tys. kcal/h

F/ BRANŻA ELEKTRYCZNA – Instalacja oddymiania i SSP

Poz. Kosztorysu 573: Montaż stacji pogodowej

Poz. Kosztorysu 577: Badanie linii kablowej - kabel sygnalizacyjny 10-żyłowy

Poz. Kosztorysu 578: Sprawdzenie i pomiar 1-fazowego obwodu elektrycznego niskiego napięcia

Poz. Kosztorysu 579: Szkolenie obsługi

Poz. Kosztorysu 580: Dokumentacja powykonawcza

G/ BRANŻA ELEKTRYCZNA – Pomiary elektryczne

Poz. Kosztorysu 603: Sprawdzenie samoczynnego wyłączenia zasilania (pierwsza próba)

Poz. Kosztorysu 604: Sprawdzenie samoczynnego wyłączenia zasilania (następna próba)

Poz. Kosztorysu 605: Badania i pomiary instalacji uziemiającej (pierwszy pomiar)

Poz. Kosztorysu 606: Badania i pomiary instalacji piorunochronnej (pierwszy pomiar)

Poz. Kosztorysu 607: Badania i pomiary instalacji piorunochronnej (każdy następny pomiar)

Poz. Kosztorysu 608: Pomiar natężenia oświetlenia wewnątrz na wyznaczonych punktach pomiarowych płaszczyzny roboczej - pomiar pierwszy

Poz. Kosztorysu 609: Pomiar natężenia oświetlenia wewnątrz na wyznaczonych punktach pomiarowych płaszczyzny roboczej - każdy następny pomiar w pomieszczeniu

Poz. Kosztorysu 610: Pomiar natężenia oświetlenia wewnątrz na wyznaczonych punktach pomiarowych płaszczyzny roboczej - pomiar pierwszy - oś. Awaryjne

Poz. Kosztorysu 611: Pomiar natężenia oświetlenia wewnątrz na wyznaczonych punktach pomiarowych płaszczyzny roboczej - każdy następny pomiar.

W dniu 9 sierpnia 2023 r. Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą. Odwołanie wobec czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w dniu

16 sierpnia 2023 r. złożył wykonawca Konsorcjum firm Atrem S.A. z siedzibą w Bydgoszczy

i Metrotech Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zarzucając Zamawiającemu:

a) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 a-b Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TOMBUD, pomimo, że treść oferty TOMBUD została złożona przez wykonawcę: podlegającego wykluczeniu z postępowania oraz niespełniającego udziału w postępowaniu,

b) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Tombud pomimo, że treść oferty Tombud jest niezgodna z warunkami zamówienia,

c) naruszenie art. 109 ust. 1 punkt 8 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Tombud z Postępowania, pomimo że Tombud w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowania, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

d) naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Tombud z Postępowania pomimo, że Tombud w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiającego unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu

i powtórzył czynności obejmujące przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołujący Konsorcjum Atrem S.A. w dniu 29 sierpnia 2023 r. cofnął odwołanie. Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 30 sierpnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2440/23 wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

W dniu 20 września 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnień wynikających z rozbieżności złożonych w toku postępowania dokumentów, w związku z:

- oświadczeniem Odwołującego, że wykona przedmiot zamówienia osobiście, co było sprzeczne ze złożonymi na wezwanie Zamawiającego dokumentami,

- oświadczeniem podmiotu udostępniającego Odwołującemu niezbędne zasoby, że sposób wykorzystania oddanych zasobów (wiedzy i doświadczenia) to: spełnienie wymogów udziału w postępowaniu oraz podstaw do wykluczenia zapisanych w SWZ, a zgodnie z art. 118 ust.

1 i 2 ustawy Pzp, wykonawca, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału

w postępowaniu może polegać na zdolnościach innych podmiotów, ale podmiot ten winien zrealizować roboty budowlane, do realizacji których udostępniane doświadczenie jest wymagane. Brak powierzenia podmiotowi używającemu doświadczenie realizacji części zamówienia, do realizacji której zdolności są wymagane, powoduje niech

wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu;

- przedłożoną umową współpracy z 23 czerwca 2023 r. zawartą pomiędzy Odwołującym

a podmiotem użyczającym zasób, która nie odzwierciedlała użyczonego zasobu w zakresie spełnienia warunku.

W odpowiedzi - piśmie z dnia 25 września 2023 r. Odwołujący wskazał, że w złożonej ofercie wskazał, że nie zamierza powierzyć żadnej części podwykonawcom i oświadczył, że w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach Przedsiębiorstwa Budowlanego JPG. Była to jego niekonsekwencja, ponieważ, jak wskazał w piśmie, miał świadomość, że podmiot trzeci musi być bezpośrednio zaangażowany w realizację jakiejś części zamówienia poprzez bezpośrednią realizację danego zakresu robót. Wskazał ponadto, że nieprawidłowe wypełnienie formularza oferty w zakresie deklaracji co do planowanego zaangażowania podwykonawcy nie dyskwalifikuje oferty, a poprawienie formularza ofertowego poprzez dostosowanie jego treści do faktycznej roli przypisanej podmiotowi trzeciemu, nie stanowi jej istotnej zmiany, w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp i jest dopuszczalne, nie stanowi także zmiany treści oferty.

Odwołujący wskazał także, że załączył do pisma poprawiony formularz oferty w zakresie zaangażowania podwykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego JPG Sp. W związku

z warunkiem Zmawiającego w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Odwołujący przedstawił referencje na dwie roboty odpowiadające przedmiotowi zamówienia o wartości każdej z nich nie mniejszej niż 3.000.000 złotych brutto oraz polegał na zasobach Przedsiębiorstwa Budowlanego JPG na jedną robotę odpowiadającą przedmiotowi zamówienia o wartości nie mniejszej niż 3.000.000 złotych brutto. Odwołujący wskazał

w piśmie na zakres zobowiązania ww. podmiotu w ramach zadania do wykonania. Odwołujący podkreślił w piśmie, że w jego ocenie zadeklarowany sposób udostępnienia zasobów pozwala na przyjęcie, że faktycznie zasobami dysponuje, a wykonanie konkretnych robót przez Przedsiębiorstwo Budowlane JPG jako podwykonawca powala na uznanie, że udostępnienie jest realne. W umowie o współpracę z 23 czerwca 2023 r. nie została wskazana jakkolwiek wartość wynagrodzenia Podwykonawcy, postanowienia i SWZ nie uzależniają oceny realności udostępnienia zasobów przez przyznanie wartości wynagrodzenia Podwykonawcy.

Zamawiający w dniu 25 października 2023 r., na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzić spełnianie warunku udziału w postępowaniu - zdolności technicznej lub zawodowej tj. wykazu robót budowlanych załącznik numer 5 do SWZ, na którym wykaże, że zrealizował roboty zgodnie z zapisami w dziale VI pkt 4 SWZ oraz załączy dowody określające, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami 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. W uzasadnieniu pisma Zamawiający wskazał, że porównując zakres prac w prowadzonym postępowaniu obejmujący roboty

w zakresie branży budowlanej, sanitarnej oraz elektrycznej z zakresem prac, które ma wykonać podmiot użyczający zasoby w postaci doświadczenia to stopień procentowy,

jak i zakres zaangażowania są nieadekwatne do postawionego żądania wykazania się określonymi zdolnościami. Zamawiający wskazał, że udział podmiotu, na zdolności którego powołuje się wykonawca nie może pozostać symboliczny, niewielki w stosunku do całości mających być wykonywanych robót budowlanych.

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego Odwołujący złożył poprawiony formularz swojej oferty oraz załączył Aneks do umowy z dnia 26 października 2023 r. do umowy o współpracę

z 23 czerwca 2023 r., który wskazywał, że w razie wygrania przez Odwołującego przetargu na zadanie pod nazwą Remont budynku koszarowego numer nr 12/k. 2629 m. Skwierzyna,

a w konsekwencji zawarcia ze Skarbem Państwa-Wojskowym Oddziałem Gospodarczym umowę o roboty budowlane Przedsiębiorstwo Budowlane JPG wykona roboty budowlane w branży budowlanej sanitarnej i elektrycznej na kwotę co najmniej 3.000.000 zł. Wyżej wymienione roboty wynikają, z referencji, których udzielił JPG, a także wartościowo odpowiadają tej referencji.

W dniu 8 listopada 2023 r. Zamawiający, na podstawie art. 226 ustęp 1 pkt 2 lit. c ust. Pzp, odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ została złożona przez wykonawcę niespełniającego udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że dokonał oceny negatywnej poziomu zaangażowania podmiotu trzeciego w realizację zamówienia, biorąc pod uwagę nie tylko procentowy udział tego podmiotu w realizacji zamówienia, ale także aspekty właściwe dla powierzonego zakresu, jak pracochłonność wykonania prac na podstawie przedłożonych dokumentów i wyjaśnień, o czym poinformował wykonawcę w dniu 25.10. 2023 r. pismem nr 829/ZP/23. Zamawiający wskazał, że działając na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca w wyznaczonym terminie, tj. do dnia 27.10.23 uzupełnił dokumenty, przedkładając jeszcze raz ten sam wykaz robót budowlanych wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie robót, który złożył pierwotnie na wezwanie Zamawiającego do

złożenia dokumentów oraz Aneks do umowy współpracy z dnia 26.10. 2023 r. Zamawiający wskazał, że w związku z tym, że wcześniej dokonał oceny negatywnej wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę, który użyczył od podmiotu trzeciego zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, a wykonawca samodzielnie na wezwanie Zamawiającego nie wykazał spełnienia warunku, stwierdził, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, podlega odrzuceniu, ponieważ została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, 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.

Stosownie do art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Stosownie do art. 118 ust. 3 ustawy Pzp, 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.

Zgodnie z art. 118 ust. 4 ustawy Pzp, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

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

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, 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.

Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Zgodnie z art. 119 ustawy Pzp, zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

Stosownie do art. 123 ustawy Pzp, że wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Stosownie do art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty,

o wykonawcach, którzy których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego, mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania

o udzielenie zamówienia.

Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o zarzuty odwołania, mając na uwadze wskazane w odwołaniu okoliczności faktyczne i prawne.

W ocenie Izby, zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się niezasadne.

Izba wskazuje, iż w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego

w postaci doświadczenia, udostępnienie tych zasobów musi mieć charakter realny, co oznacza, że ten podmiot musi brać rzeczywisty udział w wykonaniu przedmiotu zamówienia

w takiej części zamówienia lub w takim zakresie, w jakim wykonawca deklaruje udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji tej części lub zakresu zamówienia.

Z treści złożonego zobowiązania lub innego podmiotowego środka dowodowego powinno wynikać, że udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci ma charakter realny. Powyższe dokumenty powinny wskazywać konkretny zakres czynności, do wykonania których zobowiązuje się podmiot udostępniający swoje zasoby.

Wymóg wykonania konkretnego zakresu czynności w zamówieniu, z którymi wiąże się udostępniany zasób oznacza obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia

przez podmiot udostępniający zasoby w charakterze podwykonawcy lub przy jego udziale.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane JPG, udostępniający Odwołującemu zasoby w postaci doświadczenia, będzie uczestniczył

w realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie, który odpowiada udostępnionym zasobom.

Z umowy współpracy z 23 czerwca 2023 r., zawartej pomiędzy Odwołującym

a Przedsiębiorstwem Budowlanym JPG wynika, iż Przedsiębiorstwo Budowlane JPG jako podmiot użyczający zasoby wykona jedynie prace polegające na:

A/ BRANŻA SANITARNA - Instalacja c.o. tj.:

- próbach szczelności instalacji c.o. z rur z tworzyw sztucznych - dodatek za próbę w budynkach niemieszkalnych

- próbach z dokonaniem regulacji instalacji centralnego ogrzewania (na gorąco)

B/ BRANŻA SANITARNA - Instalacja wody zimnej i ciepłej tj:

- próbie szczelności instalacji wodociągowych z rur z tworzyw sztucznych w budynkach niemieszkalnych (rurociąg o śr. do 63 mm);

C/ BRANŻA SANITARNA – Instalacja hydrantowa tj:

- próbie szczelności instalacji wodociągowych z rur żeliwnych, stalowych i miedzianych w budynkach niemieszkalnych (rurociąg o śr. do 65 mm);

D/ BRANŻA SANITARNA : Instalacja wentylacji mechanicznej tj:

- próbie i uruchomieniu instalacji wraz z urządzeniami (Pomieszczenie nr 209);

- próbie i uruchomieniu instalacji wraz z urządzeniami (Pomieszczenia nr 120a, 121);

- próbie i uruchomieniu instalacji wraz z urządzeniami (Pomieszczenie nr 25);

- próbie i uruchomieniu instalacji wraz z urządzeniami (Pomieszczenie nr 24);

- próbie i uruchomieniu instalacji wraz z urządzeniami (Pomieszczenia nr 13, 14);

- próbie i uruchomieniu instalacji wraz z urządzeniami (Pomieszczenie nr 9);

- próbie i uruchomieniu instalacji wraz z urządzeniami (Pomieszczenie piwniczne);

E/ BRANŻA SANITARNA – Instalacja klimatyzacji tj:

- próbie szczelności urządzeń i instalacji obiegu freonu itp. o wydajności 5.0 tys. kcal/h;

F/ BRANŻA ELEKTRYCZNA – Instalacja oddymiania i SSP:

- montaż stacji pogodowej;

- badaniu linii kablowej - kabel sygnalizacyjny 10-żyłowy;

- sprawdzeniu i pomiarze 1-fazowego obwodu elektrycznego niskiego napięcia;

- szkoleniu obsługi;

- dokumentacja powykonawcza;

G/ BRANŻA ELEKTRYCZNA – Pomiary elektryczne:

- sprawdzenie samoczynnego wyłączania zasilania (pierwsza próba);

- sprawdzenie samoczynnego wyłączania zasilania (następna próba);

- badaniu i pomiarach instalacji uziemiającej (pierwszy pomiar);
- badaniach i pomiarach instalacji piorunochronnej (pierwszy pomiar);
- badaniach i pomiarach instalacji piorunochronnej (każdy następny pomiar);
- pomiarze natężenia oświetlenia wewnątrz na wyznaczonych punktach pomiarowych płaszczyzny roboczej - pomiar pierwszy;
- pomiarze natężenia oświetlenia wewnątrz na wyznaczonych punktach pomiarowych płaszczyzny roboczej - każdy następny pomiar w pomieszczeniu;
- pomiarze natężenia oświetlenia wewnątrz na wyznaczonych punktach pomiarowych płaszczyzny roboczej - pomiar pierwszy - oś. awaryjne;
- pomiarze natężenia oświetlenia wewnątrz na wyznaczonych punktach pomiarowych płaszczyzny roboczej - każdy następny pomiar.

Natomiast rodzaj i zakres prac, w ramach jednej roboty odpowiadającej przedmiotowi zamówienia o wartości nie mniejszej niż 3.000.000,00 zł, którą użyczyło Przedsiębiorstwo Budowlane JPG obejmował m. in.: budowę budynku mieszkalnego wielorodzinnego, w tym: wykonanie sieci elektrycznej, wykonanie przyłączy sanitarnych, roboty budowlane: m. in. roboty ziemne, wykonanie fundamentów, roboty: murowe, posadzkarskie, tynkarskie, okładzinowe, malarskie, montaż stolarki okiennej, wykonanie instalacji elektrycznej.

Izba stwierdza, że zakres i rodzaj prac, które zobowiązało się wykonać Przedsiębiorstwo Budowlane JPG w ramach zamówienia nie odpowiada udostępnionym przez Przedsiębiorstwo Budowlane JPG zasobom. Są to zasoby nieadekwatne do postawionego przez Zamawiającego żądania wykazania się określonymi zdolnościami.

W piśmie z dnia 24 listopada 2023 r., Przystępujący określił, że wskazane w umowie o współpracę pozycje kosztorysowe (odnoszące się do przedmiarów sporządzonych przez Zamawiającego na potrzeby opisu przedmiotu zamówienia) stanowią zaledwie 4,2 % wszystkich pozycji kosztorysowych, tworzących pełen zakres rzeczowy zamówienia, Umowa współpracy odnosi się do 26 pozycji kosztorysowych, natomiast wszystkie przedmiary, sporządzone przez Zamawiającego i stanowiące załączniki do SWZ, liczą łącznie 611 pozycji, co oznacza marginalny zakres udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia i przesądza o pozorności użyczenia zasobów przez podmiot trzeci.

Odwołujący tym okolicznościom nie zaprzeczył i nie wskazał żadnych dowodów dla potwierdzenia, że dobrowolne zobowiązanie się Przedsiębiorstwa Budowlanego JPG do wykonania zamówienia oraz umowa z aneksem pozwalały na uznanie, że udostępnienie zasobów jest realne. Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Izba stwierdza, że zarówno z treści zobowiązania Przedsiębiorstwa Budowlanego JPG do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, z postanowień umowy współpracy z 23.06.2023 r., jak również postanowień aneksu z 26.10.2023 r. nie wynika, aby zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez Przedsiębiorstwo Budowlane JPG miało charakter realny.

Ponadto Izba wskazuje, że zgodnie z art. art. 123 ustawy Pzp, wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on

w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. A zatem Zamawiający nie mógł dokonać oceny, czy udostępnienie przez Przedsiębiorstwo Budowlane JPG zasobów miało charakter realny w oparciu o postanowienia aneksu z 26.10.2023 r.

Zakres polegania przez wykonawcę na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby musi zostać określony do upływu terminu składania ofert i nie może zostać następnie w toku postępowania o udzielenie zamówienia rozszerzony.

Tak więc biorąc pod uwagę powyższą okoliczność oraz treść dokumentów przedstawionych przez Odwołującego: zobowiązanie Przedsiębiorstwa Budowlanego JPG do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów z 22.06.2023 r. oraz umowę o współpracy z 23.06.2023 r.

W odniesieniu do obowiązków zamawiającego w zakresie oceny dokumentów przedstawionych przez Odwołującego w Postępowaniu, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 119 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu ocenić, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 4 pzp.

Ocena jest dokonywana przez zamawiającego w oparciu o oświadczenia lub dokumenty przedstawione przez wykonawcę powołującego się na zasoby podmiotu trzeciego.

Izba wskazuje, że ta ocena nie może jednak polegać na ustalaniu przez zamawiającego treści dokumentów, w szczególności interpretacji oświadczeń woli składanych innej osobie, zgodnie z art. 65 § 1 i 2 k.c., tak jak oczekuje tego Odwołujący. To wykonawca, który powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego zobowiązany jest udowodnić, że stosunek

łączący go z podmiotem udostępniającym zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Nie może przerzucać tego obowiązku na zamawiającego.

Jak podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, treść dokumentów przekazanych zamawiającemu nie może pozostawać w sferze domysłów i bliżej nie sprecyzowanych zasad udostępnienia, tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 września 2017 r., sygn. akt KIO 1857/17.

Wskazując na powyższe okoliczności, w ocenie Izby, Odwołujący nie spełnił warunku udziału w Postępowaniu z pkt 4 lit. a) w Rozdziale VI SWZ, a zatem jego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Tak więc niezasadne okazały się zarzuty odwołania dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w związku z art. 118 ust. 1-4 i art. 124 pkt

1 i 2, art. 126 ust. 1-3, art. 128 ust. 1-5 Pzp.

W ocenie Izby, niezasadny okazał się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niedostateczne uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty Odwołującego.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, Zamawiający wskazał przyczynę oraz podstawę prawną odrzucenia jego oferty. Przyczynę odrzucenia oferty Odwołującego stanowiła okoliczność niewykazania przez niego spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 4 lit. a) zdolności techniczne lub zawodowe SWZ z uwagi na to, że treść dokumentów, przedstawionych przez Odwołującego nie potwierdza, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby jest realne.

Ponadto Izba wskazuje, mając na uwadze treść odwołania, że Odwołujący nie miał problemów z sformułowaniem zawartych w nim zarzutów w oparciu o informację Zamawiającego z 8 listopada 2023 r. o odrzuceniu jego oferty z Postępowania.

Odnosząc się do zarzutu braku odniesienia się przez Zamawiającego do przedstawionego przez Odwołującego aneksu do umowy współpracy z 26.10.2023 r., Izba dostrzega to uchybienie, jednak stwierdza, że nie ma ono istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ jak już powyżej wskazano, zgodnie z art. 123 ustawy Pzp wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

Wobec powyższego Zamawiający przy ocenie, czy udostępnione Odwołującemu zdolności techniczne lub zawodowe pozwalały na wykazanie spełnienia warunku udziału

w Postępowaniu, o którym mowa 4 lit. a) zdolności techniczne lub zawodowe SWZ nie mógł uwzględnić postanowień aneksu do umowy współpracy z 26.10.2023 r., a więc ocena nie uległaby zmianie.

Wobec powyższego również odwołanie w powyższym zakresie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania Izba na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu

o § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i 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) i obciążyła tymi kosztami Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: