

WYROK
z dnia 22 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 21 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **FIRMA BUDOWLANA EKOINBUD Sp. z o.o. Sp. k., ul. Geodetów 29, 80-298 Gdańsk, EKOINBUD Sp. z o.o., Geodetów 29, 80-298 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Wąchock, ul. Wielkowiejska 1, 27-215 Wąchock**

przy udziale:

wykonawcy **I.M.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **USŁUGI INSTALACYJNO - BUDOWLANE „KOMPENS” I.M., ul. Łazy 31, 25-677 Kielce** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie oraz nakazuje Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
- b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy I.M. prowadzącego działalność pod firmą **USŁUGI INSTALACYJNO-BUDOWLANE „KOMPENSA” I.M.**

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego **Gminę Wąchock** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **13 984 zł 94 gr** (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt cztery złote dziewięćdziesiąt cztery grosze), w tym kwotę uiszczoną przez Odwołującego wpisu, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **384 zł 94 gr** (słownie: tysiąc trzysta pięćdziesiąt trzy złote pięć groszy) tytułem kosztów związanych z dojazdem na rozprawę.

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 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 1635/23

UZASADNIENIE:

Gmina Wąchock (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Budowa centrum administracyjnego w gminie Wąchock”, nr referencyjny: BGK.271.1.2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 21 lutego 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2023/BZP 00103216.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: FIRMA BUDOWLANA/ EKOINBUD Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gdańsku, EKOINBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Odwołujący”) 7 czerwca 2023 wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1.1. czynności Zamawiającego z dnia 02.06.2023r. wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu i wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Usługi Instalacyjno Budowlane Kompens I.M., która podlega odrzuceniu na zasadzie art. 226 ust.1 pkt 2) lit. c) PZP, a ponadto Wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XV pkt 2 ppkt 1) lit. b) SWZ,

1.2. zaniechania Zamawiającego polegającego na nie odrzuceniu oferty Wykonawcy Usługi Instalacyjno Budowlane Kompens I.M. niespełniającego warunków udziału w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

2.1. art. 226 ust.1 pkt 2) lit. c) PZP poprzez nieodrzućcenie oferty Wykonawcy Usługi Instalacyjno Budowlane Kompens I.M. w sytuacji, w której nie złożył od wymaganego przez Zamawiającego oświadczenia,

2.2. art. 57 pkt 1) PZP, art. 118 ust.1 PZP, art. 118 ust.2 PZP, art. 119 PZP w zw. z art. 266 PZP poprzez uznanie, że Wykonawca Usługi Instalacyjno Budowlane Kompens I.M. spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XV pkt 2 ppkt 1) lit. b) SWZ,

2.3. art. 226 ust.1 pkt 2) lit. b) PZP w zw. z art. 266 PZP poprzez nie odrzucenie oferty Wykonawcy Usługi Instalacyjno Budowlane Kompens I.M., który nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XV pkt 2 ppkt 1) lit. b) SWZ

Odwołujący wniósł o:

3.1. uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

b) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i odrzucenie oferty Wykonawcy Usługi Instalacyjno Budowlane Kompens I.M. (dalej jako „Kompens”) z Postępowania;

3.2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami zastępstwa adwokackiego przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Zamawiający w dniu 28.03.2023r. wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Kompens jako ofertę najkorzystniejszą. Od czynności tej Odwołujący wniósł odwołanie w sprawie KIO 922/23 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności oceny ofert, w tym wystąpienie do wykonawcy Kompens o wyjaśnienie dotyczące udziału w realizacji zamówienia AMB Budownictwo jako podmiotu udostępniającego zasoby.

Zgodnie z rozdziałem XV pkt 2 ppkt 1) lit. b) SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania zdolności technicznej i zawodowej w zakresie tego, że Wykonawca zobowiązany jest wykazać się doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat – (przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie) w sposób należyty co najmniej dwóch robót budowlanych obejmujących budowę, przebudowę lub rozbudowę budynku użyteczności publicznej o min. wartości 6.000.000 zł każda.

W Postępowaniu wykonawca Kompens wykazywał spełnianie warunku doświadczenia, opierając się na doświadczeniu podmiotu trzeciego- AMB Budownictwo K.P. (dalej: K.P.). W Postępowaniu wykazano, że K.P. posiada doświadczenie w zakresie dwóch robót budowlanych obejmujących budowę, przebudowę lub rozbudowę budynku użyteczności publicznej o min. Wartości 6.000.000 zł każda.

W Formularzu oferty wykonawca Kompens wskazał, że będzie realizował 50% zamówienia w oparciu o udostępnione zasoby podmiotu trzeciego K.P.. W formularzu oferty w pkt 11 ppkt 2 określono zakres, w jakim wykonawca Kompens będzie realizował zamówienie przy udziale tego podwykonawcy.

W tym miejscu Odwołujący przywołał treść uzasadnienia wyroku z 18 kwietnia 2023 – str. 8, str. 14, str. 16, str. 17 uzasadnienia).

W związku z powyższym wyrokiem KIO Zamawiający wezwał Kompens do wyjaśnienia treści oferty, wskazując na to, że 50% udział w wykonawstwie robót budowlanych jest zbyt mały i K.P. nie wykona robót budowlanych, do realizacji których jej zdolności są wymagane i w takim przypadku pozostałą część robót realizowana będzie przez podmiot, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca Kompens złożył pismo z dnia 17.05.2023r., w którym wyjaśnił, że K.P. wykona roboty budowlane o wartości ok. 5,5 miliona złotych, a szczegółowy zakres zostanie ustalony po opracowaniu dokumentacji projektowej. Wskazano także, że materiały budowlane zostaną zapewnione przez Kompens i jest to wartość ok. 1,5 miliona złotych.

Zamawiający pismem z dnia 02.06.2023r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznano ofertę Kompens. Czynność ta narusza przepisy PZP.

Zarzut pkt 2.1

Zamawiający wezwał Kompens do tego, aby określił on dokładny zakres czynności, jakie będzie wykonywał K.P. - podmiot udostępniający. Zakres oświadczenia, którego oczekiwał Zamawiający został precyzyjnie określony w piśmie z dnia Zamawiającego. Nie mógł również budzić wątpliwości w świetle wyroku KIO, w którym wskazano „konieczne jest ustalenie konkretnego (na ile to możliwe przy przyjętej formule „zaprojektuj i wybuduj”) zakresu udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia”.

W odpowiedzi na to wezwanie Kompens nie złożył oświadczenia, jakie konkretnie czynności będzie wykonywał K.P. - podmiot udostępniający. Kompens określił wyłącznie, że będą to roboty o wartości ok. 5,5 miliona, lecz nie do tego wzywał go Zamawiający, który domagał się wskazania czynności, które zostaną temu podwykonawcy powierzone. W związku z tym wykonawca Kompens nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, do którego wezwał go Zamawiający, a jego oferta podlega odrzuceniu na zasadzie art. 226 ust.1 pkt 2) lit. c) PZP.

Zarzut pkt 2.2. i 2.3

Złożone wyjaśnienia nie pozwalają na potwierdzenie, że udział K.P. w realizacji zamówienia będzie wystarczający dla wykazania realności dysponowania zasobami i spełnienia wymogów z art. 118 ust.2 PZP. KIO w wyroku wskazała jednoznacznie, że w „świecie treści SWZ, treści oferty i dokumentów złożonych przez wykonawcę Kompens, bez uzyskania informacji jakie roboty przy realizacji zamówienia miałby wykonać ww. podwykonawca, nie jest możliwa ocena, czy 50% udział tego podwykonawcy wskazany w pkt 11 ppkt 2 oferty jest wystarczający dla uznania realności zasobów czy zbyt mały”.

W złożonych wyjaśnieniach Kompens nie wskazał, jakie roboty będą realizowane przez K.P.. Nadal zatem Zamawiający nie wie, czy ten udział będzie wystarczający. Nie wiadomo, które rodzaje robót będzie wykonywał wykonawca posiadający wymagane doświadczenie, a które będą wykonywane będą przez podmiot niedoświadczony.

Kompens w piśmie z dnia 17.05.2023r. wyjaśnił jedynie, że podmiot udostępniający wykona roboty budowlane o wartości ok. 5,5 miliona złotych, a szczegółowy zakres zostanie ustalony po opracowaniu dokumentacji projektowej. Wskazano także, że materiały budowlane zostaną zapewnione przez Kompens i jest to wartość ok. 1,5 miliona złotych. Są to jednak wyjaśnienia, które Kompens składał w poprzednim postępowaniu odwoławczym. Kompens wyjaśnił bowiem w swoim przystąpieniu, że „użyte sformułowanie w formularza oferty mówi o wykonywanych robotach budowlanych w 50%, do których nie wliczono materiałów budowlanych, które zapewnia Przystępujący (...) Z wstępnych szacunków wartość materiałów przekazanych podwykonawcy przekroczy 1,5 miliona” (por. str. 6 uzasadnienia). (...)

Zamawiający nie dysponuje zatem żadnymi nowymi informacjami niż te, które były wiadome podczas poprzedniego postępowania odwoławczego. Oznacza to, że Zamawiający nadal nie dysponuje informacjami, które pozwoliłyby mu ocenić realność udziału tego podmiotu i to, czy zamówienie będzie realizowane przez podmiot posiadający doświadczenie. (...)

Określenie wartości robót realizowanych przez ten podmiot na 5,5 miliona to jest wyłącznie ponowienie informacji o tym, że wykona on 50% robót, gdyż 5,5 miliona to 50% ceny oferty. Kompens nie wyjaśnił, jakie roboty (rodzaje robót) będzie wykonywał podmiot udostępniający, a tym samym nadal nie jest możliwe potwierdzenie realności korzystania z zasobów w ramach tego zamówienia.

Przypomnieć należy, że co do zasady Wykonawca powinien wykazać, że samodzielnie spełnia w/w warunek udziału. (...) Odwołujący przywołał treść art. 118 ust. 1 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykazą się doświadczeniem w wykonaniu w sposób należyty co najmniej dwóch robót budowlanych obejmujących budowę, przebudowę lub rozbudowę budynków użyteczności publicznej o min. wartości 6.000.000 zł każda. Przedmiotem zamówienia jest budowa centrum administracyjnego.

Warunek udziału wymaga, aby wykonawca wykonał budowę, przebudowę lub rozbudowę budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 6 milionów złotych. Wykonawca Kompens stara się sprowadzić zakres warunku udziału do wykonania robót budowlanych w kwocie min. 6 milionów złotych, jednak narusza to jednoznaczne postanowienie SWZ. Warunkiem udziału nie było bowiem wykonanie robót budowlanych o wartości min. 6 milionów złotych (jakichkolwiek), ale wykonanie budowy/ przebudowy/ rozbudowy budynku użyteczności publicznej. Oznacza to, że budowę centrum administracyjnego ma wykonywać podmiot, który wykonał już dwie budowy/ przebudowy/ rozbudowy. W świetle złożonej oferty oraz wyjaśnień Kompens podczas całego postępowania trzeba uznać, że podmiot udostępniający będzie wykonywał tylko część budowy centrum administracyjnego. Udział ten jest niewystarczający w świetle warunków zamówienia, które wymagają, aby zamówienie zostało udzielone podmiotowi, który wybudował/ przebudował/ rozbudował dwa obiekty użyteczności publicznej. (...)

W ocenie tego, czy podmiot udostępniający będzie faktycznie podmiotem wykonującym budowę centrum administracyjnego ma znaczenie także to, kierownik budowy i kierownicy robót są zasobami własnymi wykonawcy Kompens. Żaden z nich nie będzie ustanowiony przez podmiot posiadający doświadczenie tj. K.P.. W świetle art. 22 Prawa budowlanego oraz praktyki wykonawczej nie ma wątpliwości, że są to osoby, które odpowiadają za faktyczne wykonywanie robót i ich organizację oraz bezpieczeństwo.

K.P. nie wykona robót budowlanych, do realizacji których jego zdolności są wymagane. Warunek udziału w postępowaniu dotyczy budowy, przebudowy lub rozbudowy budynku użyteczności publicznej i doświadczenie w tym zakresie posiada i wykazuje K.P.. Przy tak określonym warunku udziału musiałby on wykonać budowę zamawianego obiektu. Sytuacja, w której zakres polegania na jego zasobach dotyczy budowy przez niego tylko 50% obiektu, oznacza, że obiekt nie będzie budowany przez podmiot, który posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie. Nie spełnia warunków SWZ i PZP taki układ podmiotowy, w którym podmiot udostępniający będzie wykonywał tylko połowę robót, których dotyczy warunek doświadczenia.

Analogiczna sytuacja miała miejsce w sprawie rozpatrywanej przez Krajową Izbę Odwoławczą KIO 512/21. (...)

W oświadczeniu o udostępnieniu zasobów K.P. mowa jest także o „wspieraniu merytorycznym w postaci doradztwa

technicznego na wykonywanych robotach budowlanych na budynkach użyteczności publicznej o wartości min. 6 mln” jednak taki udział nie spełnia wymogów z art. 118 ust.2 PZP i nie jest wystarczający dla wykazania posiadania wymaganego doświadczenia.

Zamawiający pominął, że wyjaśnienie wykonawcy Kompens jest niezgodne z treścią oferty. Cena oferty wynosi 10,8 miliona złotych, połowa tej ceny (50%) to ok. 5,4 miliona złotych, przy czym obejmuje ona projektowanie i budowę budynku. W ofercie wskazano, że K.P. wykona 50% robót budowlanych, a nie całego przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że 50% robót budowlanych nie daje wartości 5,5 miliona złotych. W świetle art. 123 PZP wykonawca Kompens nie może powoływać się na zdolności podmiotu trzeciego w szerszym zakresie niż ten, na który powołał się i polegał składając ofertę.

Potwierdzają to komentatorzy PZP oraz orzecznictwo: (...) W wyr. z 18.3.2022 r. (KIO 510/22, Legalis) Izba potwierdziła, iż "Zakres polegania przez wykonawcę na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby musi zostać określony do upływu terminu składania ofert i nie może zostać następnie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, na wezwanie wystosowane w trybie art. 128 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, rozszerzony. Wykonawca może zamiast skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego polegać na potencjale własnym, jednak nie odwrotnie". Również w uchw. KIO z 28.2.2020 r. (KIO/KD 11/20, Legalis). (por. komentarz do art. 123 PZP w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak- Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak 2022 SIP Legalis).

W złożonej pismem z 19 czerwca 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołaniu i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:

Biorąc pod uwagę wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2023 r., KIO 922/23, Zamawiający unieważnił czynność i ponownie przystąpił do badania i oceny ofert. W ramach prowadzonych czynności w dniu 11.05.2023 r. działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający wezwał firmę KOMPENS do złożenia wyjaśnień co do rzeczywistego udziału firmy AMB Budownictwo K.P. w realizacji zamówienia w celu potwierdzenia czy zadeklarowany 50% udział podwykonawstwa w robotach budowlanych jest wystarczający dla zapewnienia realizacji zamówienia przez firmę dysponującą wymaganym doświadczeniem. W odpowiedzi w dniu 17.05.2023 r. firma KOMPENS przysłała pismo z wyjaśnieniami oraz porozumienie regulujące współpracę w zakresie prowadzenia robót pomiędzy firmami KOMPENS i AMB K.P.. W treści zawartego porozumienia określono, że roboty budowlane realizuje i finansuje AMB Budownictwo K.P., natomiast koszt zakupu materiałów ponosi Wykonawca USŁUGI INSTALACYJNO BUDOWLANE KOMPENS I.M. Według wstępnych szacunków, koszty robót budowlanych wykonanych przez AMB K.P. będą wynosiły ok 5 500 000,00 zł, w celu wykonania tych robót konieczny będzie zakup materiałów o wartości 1 500 000,00 zł czyli całkowity ostateczny szacunkowy koszt wybudowanych obiektów wynosi 7 000 000,00 zł. Jednym z warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej i zawodowej jest wykonanie w okresie ostatnich 5 lat – (przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) w sposób należyty, co najmniej dwóch robót budowlanych obejmujących budowę, przebudowę lub rozbudowę budynków użyteczności publicznej o min. wartości 6 000 000,00 zł każda. Biorąc pod uwagę, że całkowity koszt robót wykonanych przez podmiot udostępniający zasoby wynosi 7 000 000,00 zł, a warunkiem udziału w postępowaniu było wykonanie co najmniej dwóch robót o wartości 6 000 000,00 zł każda Zamawiający uznaje, że Wykonawca USŁUGI INSTALACYJNO BUDOWLANE KOMPENS I.M. spełnia warunki udziału w postępowaniu ponieważ udział podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia jest wystarczający dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Przedłożone przez KOMPENS wyjaśnienie wraz z porozumieniem wystarczająco wyjaśnia zakres udziału AMB K.P. w realizacji zamówienia. Zarówno Konsorcjum jak i Krajowa Izba Odwoławcza przyznają, że na tym etapie trudno jest określić konkretny zakres poszczególnych robót budowlanych przy przyjętej formule realizacji „zaprojektuj wybuduj” dlatego należy się oprzeć na szacunkowym udziale kosztów robót budowlanych i kosztów materiałów w kosztach budowanych obiektów.

W punkcie 20 odwołania Konsorcjum zauważa że, warunek udziału wymaga aby wykonawca wykonał budowę, przebudowę lub rozbudowę budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 6 milionów złotych, warunkiem udziału nie było bowiem wykonanie robót budowlanych o wartości min. 6 milionów złotych (jakichkolwiek), ale wykonanie budowy/ przebudowy/ rozbudowy budynku użyteczności publicznej. Podobnie uważa KOMPENS który w wyjaśnieniu zakresu udziału AMB K.P. wskazuje, że na wartość wybudowanego obiektu będą się składały koszty robót budowlanych ok. 5 500 000,00 zł i koszt materiałów ok. 1 500 000,00 zł co daje wartość wybudowanego obiektu 7 000 000,00 zł, czyli spełniony jest warunek udziału w postępowaniu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca I.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą USŁUGI INSTALACYJNO - BUDOWLANE „KOMPENS” I.M..

Pismem z 20 czerwca 2023 odniósł się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, wskazując m.in.:

Po pierwsze, należy podkreślić iż Zamawiający nigdzie nie określił minimalnego – czy wymaganego udziału w realizacji zamówienia przez podmiot który będzie udostępniał swoje zasoby (w przypadku wystąpienia takiej sytuacji). Formularz ofertowy zawierał jedynie obowiązek wskazania jaki będzie procentowy udział takiego podmiotu – nie wskazując przy tym jaki ten udział powinien być. To odwołujący próbuje wykreować w swoim Odwołaniu taką oto sytuację, że Wykonawca określił wymóg udziału podmiotu udostępniającego swoje zasoby na 50 % i wokół tego buduje wyliczenia i analizy mające prowadzić do mylnych wniosków, iż Przystępujący w konsekwencji nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Zgłaszający przywołał treść art. 118 ust. 3 i 4 Pzp. Przepis ten w żadnym miejscu nie wymaga aby podmiot udostępniający swoje zasoby wykonywał w całość określone roboty – co zresztą byłoby irracjonalne i prowadziło do obejścia zakazu realizacji całości zamówienia przez podwykonawców. Takie też jest już ugruntowane stanowisko doktryny i orzecznictwa Izby w tym zakresie czego przykładem jest np. wyrok KIO z 19.02.2021 r., KIO 212/21 (...)

Taki też był powód, dla którego Zamawiający wymagał aby Wykonawca określił w formularzu ofertowym procentowy udział podwykonawców. Zamawiający dzięki temu może określić jaki będzie udział podwykonawców w realizowanym zamówieniu oraz czy poziom zaangażowania podmiotu udostępniającego swoje zasoby jest wystarczający dla należytej realizacji zamówienia. Z treści oświadczenia firmy P. wynika, iż udostępnia ona swoje zasoby w zakresie postawionego przez Zamawiającego warunku - w zakresie robót budowlanych zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie obejmującym budowę, przebudowę lub

rozbudowę budynków użyteczności publicznej zaś z treści przedłożonego porozumienia wynika iż podmiot ten będzie podwykonawcą w tym zakresie na przedmiotowej inwestycji (wartość samych prac budowlanych 5,5 miliona złotych a razem z materiałami budowlanymi około 7 milionów złotych). W ocenie Przystępującego takie zaangażowanie firmy P. w roboty budowlane jest wystarczające dla należytej realizacji zadania i do tego jest zbieżne z warunkiem w zakresie udziału w postępowaniu. (...)

Niedopuszczalne jest żądania wskazania konkretnego zakresu robót które podmiot Udostępniający będzie wykonywał. W zobowiązaniu wskazano jednoznacznie, że będą to roboty wykonywane przez Udostępniającego zasoby na obiekcie użyteczności publicznej o wartości ponad 6 000 000,00 zł brutto czyli zobowiązanie odpowiada opisanemu warunkowi.

Niemniej jednak przedkładam wykaz planowanych czynności jakie wykona podwykonawca P.. Wskazuję również, że w chwili obecnej z uwagi na brak dokumentacji technicznej (projektu budowlanego) nie ma możliwości złożenia szczegółowego zestawienia a tylko takie na bardzo wysokim poziomie ogólności. (...)

Po raz kolejny należy podkreślić, że Zamawiający w opisanym warunku nie określił wymogów wykazania się doświadczeniem w zakresie konkretnych specjalistycznych robót, warunek jedynie wskazywał na wartości wykonanych robót na budynkach użyteczności publicznych. Ocena poziomu zaangażowania podmiotu trzeciego w realizację zamówienia winna być dokonana w kontekście postawionego warunku, a nie w kontekście innych czynności, co do których Zamawiający nie określił żadnych wymogów w SWZ. (...) Ze złożonego zobowiązania podmiotu Udostępniającego doświadczenie oraz oferty przystępującego i złożonego wyjaśnienia, bezspornym jest, że zakres wykonywanych robót budowlanych przez Podwykonawcę podczas realizowanej inwestycji wyniesie ponad 6 000 000,00 zł brutto (około 5 500 000,00 zł roboty budowlane + około 1 500 000,00 zł brutto materiały budowlane, które Podwykonawca pobierze z hurtowni materiałów budowlanych a przystępujący za te materiały dokona bezpośredniej zapłaty co łącznie udział Udostępniającego zasoby wyniesie około 7 000 000,00 zł brutto).

W kontekście postawionego warunku w SWZ sam fakt stwierdzenia przez Udostępniającego że będzie Podwykonawcą robót budowlanych w zakresie kwotowym opisanego warunku potwierdza realność dostępu Przystępującego do wymaganego doświadczenia, gdyż Zamawiający w opisanym warunku nie wymagał aby Wykonawcy przystępujący do zamówienia wykazali się konkretnym zakresem wykonanych robót w budynkach użyteczności publicznej. Każdy zakres robót powierzony na kwotę minimum 6 000 000,00 zł brutto potwierdza spełnienie postawionego warunku i w tym zakresie Przystępujący sprostął opisanemu wymaganiu o dostępności do zasobu doświadczenia Udostępniającego w oparciu o analizę złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego, formularza ofertowego w którym wskazano Udostępniającego zasoby jako Podwykonawcę robót budowlanych w 50% całego kontraktu oraz złożone wyjaśnienie wraz z zawartym porozumieniem pomiędzy Przystępującym a Udostępniającym.

Fakt, że kierownik budowy będzie ustanowiony przez firmę Kompens a nie przez Udostępniającego zasoby nie ma żadnego wpływu i znaczenia przy realizacji zamówienia i w jakikolwiek sposób nie może być interpretowany jako rzekome niewykonanie zakresu przez firmę P.. (...) Odnosząc się do zarzutu niezgodności przedstawionej argumentacji z treścią oferty z uwagi na nie uwzględnianie kosztów projektanta, należy wskazać że koszty wynagrodzenia projektanta wyniosą 450.000 zł (porozumienie z projektantem w załączeniu, koszty wykonania projektu są również w ofercie firmy Kompens). Nawet jednak odejmując kwotę projektu od ogólnej wartości prac z oferty firmy Kompens nie zmienia się stan rzecz polegający na zgodnym z SWZ dysponowaniem potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie w jakim był wymagany. (...)

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika

postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk wyrażonych w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie oraz ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę I.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą USŁUGI INSTALACYJNO - BUDOWLANE „KOMPENS”. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z dokumentów postępowania oraz dokumentów złożonych wraz z odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie oraz na rozprawie przez Odwołującego.

Spór dotyczy zakresu udostępnienia przez AMP Budownictwo K.P. (dalej: „AMP”) zasobów w związku z treścią oświadczenia Odwołującego zawartego w pkt 11 formularza ofertowego, które zgodnie z SWZ miało dotyczyć podwykonawców innych niż udostępniający zasoby, na co wskazuje ostatni akapit rozdziału XVI pkt 1 SWZ.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że interpretacja treści formularza ofertowego, jak również postanowień SWZ, dokonana przez Przystępującego jest błędna. Formularz ofertowy nie zawierał obowiązku wskazania jaki będzie procentowy udział podmiotu udostępniającego zasoby. Jak już wskazano wyżej, formularz ofertowy zawierał obowiązek wskazania jaki zakres robót zostanie powierzony podwykonawcom, ale innym niż podmiot udostępniający zasoby. Inaczej mówiąc, wykonawca zgodnie z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Wykonawca określa część lub części zamówienia, które zamierza powierzyć do realizacji innemu podmiotowi oraz wskazuje konkretny podmiot (podwykonawcę) – jeżeli jest znany. W przedmiotowej sprawie Przystępujący nie powierza wykonanie części zamówienia podmiotowi AMP.

Dalej, zgodnie z 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 zdolności są wymagane. A zatem czym innym jest powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom (a pkt 11 formularza tego dotyczył) a czym innym jest wykonanie robót budowlanych przez podmiot udostępniający zasoby. Co za tym idzie, wbrew twierdzeniom Przystępującego, Odwołujący nie próbuje wykreować w swoim odwołaniu, że Przystępujący określił wymóg udziału podmiotu udostępniającego swoje zasoby na 50% i wokół tego buduje wyliczenia i analizy mające prowadzić do mylnych wniosków o nie spełnianie warunku udziału w postępowaniu. To Przystępujący, z nieznanym Izbie powodów, sam określił, że udział podmiotu udostępniającego zasoby wyniesie 50%. Skoro zatem Przystępujący złożył oświadczenie w przedmiocie procentowego udziału w wykonaniu zamówienia AMP jako podmiotu udostępniającego zasoby, nie powinno ono zostać pominięte przez Zamawiającego przy badaniu spełniania przez tego wykonawcę postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, nawet w sytuacji, gdy takie oświadczenie zgodnie z intencją Zamawiającego wyrażoną w SWZ, winno się odnosić do innych podwykonawców niż udostępniający swoje zasoby.

Rację ma Przystępujący, że treść art. 118 ust. 3 i 4 Pzp w żadnym miejscu nie wymaga aby podmiot udostępniający swoje zasoby wykonywał w całość określone roboty, jednak wykonawca, który zamierza polegać na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby musi wykazać, że realizując zamówienie, będzie rzeczywiście dysponował niezbędnymi zasobami podmiotu.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 18 kwietnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 922/23 nakazała Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności oceny ofert, w tym wystąpienie do wykonawcy I.M. prowadzącego w Kielcach działalność gospodarczą pod firmą Usługi Instalacyjno - Budowlane Kompens I.M. o wyjaśnienia dotyczące udziału w realizacji zamówienia AMB Budownictwo K.P. jako podmiotu udostępniającego zasoby. Zamawiający zastosował się do wyroku KIO i wezwał Przystępującego do określenia zakresu czynności jakie będzie wykonywał podmiot udostępniający zasoby. W wyjaśnieniach Przystępujący wskazał, m.in.: *„fizyczny udział udostępniającego zasoby w wykonaniu robót budowlanych wyniesie ok. 5,5 miliona + materiały budowlane użyte do tych robót za które zapłaci nasza firma w wysokości około 1,5 mln. zł. Ostateczny udział podwykonawstwa przekracza 6 zatem milionów zł (około 7 milionów) w tym same roboty budowlane w wysokości około 5,5 miliona złotych. Zgodnie ze złożonym zobowiązaniem zakres wykonywanych robót będzie odpowiadał zakresowi przedmiotu zamówienia który będzie zbieżny z udostępnionymi zasobami wiedzy i doświadczenia. Szczegółowy zakres na wskazaną wartość zostanie ustalony po opracowaniu dokumentacji projektowej.”*

Wyjaśnienia Przystępującego nie wnoszą niczego nowego do sprawy. W dalszym ciągu Przystępujący nie wskazał jakie

rzeczywiście roboty przy realizacji zamówienia wykona podmiot udostępniający zasoby AMB BudownictwoK.P.. W związku z czym, nie jest możliwa ocena czy 50% udział tego podwykonawcy wskazany w pkt 11 ppkt 2 oferty jest wystarczający dla uznania realności zasobów czy zbyt mały.

Twierdzenia Zamawiającego i Przystępującego jakoby podmiot udostępniający zasoby wykona roboty budowlane za 5,5 mln zł i użyje materiałów za 1,5 mln zł oznacza realność zasobów jest wręcz absurdalna. Z jednej strony Zamawiający i Przystępujący twierdzą, że AMP wykona roboty budowlane o wartości 5,5 mln. zł, ale na pytanie Izby jakie roboty wchodzi w skład tego wynagrodzenia, Zamawiający nie wiedział. Co wzbudziło ogromne zdziwienie Izby, Przystępujący tego również nie wiedział. Na kolejne pytanie Przewodniczącej, z czego zatem wynika wskazana kwota, Zamawiający odpowiedział: „kwota 5,5 mln zł wynika z tego, że wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za ponad 10 mln zł. Połowa z tego to 5,5 mln zł. Podmiot trzeci wykona roboty budowlane za 5,5 mln, co oznacza, że warunek został spełniony”. Przystępujący powyższe potwierdził. Trudno sobie wyobrazić jak można w sposób rzetelny oszacować wynagrodzenie podmiotu udostępniającego zasoby na kwotę 5,5 mln zł nie wiedząc nawet jakie roboty wykona ten podmiot.

Na marginesie, Przystępujący w formularzu ofertowym wskazał wynagrodzenie w wysokości 10 770 000 zł. Wynagrodzenie projektanta wynosi 450 000 zł. Koszt materiałów (zgodnie z oświadczeniem Przystępującego) 1 500 000 zł. Co oznacza, że wynagrodzenie za roboty budowlane, wykończeniowe wyniesie 8 820 000 zł. Z kolei 50% z kwoty 8 820 000 zł to 4 410 000 zł, a nie jak twierdzi Zamawiający i Przystępujący 5 500 000 zł. Co za tym idzie wyjaśnienia Przystępującego są niewiarygodne.

Wbrew twierdzeniom Przystępującego w niniejszej sprawie nie ma zastosowania art. 122 ustawy Pzp. Odwołujący nie kwestionuje, iż zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu AMP nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu lub że zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia. Odwołujący, zasadnie zresztą, kwestionuje zakres wykorzystania udostępnionych zasobów.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1) i 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).

Przewodnicząca: