

Sygn. akt: KIO 1382/23

**WYROK**  
z dnia 1 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Elżbieta Dobrenko**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2023 r. przez odwołującego **GEO Sp.**

**z o.o. z siedzibą w Radymnie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Orły**

przy udziale wykonawcy **D. G.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **D. G. Usługi Remontowo-Budowlane**

**orzeka:**

1. uwzględnia w części odwołanie i nakazuje zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Przebudowa sieci wodociągowej w miejscowości Orły w Gminie Orły”, zadanie częściowe nr 1 pn. „Przebudowa sieci wodociągowej w miejscowości Orły”, numer referencyjny OAF.II.271.1.2.2023:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej D. G. Usługi Remontowo-Budowlane;

2) odrzucenie oferty złożonej przez D. G. Usługi Remontowo-Budowlane, gdyż wobec wykonawcy zaistniały przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ustawy Prawo zamówień publicznych;

3) dokonanie ponownego badania i oceny ofert;

2. w pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania;

3. kosztami postępowania obciąża GEO Sp. z o.o. z siedzibą w Radymnie w części 1/2 oraz Gminę Orły w części 1/2:

a. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez GEO Sp. z o.o. z siedzibą w Radymnie tytułem wpisu od odwołania;

b. zasądza od GEO Sp. z o.o. z siedzibą w Radymnie na rzecz Gminy Orły kwotę

1.800 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy), tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

c. zasądza od Gminy Orły na rzecz GEO Sp. z o.o. z siedzibą w Radymnie kwotę

6.800 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy osiemset złotych zero groszy), tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 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 1382/23

**UZASADNIENIE**

Zamawiający Gmina Orły, dalej jako: „Zamawiający” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przebudowa sieci wodociągowej w miejscowości Orły w Gminie Orły. Numer referencyjny: OAF.II.271.1.2.2023”.

W dniu 12 maja 2023 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty drogą elektroniczną.

W dniu 17 maja 2023 r. Geo Sp. z o.o. z siedzibą w Radymnie, dalej jako „Odwołujący” złożyła odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę D. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D. G. Usługi Remontowo-Budowlane, dalej jako „Wykonawca” lub „Przystępujący” oraz zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wskazanego wyżej wykonawcę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 253 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty z naruszeniem prawa i dokonanie wyboru oferty, która powinna zostać odrzucona z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu,

2. naruszenie art. 118 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie negocjacji z wyżej wskazanym Wykonawcą, co doprowadziło do nieuprawnionej zmiany treści złożonej oferty,

3. naruszenie art. 120 ustawy Pzp, poprzez brak rzeczywistego udostępnienia zasobów Wykonawcy przez Greinplast Plus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa,

4. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez D. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D. G. Usługi Remontowo-Budowlane;

5.naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w konsekwencji faworyzowanie wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia podjętej na podstawie art. 253 ust. 1 i 2 ustawy PZP czynności wyboru najkorzystniejszych ofert Wykonawcy D. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D. G. Usługi Remontowo-Budowlane,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenie oferty, która została wybrana jako najkorzystniejsza,
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podkreślił, że Zamawiający w SWZ (w rozdziale 15 pkt 15.1 ppkt 3) wskazał, że Wykonawca powinien spełniać między innymi następujące warunki:

„Wykonawca musi wykazać, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 2 miliony złotych (słownie: dwa miliony złotych), przy czym środki finansowe i zdolność kredytowa mogą być sumowane do wymaganej przez Zamawiającego wysokości.” W doktrynie prawa wskazuje się, że „zdolność kredytowa to suma pieniężna, na którą może się zadłużyć osoba lub organizacja z możliwością jej spłacenia. Zdolność kredytowa daje zamawiającemu informację, iż bank dokonał sprawdzenia sytuacji finansowej wykonawcy i na tej podstawie określił wysokość możliwego do uzyskania przez niego kredytu. Zdolność kredytowa nie jest więc tożsama z przyrzeczeniem udzielenia kredytu. Stanowi sformułowaną przez bank ocenę, że określony podmiot jest wiarygodnym klientem banku, zdolnym do spłaty przyszłego zobowiązania” (E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, A. Gawrońska-Baran. Prawo zamówień publicznych. Komentarz).

Zamawiający dwukrotnie wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnienia dotyczących treści podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp (dowód: żądanie wyjaśnień z dnia 18 kwietnia 2023 r., żądanie wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych z dnia 5 maja 2023 r.).

W odpowiedzi na pisma Zamawiającego, Wykonawca przedłożył wyjaśnienia oraz opinię bankową wystawioną na podmiot Greinplast Plus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa, wskazującej saldo dostępnych środków na dzień 7 lutego 2023 r., które wynosiło 3 006 243,94 PLN (dowód: wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 13 kwietnia 2023 r., wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 9 maja 2023 r., opinia bankowa).

Odwołujący podkreślił, że treść złożonych dokumentów w żaden sposób nie potwierdza, że nastąpiło realne udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego. Podmiot trzeci powołał się na umowę handlową zawartą 30 marca 2023 r., której przedmiotem *jest sprzedaż artykułów budowlanych, znajdujących się w ofercie handlowej Sprzedającego, zwanych dalej Produktami, potrzebnych do realizacji zadania pod nazwą Przebudowa sieci wodociągowej miejscowości Orły w Gminie Orły*, dalej: „zadanie”. Ponadto w wyjaśnieniach złożonych w dniu 9 maja 2023 r., Wykonawca wskazał, że *podmiot trzeci zobowiązał się dostarczyć wykonawcy materiały budowlane (które wcześniej sam nabędzie, za posiadane przez siebie środki finansowe, które zostały wykazane). Materiały dostarczane bieżąco w trakcie realizacji zadania, zaś zapłata za nie nastąpi dopiero po zapłacie za wykonanie części inwestycji przez Zamawiającego. Do tego czasu podmiot trzeci będzie udzielał „kredytu kupieckiego” Wykonawcy.*

Odwołujący podkreślił, że z przedłożonych przez wykonawcę wyjaśnień i umowy handlowej wynika, że Greinplast Plus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa zobowiązuje się do sprzedaży bliżej nieokreślonych artykułów budowlanych

a Wykonawca zobowiązuje się zapłacić cenę za dostarczony produkt zgodnie z niniejszą umową (brak szczegółów cen jednostkowych, asortymentu, zakresu, ilości) - § 1 ust. 1 i 2 umowy handlowej. W § 5 ust. 1 umowy handlowej wskazano jedynie, że rozliczenie będzie odbywać się w aktualnych cenach ofertowych Sprzedającego, czyli Zamawiający nie ma żadnej wiedzy, jakie to będą ceny i za jakie produkty. Ponadto w § 4 ust. 1 umowy handlowej wskazano, że ceny mają charakter umowny i ich wysokość będzie określona w ofertach handlowych (jakich?, za jaki asortyment?).

- W § 3 ust. 1 umowy handlowej określono, że *Otrzymanie przez Sprzedającego zamówienia nie jest równoznaczne z jego przyjęciem*. Brak kategoriycznych zapisów, szczegółowych rozwiązań, dokładnego asortymentu cen świadczy o tym że, umowa handlowa ma bardziej charakter intencyjny i nie posiada żadnych sankcji (narzędzi prawnych) gwarantujących jej realne wykonanie.

Odwołujący ponadto wskazał, że Greinplast Plus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa ustanawia na rzecz wykonawcy linię kredytową (kredyt kupiecki) do kwoty 2.000.000 zł, co daje tylko wiedzę o możliwości zakupu bliżej nieokreślonych materiałów budowlanych przez Wykonawcę w ramach określonego limitu kwotowego. Na podstawie treści zobowiązania Zamawiający powinien uzyskać pewność, że Wykonawca odwołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału do zasobów innego podmiotu, realnie będzie uprawniony do korzystania z

tych niezbędnych zasobów, na potrzeby realizacji zamówienia. Co więcej, Zamawiający powinien uzyskać w ten sposób szczegółową wiedzę dotyczącą obszarów, w jakich realizacja zamówienia będzie się odbywała przy udziale zasobów innego podmiotu, umożliwiającą egzekwowanie poprawnej realizacji zamówienia, zgodnie z deklarowanym przez Wykonawcę zobowiązaniem innego podmiotu. Tylko szczegółowe określenie zakresu i sposobu zobowiązania innego podmiotu, przedstawione przez Wykonawcę umożliwi Zamawiającemu podjęcie decyzji w zakresie uznania kwalifikacji tego Wykonawcy w odniesieniu do realizacji zamówienia, a co za tym idzie ocenę wykonawcy

w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Za niewystarczające należy uznać przedstawienie wyłącznie formalnego oświadczenia o zobowiązaniu podmiotu trzeciego do udostępnienia jego zasobów Wykonawcy, jeżeli na podstawie informacji zawartych w tym oświadczeniu nie można stwierdzić, że Wykonawca będzie faktycznie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w sposób pozwalający na spełnienie warunku udziału w postępowaniu (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 118).

Odwołujący wskazał, że zarówno umowa handlowa, jak i wyjaśnienia Wykonawcy nie dają żadnej pewności co do realności udostępnionego potencjału. Podmiot trzeci udostępniający zasoby zobowiązany jest do udostępnienia zasobów do realizacji całego zamówienia, a nie

w ograniczonym zakresie. Udostępnienie zakresu do sprzedaży artykułów budowlanych

i powiązanie z kredytem kupieckim, nie spełnia wymagań określonych w art. 118 ustawy Pzp. Zawarta umowa ogranicza udostępnienie zasobu do pewnego fragmentu (wycinka), tj. zapewniania materiałów i nie daje żadnej pewności Zamawiającemu co do tego, czy taka umowa zostanie wykonana. Ponadto, umowa handlowa ma charakter warunkowy na co wskazuje m.in. zapis § 3 ust. 1 umowy - *Otrzymanie przez Sprzedającego zamówienia nie jest równoznaczne z jego przyjęciem*. W związku z tym Wykonawca, pomimo posiadania „linii kredytowej” nie ma żadnej pewności, że zamówiony asortyment otrzyma. Udostępnienie potencjału nie może się ograniczać do pewnego elementu, musi być bezwarunkowe, precyzyjne, konkretne, realne nie oparte na przypuszczeniach, domniemaniach czy wnioskowaniach. Z treści przedłożonej umowy handlowej, jak i wyjaśnień w ogóle nie wynika realność udostępnienia. Przywoływane w wyjaśnieniach orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej na temat charakteru udostępniania potencjału, w żaden sposób nie zmienia faktu, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z fikcyjnym udostępnianiu potencjału.

Zamawiający w piśmie skierowanym do Wykonawcy z dnia 5 maja 2023 r. słusznie wskazuje, że tym nie mniej podmiot trzeci nie udostępnił swoich zasobów Wykonawcy, a jedynie zobowiązał się do sprzedaży materiałów budowlanych Wykonawcy do 2 mln. zł

z odroczonym terminem płatności. W żaden sposób przedłożone wyjaśnienia i złożone dokumenty nie zmieniają sytuacji, że udostępnienie potencjału przez podmiot trzeci ma charakter realny. Umowa handlowa ogranicza udostępnienie zasobu do pewnego fragmentu realizacji, tj. zapewniania materiałów.

Zamawiający tylko wówczas będzie mógł uznać zdolność Wykonawcy do realizacji zamówienia, gdy Wykonawca wykaże, poprzez treść przedstawianych dokumentów, realny sposób, w jaki jest przewidziane korzystanie z potencjału ekonomicznego lub finansowego podmiotu trzeciego w czasie realizacji zamówienia, a zatem realny sposób, w jaki podmiot trzeci gwarantuje Wykonawcy rzeczywisty dostęp do swojego potencjału ekonomicznego lub finansowego w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia.

Przedstawiona zasada dotycząca oceny zdolności Wykonawcy do realizacji zamówienia

w sytuacji powoływania się przez niego na zasoby podmiotu trzeciego odnosi się nie tylko do powoływania się na zdolność ekonomiczną lub finansową wykonawcy, ale także do każdej sytuacji powoływania się na wiedzę i doświadczenie oraz na potencjał techniczny i osobowy podmiotu trzeciego. Odwołujący wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza w jednym z wyroków wskazała, że: *„Dostrzeżenia jednak wymaga, że Zamawiający zawiera umowę z Wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia i to ten podmiot gwarantować ma stronie Zamawiającej wykonanie kontraktu. Na podstawie złożonego zobowiązania Zamawiający nie był w stanie ustalić, w jaki sposób sfera finansowa kontraktu (np. w przypadku niedotrzymania zobowiązań przez podmiot trzeci) jest zabezpieczona. Takiego zabezpieczenia nie gwarantuje zasada, że zobowiązania finansowe powstałe po stronie Odwołującego związane z realizacją zamówienia, będą uregulowane dopiero, gdy Zamawiający dokona płatności na ustalony pomiędzy stronami rachunek bankowy. Taka zasada gwarantuje jedynie Odwołującemu, że nie będzie on musiał wcześniej niż otrzyma zapłatę od Zamawiającego, płacić podmiotowi trzeciemu za zakupiony u niego towar. Zasada ta w żaden sposób jednak nie odnosi się już do sytuacji, w której to podmiot trzeci nie dotrzyma zobowiązania i nie określa, jak w takiej sytuacji Odwołujący rozwiąże ciążące na nim zobowiązania finansowe w stosunku do Zamawiającego.”* (KIO 26.03.2015r., KIO 454/15).

*Warunki polegania na zdolnościach innych podmiotów. Poleganie na zdolnościach podmiotów trzecich możliwe jest jedynie „w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia”. Rozwiązanie to zostało przeniesione z art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE,*

w którym użyto określenia: „w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia”. Zwrotem tym posługiwał się również art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE, zatem wypracowane na jego tle orzecznictwo unijne pozostaje nadal aktualne. Ograniczenie prawa polegania na zdolnościach innych podmiotów do stosownych sytuacji i konkretnego zamówienia oznacza, że nie w każdym przypadku będzie możliwe skorzystanie z zasobów podmiotu trzeciego. Prawo takie istnieje jedynie w przypadku możliwości wykazania przez wykonawcę, że w konkretnym postępowaniu udostępniane zasoby mogą być i będą realnie wykorzystane do wykonania zamówienia. Ocena, czy wykonawca wykazał, że faktycznie będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego powinna być dokonywana *ad casum*

z uwzględnieniem warunków wykorzystania określonych zasobów przy realizacji konkretnego zamówienia. W szczególności istotny będzie przy tym rodzaj udostępnianego zasobu (odpowiedni do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji) i ustawowe zasady związane z jego udostępnianiem, rodzaj zamówienia, charakter i stopień jego skomplikowania oraz określone wymagania zamawiającego związane z jego wykonaniem, w tym ewentualne zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi lub prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy. Udostępnienie potencjału nie może bowiem mieć charakteru abstrakcyjnego, ogólnego do wykorzystania w nieokreślonych zamówieniach, ale musi być przypisane do konkretnego zamówienia czy też jego wyodrębnionej części (por. M. Stręciwilk, Podmiot, s. 16 oraz

M. Stachowiak, w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo, art. 22a).

Z punktu widzenia dopuszczalności powoływania się na zdolności innych podmiotów nie ma znaczenia, czy istniejąca więź prawna ma charakter bezpośredni czy pośredni. Powiązania między podmiotem trzecim a wykonawcą mogą polegać na ciągu stosunków prawnych. Wymagane jest jednak istnienie więzi o charakterze prawnym, która rodzi zobowiązania pomiędzy stronami na tyle skuteczne, by wykonawca mógł wykorzystać udostępniony potencjał podczas realizacji zamówienia (Opinia wydana przez UZP z 7.12.2015 r. nt. „Zakres dokumentów, jakie przedstawia wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych, w sytuacji, w której korzysta z potencjału podmiotu trzeciego”, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl) – strona archiwalna). Przedkładanie stosownych dokumentów zamawiającemu ma bowiem na celu umożliwienie mu zweryfikowania, czy zwycięski wykonawca będzie realnie mógł wykorzystywać wszystkie wymagane zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia (wyrok TSUE z 2.12.1999 r. w sprawie C-176/98, Holst Italia SpA v. Comune di Cagliari przy udziale Ruhrwasser AG International Water Management, EU:C:1999:593; zob. także szerzej wyr. KIO z 11.8.2014 r., KIO 1557/14, niepubl.; uchw. KIO z 30.7.2014 r., KIO/KU 65/14, Legalis).

Odwołujący wskazał, że przepis art. 118 ust. 4 ustawy Pzp określa szczegółowo, jakie minimalne informacje powinny znaleźć się w zobowiązaniu podmiotu, a mianowicie:

- 1) zakres dostępnych dla 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.

Odwołujący wskazał ponadto należy, że to wyłącznie od woli podmiotu trzeciego zależy zakres możliwego i deklarowanego wsparcia określonego wykonawcy na etapie realizacji zamówienia. Zatem oświadczenia te nie mogą być zastępowane lub uzupełniane

w jakimkolwiek zakresie przez oświadczenia składane przez wykonawcę (wyrok KIO z 23.10.2018 r., KIO 2083/18). Umowa handlowa nie może być również interpretowana w sposób rozszerzający. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać

z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domniemania. Na podstawie dokumentów złożonych przez wykonawcę w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć bowiem możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób podmiotu trzeciego został realnie udostępniony (wyrok KIO z 7.2.2020 r., KIO 123/20, KIO 127/20, KIO 141/20).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący w odniesieniu do zarzutu nr 2 wskazał ponadto, że Zamawiający naruszył art. 120 ustawy Pzp, ponieważ zaakceptowanie tak ogólnych dokumentów w zakresie udostępniania potencjału nie daje podstaw do przyjęcia, że po stronie Greinplast Plus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa powstała odpowiedzialność solidarna. W tej konkretnej sytuacji odpowiedzialność solidarna podmiotu udostępniającego zasoby z Wykonawcą oznacza, że w razie zaistnienia przesłanek tej odpowiedzialności Zamawiający będzie uprawniony do żądania naprawienia całości lub części szkody zarówno łącznie od wykonawcy i podmiotu trzeciego, jak i od każdego z nich

z osobna. Skoro brak jest jednoznacznych zapisów umownych gwarantujących udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego to nie można przyjąć, że solidarna odpowiedzialność w tym zakresie w ogóle powstanie.

Zamawiający przy tak sformułowanej umowie handlowej nie ma żadnych narzędzi mogących egzekwować udostępnianie potencjału podmiotu trzeciego. Udostępnienie musi dotyczyć konkretnego postępowania z precyzyjnym zakresem. Takie zobowiązanie musi wskazywać konkretne czynności, ich zakres i zawierać wszystkie elementy w tym wynagrodzenie pracowników. Zamawiający oprócz informacji o limicie kupieckim i możliwości dostarczenia niedookreślonych artykułów budowlanych, nie posiada żadnej pewności co do faktycznego udostępniania potencjału.

**Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron 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 wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody

w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W tym zakresie Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w zarzutach interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem przedmiotowego zamówienia, złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Obecnie oferta Odwołującego znajduje się na drugiej pozycji

w klasyfikacjach punktowych. W przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego znajdzie się na pierwszym miejscu w klasyfikacjach punktowych. Natomiast szkoda, jaką Odwołujący może ponieść w wyniku naruszenia przepisów Pzp, polegającego na zaniechaniu odrzucenia ofert konkurencyjnych Wykonawców, wyraża się w uszczerbku, jakiego Odwołujący może doznać w wyniku niezyskania zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca D. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D. G.i Usługi Remontowo-Budowlane.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

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

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy następujące dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej:

- 1.informacja o wyniku postępowania z 12 maja 2023 r.,
- 2.oferta przystępującego z 4 kwietnia 2023. wraz z załącznikami,
- 3.żądanie wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych pismo Zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2023 r. oraz z dnia 5 maja 2023 r.,
- 4.wyjaśnienia Wykonawcy pisma z dnia 13 kwietnia 2023 r. oraz z dnia 9 maja 2023 r.,
- 5.umowa handlowa z dnia 30 marca 2023 r.,
- 6.opinia bankowa z dnia 8 lutego 2023 r.

Izba wskazuje, iż dokumenty w postaci pism z dnia 22-29 maja 2023 r. (korespondencja z zakładem Karnym w Uhercach Mineralnych), złożone przez Odwołującego do akt sprawy już wniesieniu odwołania, nie mogły stanowić dowodów w rozpoznawanej sprawie, ponieważ okoliczności w nich wskazane nie stanowiły zarzutu odwołania.

**Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie 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 wskazuje, że pomimo tego, że postępowanie pn. „Przebudowa sieci wodociągowej w miejscowości Orły w Gminie Orły” zostało podzielone na dwa zadania częściowe, t. j.: zadanie częściowe nr 1 pn. „Przebudowa sieci wodociągowej w miejscowości Orły” oraz zadanie częściowe nr 2 pn. „Wymiana wodomierzy na nowe, wyposażone w urządzenia do zdalnego odczytu”, a Odwołujący nie wskazał, którego zadania odwołanie dotyczy. Jednakże Odwołujący przytoczył nazwę zadania, tak więc Izba nie miała żadnych wątpliwości, że odwołanie dotyczyło zadania nr 1.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz art. 118 ustawy Pzp zasługiwał na uwzględnienie, pomimo, iż Odwołujący w odniesieniu do drugiego z zarzutów jako podstawę prawną wskazał art. 120 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że zgodnie z brzmieniem pkt 15.1 ppkt 3 SWZ:

„15. Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

15.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej:

Wykonawca musi wykazać, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 2 miliony złotych (słownie: dwa miliony złotych), przy czym środki finansowe i zdolność kredytowa mogą być sumowane do wymaganej przez Zamawiającego wysokości.”

Wykonawca na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych przedłożył m.in. opinię bankową podmiotu trzeciego na potwierdzenie spełnienia warunku określonego

w rozdz. 15 pkt 15.1 ppkt 83 SWZ, udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Wykonawca wraz z ofertą przedłożył zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia niezbędnych zasobów, z którego wynikało, że podmiot trzeci zobowiązał się do udostępnienia „zasobów finansowych na dostawę materiałów w ramach limitu kupieckiego poprzez stałą dostawę materiałów do zakończenia realizacji zadania w ramach umowy cywilnoprawnej”.

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.

Zgodnie z 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.

Przepis art. 120 ustawy Pzp, zgodnie z którym podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, odpowiada solidarnie z wykonawcą, który polega na jego sytuacji finansowej lub ekonomicznej, za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba, że za nieudostępnienie zasobów podmiot ten nie ponosi winy, stanowi konsekwencję udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci, której wynikiem jest powstanie ustawowej, solidarnej współodpowiedzialności wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby.

Izba ustaliła, że Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, pismami z 12 kwietnia i 5 maja zażądał od Wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści podmiotowego środka dowodowego złożonego na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na żądanie Zamawiającego z dnia 12 kwietnia 2023 r. wyjaśnień dotyczących treści zobowiązania Wykonawca przedłożył opinię bankową podmiotu trzeciego, umowę handlową oraz wyjaśnienia podmiotu trzeciego.

Zamawiający w piśmie z 5 maja 2023 r. – żądaniu wyjaśnień dotyczących treści podmiotowych środków dowodowych wskazał, że limit kupiecki to nic innego, aniżeli kredyt krótkoterminowy udzielany przez przedsiębiorcę, innymi słowy jest formą zgody sprzedającego na otrzymanie zapłaty za towar po terminie dostawy. Zamawiający podkreślił ponadto, że z treści umowy handlowej jednoznacznie wynika, że podmiot trzeci w ramach umowy handlowej zobowiązuje się do sprzedaży materiałów budowlanych po cenach handlowych i płatnościach wykonawcy podmiotowi trzeciemu w terminie 7 dni, od dnia zapłaty przez zamawiającego (zgodnie

z § 4 i 5 umowy handlowej). Maksymalny limit kredytowy – stosownie do umowy handlowej wynosi 2 mln złotych. Umowa handlowa zawarta z podmiotem trzecim przedłożona przez Wykonawcę potwierdziła, że Wykonawca zobowiązał się do nabywania materiałów budowlanych od podmiotu trzeciego do limitu 2 mln złotych za zapłatą z odroczonym terminem płatności. Zamawiający 19 kwietnia 2023 r. ponownie zażądał od Wykonawcy wyjaśnień dotyczących jednoznacznego wskazania przez Wykonawcę, czy celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego. Wykonawca w wyjaśnieniach z 20 kwietnia 2023 r. wskazał, że podmiot trzeci „udostępnia zasoby finansowe na dostawę materiałów w ramach limitu kupieckiego w formie stałej dostawy materiałów do zakończenia realizacji zadania”.

Zamawiający 21 kwietnia 2023 r. ponownie wezwał Wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca w odpowiedzi przedłożył m. in. opinię bankową podmiotu trzeciego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej określonego w rozdz. 15 pkt 15.1 ppkt 3 SWZ.

Zamawiający w piśmie z 5 maja 2023 r. zażądał wyjaśnień uwzględniających, w jaki sposób podmiot trzeci wykazuje spełnianie warunku udziału w postępowaniu, skoro zobowiązał się do stałej i odpłatnej dostawy materiałów do zakończenia realizacji zadania. Zamawiający podkreślił, że podmiot trzeci spełnia warunek udziału w postępowaniu

dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej, tym niemniej podmiot trzeci nie udostępnił swoich zasobów Wykonawcy, a jedynie zobowiązał się do sprzedaży materiałów budowlanych Wykonawcy do limitu 2 mln. zł z odroczonym terminem płatności.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego pismem z 9 maja 2023 r. Wykonawca wskazał na wynikające z art. 118 ustawy Pzp uprawnienie wykonawcy do powołania się na zasoby podmiotu udostępniającego (tzn. podmiotu trzeciego) w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. W takim przypadku na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego będzie miało realny charakter, a zatem wykonawca faktycznie tymi zasobami będzie dysponował na etapie realizacji zamówienia.

Wykonawca wskazał ponadto, że umowa handlowa, którą zawarł z Greinplast Plus sp. z o.o. sp. k. świadczy o realności zobowiązania podmiotu trzeciego. Umowa została zawarta dla realizacji zadania pod nazwą Przebudowa sieci wodociągowej w miejscowości Orły w Gminie Orły, co również konkretyzuje jej charakter. W ramach niniejszej umowy podmiot trzeci zobowiązał się dostarczyć wykonawcy materiały budowlane (które wcześniej sam nabył za posiadane przez siebie środki finansowe, które zostały wykazane). Materiały będą dostarczane bieżąco w trakcie realizacji zadania, zaś zapłata za nie nastąpi dopiero po zapłacie za wykonane części inwestycji przez Zamawiającego. Do tego czasu podmiot trzeci będzie udzielał „kredytu kupieckiego” Wykonawcy. Wykazane posiadane środki oraz renoma Greinplast Plus Sp. z o.o. sp. k. gwarantują realizację inwestycji bez jakichkolwiek zaburzeń, co jest istotne z punktu widzenia Zamawiającego. Podmiot trzeci jest podmiotem udostępniającym zasoby, a nie uczestniczącym w postępowaniu. Przedłożone dowody wykazują udostępnienie zasobów technicznych i ekonomicznych wykonawcy.

Pismem z dnia 25 maja 2023 r., Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której domagał się oddalenia odwołania oraz wskazał, że Odwołujący nieprecyzyjnie wskazał przedmiot zamówienia (art. 516 ust. 1 pkt 5 p.z.p.). Postępowanie pn. „Przebudowa sieci wodociągowej w miejscowości Orły w Gminie Orły” stosownie do treści Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu podzielone zostało przez Zamawiającego na dwa zadania częściowe, t. j.: zadanie częściowe nr 1 pn. „Przebudowa sieci wodociągowej w miejscowości Orły” oraz zadanie częściowe nr 2 pn. „Wymiana wodomierzy na nowe, wyposażone w urządzenia do zdalnego odczytu”. „Określenie przedmiotu zamówienia ma identyfikować postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy wnoszone odwołanie. Określenie to w praktyce wskazanie tytułu postępowania. Dodatkowo w celu precyzyjnego zidentyfikowania postępowania odwołujący zobowiązany jest podać numer ogłoszenia w przypadku zamieszczenia w BZP albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Numer ów podać należy zawsze, także jeżeli odwołanie nie dotyczy jego treści.”(P. Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo

zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 516.).

W odniesieniu do zarzutów odwołania Zamawiający wskazał, że w całości zgadza się

z argumentacją Odwołującego dotyczącą zasad udostępniania przez podmiot udostępniający zasobów Wykonawcy składającemu ofertę w postępowaniu, celem wykazania przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. KIO wielokrotnie wypowiedała się

w orzeczeniach w kwestii udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci. Linia orzecznicza jest jednolita i utrwalona. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący stracił całkowicie z pola widzenia treść zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby finansowe oraz treść przedłożonej na wezwanie Zamawiającego (z dnia 12 kwietnia br.) umowy handlowej w korelacji

z projektowanymi postanowieniami umowy stanowiącymi załącznik nr 7 do SWZ. Umowa handlowa zawarta pomiędzy Wykonawcą, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą i będący Przystępującym w niniejszym odwołaniu w treści wskazuje wprost, że „zapłata za dostarczone materiały odbywać się będą w terminie do 7 dni od dnia otrzymania zapłaty przez Kupującego od Inwestora na podstawie faktur częściowych” (§ 5 ust. 2 umowy handlowej). Natomiast z treści § 6 ust. 1 projektowanych postanowień umownych jednoznacznie wynika, że: „Strony ustalają, iż rozliczenie za roboty będące przedmiotem umowy nastąpi na podstawie jednej faktury końcowej po przedłożeniu protokołu odbioru końcowego wraz z załącznikami z zastrzeżeniem udzielenia zaliczki, o której mowa w § 5.” Zamawiający na marginesie wskazał, że przedmiotowe zapisy wynikają z udzielonej Zamawiającemu wstępnej promesy Rządowego Funduszu Polski Ład Program Inwestycji Strategicznych - II edycja, nie sposób przyjąć, że podmiot udostępniający nie miał wiedzy o treści dokumentów zamówienia. Innymi słowy podmiot udostępniający zawierając umowę handlową z Przystępującym i składając zobowiązanie do udostępnienia zasobów wyraził jednoznaczne oświadczenie woli aprobujące de facto kredytowanie Przystępującego oraz termin płatności za zakupione materiały budowlane (art. 8 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 65 § 2 k.c.). Innymi słowy w umowie handlowej podmiot trzeci zobowiązał się dostarczyć Wykonawcy materiały budowlane, które wcześniej sam nabył, za posiadane przez siebie środki finansowe, które zostały wykazane zdolnością finansową. Materiały będą dostarczane bieżąco w trakcie realizacji zadania, zaś zapłata za nie nastąpi dopiero po zapłacie za wykonane części inwestycji przez Zamawiającego. Do tego czasu podmiot trzeci będzie udzielał

„kredytu kupieckiego” Wykonawcy. W konsekwencji więc podmiot trzeci kredytuje Przystępującego do wysokości wymaganej przez Zamawiającego (§ 5 ust. 2 umowy handlowej).

Zamawiający przywołał stanowisko K. Giordano (Więź prawna wykonawcy z podmiotem trzecim, M.Zam.Pub. 2022, nr 8, s. 41-43), cyt.: „Przy ocenie, czy dany stosunek prawny wskazuje na warunki udostępnienia zasobów, a także potwierdza, że wykonawca realnie będzie dysponował tymi zasobami, nie można stosować żadnego automatyzmu, który kwalifikowałby poszczególne rodzaje umów jako potwierdzające udostępnienie zasobów zgodnie z art.

118 i n. ustawy p.z.p. i niestanowiące takiego potwierdzenia.” Dalej, cyt. „stosunek łączący wykonawcę z podmiotem trzecim ma mieć charakter prawny. A contrario stosunek ten nie może mieć jedynie charakteru faktycznego, kapitałowego czy honorowego - stwierdza

w komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych Marzena Jaworska. Małgorzata Stachowiak akcentuje z kolei, że: Zamawiający nie ma przyznanej prawnie możliwości narzucenia rodzaju stosunku prawnego, jaki łączy wykonawcę i inny podmiot. Z jego punktu widzenia istotne jest, aby wykonawca udowodnił, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami na etapie realizacji zamówienia. Wykonawca zaś i podmiot trzeci mają możliwość ukształtowania łączącego ich stosunku prawnego w dowolny sposób, który prowadzi do udostępnienia zasobów podmiotu wykonawcy dla potrzeb realizacji zamówienia.” (K. Giordano - Więź prawna wykonawcy z podmiotem trzecim, M. Zam. Pub. 2022, nr 8, s. 41-43).

Analogicznie w Komentarzu Prawa zamówień publicznych pod redakcją H. Nowaka

i M. Winiarza, cyt.: „Stosownie do art. 118 ust. 1 Pzp możliwość udostępnienia zasobów jest niezależna od charakteru prawnego stosunku łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim. Przepis ten czytany łącznie z art. 118 ust. 3 Pzp przesądza, że pomiędzy wykonawcą a innym podmiotem oferującym swoje zasoby musi istnieć więź o charakterze prawnym, aczkolwiek rodzaj tej więzi z punktu widzenia dopuszczalności wykorzystania cudzych zdolności jest obojętny. Więź prawna określa warunki, na jakich dojdzie w przyszłości do udostępnienia zasobów niezbędnych dla realizacji zamówienia publicznego i tym samym stanowi gwarancję dla zamawiającego, że faktycznie podczas realizacji zamówienia wybrany wykonawca będzie dysponował potencjałem zgodnym z jego wymaganiami.”

Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej Przystępującego kierował się więc swobodą zawarcia przez Przystępującego i podmiot trzeci więzi o charakterze prawnym oraz obojętności wykorzystania cudzych zdolności.

Wobec powyższego Zamawiający wskazał, że twierdzenia Odwołującego, że nie nastąpiło realne udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego są całkowicie chybione. Podmiot trzeci nie tylko zobowiązał się do sukcesywnej sprzedaży materiałów budowlanych, ale de facto mając na względzie postanowienia projektowanych postanowień umownych stanowiących załącznik nr 7 do SWZ w korelacji z zapisami umowy handlowej łączącej Przystępującego i podmiot udostępniający jednoznacznie wynika kredytowanie poprzez zakup materiałów do kwoty 2 mln zł. przez podmiot trzeci. Zaznaczenia także wymaga, że podmiot udostępniający dysponuje realnymi środkami finansowymi, co wprost potwierdza zaświadczenie z banku.

Izba oceniając przedstawione przez Wykonawcę stwierdziła, że Wykonawca nie udowodnił, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego będzie miało realny charakter, a zatem Wykonawca faktycznie tymi zasobami będzie dysponował na etapie realizacji zamówienia.

Złożone wraz z wyjaśnieniami dokumenty – umowa handlowa wykonawcy z 30 marca 2023 r., opinia bankowa powinny umożliwić Zamawiającemu zweryfikowanie, czy wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą będzie mógł realnie wykorzystywać wszystkie wymagane zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia.

W ocenie Izby przedstawione przez Wykonawcę w tym celu dokumenty nie spełniły swojej roli. Za ich pomocą wykonawca nie udowodnił, że będzie dysponował zasobami udostępnionymi przez podmiot trzeci przez okres realizacji zamówienia.

Z postanowień umowy handlowej, którą Wykonawca zawarł z podmiotem trzecim wynika tylko, że jej przedmiotem jest sprzedaż artykułów budowlanych, znajdujących się w ofercie handlowej Sprzedającego, potrzebnych do realizacji zadania pod nazwą Przebudowa sieci wodociągowej w miejscowości Orły w Gminie Orły w ramach maksymalnego limitu kredytowego do kwoty 2 mln złotych. Sprzedający zobowiązuje się do stałej realizacji materiałów potrzebnych do realizacji wskazanego powyżej zadania, aż do jego zakończenia przez Kupującego poświadczonego końcowym protokołem odbioru robót. Postanowienia umowy nie stanowią o realnym udostępnieniu zasobów finansowych przez podmiot trzeci – stroną umowy z 30 marca 2023 r.

Wskazać należy, że Wykonawca w wyjaśnieniach z 9 maja 2023 r. przedstawił własną interpretację postanowień umowy, zgodnie z którą podmiot trzeci zobowiązał się dostarczyć wykonawcy materiały budowlane (które wcześniej nabędzie za posiadane przez siebie środki finansowe, które zostały wykazane), a które w ocenie wykonawcy stanowią o udostępnieniu zasobów przez podmiot trzeci. Przedmiotem umowy jest tylko sprzedaż artykułów budowlanych, znajdujących się w ofercie handlowej Sprzedającego, potrzebnych do realizacji zadania, a nie nabycie przez Sprzedawcę materiałów budowlanych, a następnie dostarczenie ich wykonawcy, a udzielony kredyt był kredytem

kupieckim, udzielonym w związku ze sprzedażą artykułów potrzebnych do wykonania zadania. Kredyt kupiecki, nazwany także handlowym lub towarowym, udzielany jest przedsiębiorcy, który nabywa produkty lub usługi, przez ich sprzedawcę i polega na odroczeniu terminu zapłaty za towar w związku z faktem, iż przedsiębiorca nie jest w stanie zapłacić za zamawiane produkty lub usługi. Decyzja

o odroczeniu terminu zapłaty za towar opiera się zazwyczaj na dotychczasowej współpracy między stronami umowy.

Ponadto Izba stwierdza, że umowa z 30 marca 2023 r. nie zawiera żadnych dodatkowych postanowień zabezpieczających interes Przystępującego na wypadek niewykonania umowy przez podmiot trzeci, co oznacza, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego nie ma realnego charakteru. O zabezpieczeniu interesów Przystępującego nie może stanowić postanowienie, zgodnie z którym zapłata za dostarczone materiały odbywać się będzie

w terminie do 7 dni od dnia otrzymania zapłaty przez Kupującego od Inwestora na podstawie faktur częściowych. Powyższe postanowienie stanowi jedynie gwarancję dla Przystępującego, że zapłata za zakupione artykuły nastąpi nie wcześniej niż po otrzymaniu przez niego zapłaty od Zamawiającego. W rzeczywistości nie jest możliwe ustalenie, czy Wykonawca

w rzeczywistości będzie mógł w rzeczywistości korzystać z zasobów finansowych. Udostępnienie wykonawcy zasobów finansowych powinno być realne oraz konkretne.

Umowa nie zawiera ponadto żadnych postanowień, której zadaniem byłby eliminacja negatywnych skutków zmiany siły nabywczej pieniądza w postaci klauzuli waloryzacyjnej. Umowa stanowi jedynie, że ceny towarów mogą ulec zmianie, planowana zmianę cen Sprzedający ogłosi z minimum 30 dniowym wyprzedzeniem.

Postanowienia umowne nie zawierają również specyfikacji artykułów, potrzebnych do realizacji zadania, stąd brak pewności, czy w ofercie podmiotu trzeciego rzeczywiście znajdują się artykuły, które służyć będą realizacji zadania.

Powyższe okoliczności oznaczają, że wykonawca nie udowodnił, że będzie mógł realnie wykorzystać zasoby udostępnione przez podmiot trzeci.

W ocenie Izby o realności udostępnienia przez podmiot trzeci swoich zasobów nie świadczy jedynie renoma tego podmiotu czy też fakt posiadania przez ten podmiot środków finansowych, ale możliwość realnego wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego przez Wykonawcę przez cały czas wykonywania zamówienia.

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

Wobec niepotwierdzenia w przedstawionych Zamawiającemu środkach dowodowych, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami finansowym podmiotu trzeciego, zgodnie z postanowieniami SWZ, jego oferta winna podlegać odrzuceniu.

Izba rozpoznała zarzut naruszenie art. 253 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty z naruszeniem prawa i dokonanie wyboru oferty, która powinna zostać odrzucona

z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu łącznie z zarzutem naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D. G. Usługi Remontowo-Budowlane, który należało ocenić jako konsekwencję naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że w odniesieniu do zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 118 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie negocjacji z wyżej wskazanym Wykonawcom, co doprowadziło do nieuprawnionej zmiany treści złożonej oferty z błędnie przywołaną podstawą prawną oraz zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

w konsekwencji faworyzowanie wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu nie zostały wskazane okoliczności faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania oraz dowody na poparcie wskazanych okoliczności,

a wobec powyższego podlegały oddaleniu.

Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, zakres rozstrzygnięcia Izby wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie

z treścią powyższego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Powyższe oznacza, że zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane, a Izba nie może wyznaczać ich granic zamiast Odwołującego.

Samo określenie w odwołaniu czynności lub zaniechania Zamawiającego i wskazanie kwalifikacji prawnej jest niewystarczające, ponieważ treść i zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności czynności lub zaniechania zamawiającego z przepisami ustawy.

Zgodnie z treścią art. 516 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie powinno wskazywać m.in. wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność

z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności

faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności. Sądu Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt. X Ga 110/09 wskazał, że o tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych, to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej. Granice rozpoznania sprawy przez zarówno KIO, jak i Sąd, są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza, że niewystarczające jest ogólne twierdzenie

o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, ale konieczne jest określenie ich zakresu faktycznego. Z powyższym związany jest obowiązek odniesienia się do elementów stanu faktycznego, zawartości kwestionowanych dokumentów, w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. Odwołujący był zobowiązany wskazać w odwołaniu nie tylko podstawę prawną zarzutów, ale też okoliczności faktyczne, na których te zarzuty opiera. Zarzuty naruszenia art. 118 ustawy Pzp (z błędnie przywołaną podstawą prawną) oraz zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp nie zawierały podstawy faktycznych, co również uniemożliwiło stronie przeciwnej weryfikację ich zasadności oraz należyte przygotowanie swojego stanowiska.

Tym samym w ocenie Izby z tego powodu należało uznać, że odwołanie w zakresie wymienionych powyżej zarzutów nie mogło podlegać uwzględnieniu.

W rozpoznawanej sprawie, odwołanie okazało się częściowo zasadne. Wobec powyższego odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący i Zamawiający w 1/2.

Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 10.000 zł oraz wynagrodzenie i wydatki oraz koszty pełnomocników stron w wysokości 3600 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) orzeczono stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący: .....**