sygn. akt: **KIO 1352/25**

WYROK

Warszawa, 29 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata
Członkowie:Anna Kuszel-Kowalczyk
Luiza Łamejko
Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 kwietnia 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Adamietz sp. z o.o., Adamietz Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich,
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Teatr Muzyczny w Poznaniu,
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - Dekpol Budownictwo sp. z o.o. (83-251 Pinczyn),

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Adamietz sp. z o.o., Adamietz Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Adamietz sp. z o.o., Adamietz Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich, tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:……
Członkowie:……
……

sygn. akt: **KIO 1352/25**

Uzasadnienie

Zamawiający – Teatr Muzyczny w Poznaniu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, pn. *„Budowa nowej siedziby Teatru Muzycznego w Poznaniu”*.

7 kwietnia 2025 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Adamietz sp. z o.o., Adamietz Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich (dalej „*odwołujący*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1)czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Dekpol Budownictwo sp. z o.o. („Dekpol”);
2)zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Dekpol z uwagi na okoliczności w szczegółach opisane w uzasadnieniu odwołania;
3)uznaniu, iż Dekpol wykazał spełnienie warunków udziału, a także, iż mógł zmienić zakres udostępnianych mu przez podmiot trzeci zasobów;
4)zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.Art. 239 ust. 1 oraz 253 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 14 Pzp przez wybór oferty Dekpol jako najkorzystniejsze w sytuacji, w której oferta ta powinna zostać odrzucona z uwagi fakt, iż - mimo wyraźnego wskazania przez zamawiającego w SWZ - wykonawca ten nie wniósł wadium, lub też wniósł wadium w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą, czego oczekiwał zamawiający, a brak czego uniemożliwia wybór takiej oferty jako najkorzystniejszej (powinna ona zostać odrzucona);
2.art. 226 ust. 1 pkt 5 i 14 Pzp w zw. z art. 97 ust. 5 oraz art. 98 ust. 6 Pzp przez brak odrzucenia oferty Dekpol, mimo niewniesienia wadium lub też wniesienie tego wadium w sposób nieprawidłowy, ewentualnie nieutrzymywanie tego wadium od momentu złożenia oferty do upływu terminu związania ofertą – wbrew treści SWZ - a przez to brak prawidłowego zabezpieczenia oferty wadium, co uniemożliwia zamawiającemu skuteczne zaspokojenie się z gwarancji wadialnej w sytuacji, w której ziszczą się przesłanki do zatrzymania wadium (art. 98 ust. 6 Pzp), a zatem zabezpieczenie to nie spełnia swojej funkcji;

3. art. 123 Pzp w zw. z art. 118 ust. 1 i 4 Pzp przez zaakceptowanie czynności Dekpol polegającej na złożeniu poprawionego zobowiązania podmiotu trzeciego Krzysztof Janus „ARCHIMEDIA" - Pracownia Architektoniczna & Inżynierowie („ARCHIMEDIA"), w której dokonano zmiany zakresu udostępnionych zasobów, co stanowi naruszenie zasady dotyczącej braku możliwości powoływania się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, w zakresie innym niż ten, na jaki wykonawca powoływał się na etapie składania ofert;
4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 w zw. z art. 118 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 123 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu i uznanie, że Dekpol spełnia warunki udziału, pomimo, że nie wykazał on spełnienia warunku, o którym mowa w Rozdziale 7 ust. 1 lit. d pkt 6 SWZ dot. doświadczenia w wykonaniu usługi polegającej na wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowej, gdyż w treści wykazu usług wykonawca ten powołał się na zakres zasobów podmiotu trzeciego, na który nie powoływał się wraz ze złożeniem oferty, ewentualnie:
5. art. 128 ust. 1 Pzp zw. z art. 122 oraz art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 w zw. z art. 118 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 123 Pzp przez brak wezwania Dekpol do uzupełnienia wykazu usług i wykazania spełnienia warunków udziału w sytuacji, w której wykonawca ten składając pierwotny wykaz nie sprostał temu obowiązkowi, gdyż powołał się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie odmiennym niż wraz ze złożoną ofertą, co nie jest dopuszczalne przez przepisy prawa, a co czyni bezskutecznym wykazanie spełnienia warunków udziału; a w konsekwencji powyższych:
6. art. 16 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) Pzp odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty złożonej przez Dekpol na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 14 Pzp, odrzucenie oferty złożonej przez Dekpol na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b Pzp; ewentualnie: wezwanie Dekpol do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w stosownym zakresie; dokonanie ponownej oceny ofert oraz / lub podjęcie pozostałych czynności w postępowaniu z wyłączeniem oferty złożonej przez Dekpol.

Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Na podstawie art. 573 Pzp odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa. Gdyby zamawiający prawidłowo ocenił ofertę Dekpol, zostałaby ona odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp. Natomiast oferta odwołującego uznana zostałaby za najkorzystniejszą – względnie zamawiający unieważniłby postępowanie, co mogłoby umożliwić odwołującemu złożenie nowej w oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia wszczętym na skutek takiego unieważnienia (podnoszone jedynie z ostrożności). Tym samym odwołujący w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego może ponieść szkodę – to nie Adamietz, a Dekpol ostatecznie może bowiem zawrzeć umowę na realizację zamówienia publicznego.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, co następuje.

Oferta Dekpol powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 14 Pzp.

Dekpol wraz z ofertą przedłożył gwarancję przetargową zapłaty wadium (…) z 18 lutego („Wadium"). W treści tego dokumentu wskazano m.in., że:

- Gwarant wypłaci należną kwotę w ciągu 14 (czternastu) dni od daty otrzymania od Beneficjenta pisemnego żądania zapłaty (ust. 4),
- Gwarancja ważna jest od dnia 20 lutego 2025 r. do dnia 20 czerwca 2025 r. włącznie (ust. 6),
- Roszczenia Beneficjenta stają się bezskuteczne z upływem terminu ważności wadium (ust. 7).

Powyższe jest o tyle istotne, iż przywołane postanowienia co najmniej znacznie ograniczają okres obowiązywania wadium, w tym czas, w którym zamawiający może skutecznie zaspokoić swoje roszczenia (liczyć, że tak się stanie), a nawet w ogóle wyłączają taką możliwość (bez względu na to, kiedy roszczenie wypłaty powstanie/ zostanie zgłoszone Gwarantowi).

W tym kontekście w sposób szczególny należy zwrócić uwagę na ustęp 7 Wadium, zgodnie z którym *„roszczenia*

Beneficjenta stają się bezskuteczne z upływem tego terminu [ważności wadium – przyp. Autorzy]".

Przywołane zastrzeżenie nie tylko - co najmniej - wprowadza niepewność (niejednoznaczność, niejasność) treści przedłożonej gwarancji (nie wiadomo bowiem o jakie roszczenia chodzi, na co zwróciła uwagę Izba w swoim wyroku, który odnosił się do tożsamego wadium – o czym dalej), ale wręcz wskazuje, iż chodzi o roszczenia, które powstały (stały się skuteczne) jeszcze przed upływem terminu ważności Wadium – skoro wraz z upływem tego terminu mają stać się one bezskuteczne. Jest to o tyle ważne, iż Gwarant jednocześnie zastrzegł, iż wypłata kwoty wadialnej nastąpi w ciągu 14 dni od daty otrzymania przez Beneficjenta pisemnego żądania zapłaty (ust. 4). W tej sytuacji może się okazać (takiej sytuacji co najmniej wykluczyć się nie da, a zatem istnieje ryzyko po stronie zamawiającego),
iż pomimo faktu złożenia Gwarantowi żądania wypłaty wadium jeszcze przed upływem okresu jego ważności, zamawiający nie otrzyma żądanej kwoty – roszczenia po upływie terminu stają się bowiem bezskuteczne (nie mogą być dochodzone).

W powyższym kontekście warto posłużyć się przykładem. Załóżmy, że zamawiający zwraca się do Gwaranta z wnioskiem o wypłatę kwoty gwarancyjnej nawet na 10 dni przed upływem terminu ważności Wadium, tj. w dniu 10 czerwca 2025 roku. Gwarant, zgodnie z treścią gwarancji, ma 14 dni na wypłatę żądanej kwoty. Ostatni dzień tego terminu (24 czerwca) przypada zatem już po upływie terminu związania ofertą, a zatem i terminu ważności wadium (20 czerwca), co jest o tyle ważne, iż – zgodnie z treścią gwarancji - „z upływem tego terminu" „roszczenia Beneficjenta stają się bezskuteczne", co oznacza, że nie mogą być w sposób skuteczny dochodzone. Tym samym zamawiający nie może zaspokoić swoich roszczeń (a co najmniej stoi to pod znakiem zapytania). W ten sposób Gwarant może faktycznie doprowadzić do braku wypłaty wadium, a nawet skutecznego domagania się tego na drodze sądowej (podnosząc stosowny zarzut w tym zakresie – bezskuteczności roszczeń). Wynika to oczywiście m.in. z faktu, iż Gwarant nie precyzuje, o jakie roszczenia tak naprawdę chodzi – tylko te powstałe po czy też przed upływem ważności wadium. Jak już przy tym wskazano powyżej, z treści Wadium można wręcz wysnuć tezę (uzasadnioną), iż chodzi przede wszystkim o te powstałe przed upływem związania terminu ofertą. W przeciwnym wypadku postanowienie to nie ma sensu – skoro „coś" (roszczenia) mają stać się bezskuteczne
„z upływem terminu". Co więcej, warto zauważyć, iż wprowadzenie do treści Wadium omawianego postanowienia (oraz innych, m.in. o terminie wypłaty świadczenia), z pewnością może rodzić po stronie zamawiającego trudności w dochodzeniu wypłaty stosownej kwoty. Przywołane postanowienie jest bowiem co najmniej problematyczne i daje podstawy Gwarantowi podnoszenia zarzutów względem żądań zamawiającego kwestionujących roszczenia. Trudno w takiej sytuacji mówić, iż spełniony jest warunek zgodnie z którym wadium w formie gwarancji ma mieć taką samą płynność jak to wniesione w pieniądzu.

W opisanej powyżej sytuacji zamawiający co najmniej pozbawiony jest pewności, że będzie mógł skutecznie zaspokoić swoje roszczenia, o ile wystąpi jedna z sytuacji opisanych w art. 98 ust. 6 Pzp. W ocenie odwołującego treść Wadium daje wręcz podstawy do twierdzenia,
że zamawiający nie uzyska żądanej kwoty.

Powyższe co do analogicznej treści wadium dwukrotnie potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie. Orzeczenia w sprawie KIO 642/20 oraz KIO 952/20.

W odwołaniu w pierwszej z przywołanych spraw, która zawisła pod sygnaturą KIO 642/20, wykonawca wskazał, iż: *Zgodnie z pkt 7 treści Gwarancji, zobowiązania zabezpieczone Gwarancją, po upływie terminu określonego w pkt 3 Gwarancji, wygasają automatycznie*
i całkowicie, a roszczenia Beneficjenta (Zamawiający) stają się bezskuteczne z upływem wskazanego terminu.

Powyższe oznacza w ocenie odwołującego, że zamawiający na podstawie wskazanej Gwarancji w istocie nie może po upływie terminu wynikającego z pkt 3 Gwarancji skutecznie dochodzić roszczeń, które w założeniu ma zabezpieczać ta Gwarancja. Wskazany zapis jest bowiem tak szeroki, że w istocie obejmuje wszystkie roszczenia potencjalnie wymagane do zabezpieczenia wskazana gwarancją i pozbawia zamawiającego uprawnień do skutecznego dochodzenia tych roszczeń. (…) Całość powyższych okoliczności oznacza zdaniem odwołującego, że oferta Wykonawcy MAX - BUD G. P. powinna zostać odrzucona jako oferta, co do której nie zostało wniesione prawidłowo wadium (tj. stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 7b PZP).

Odnosząc się do tak – w skrócie – postawionego zarzutu, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, a oferta powinna zostać odrzucona.
W uzasadnieniu swojego stanowiska Izba podkreśliła, że: *W zakresie zarzutu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy MAX - BUD, mimo że wskazany Wykonawca nie wniósł wadium w sposób prawidłowy,*
w konsekwencji czego oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona oraz zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy MAX- BUD - Izba uznała zarzut za zasadny. (…) W odniesieniu do argumentacji dotyczącej postanowień pkt 7 gwarancji wadialnej tj. postanowienia, że po upływie terminu określonego w pkt 3, zobowiązania BALCIA wygasają

automatycznie i całkowicie, a roszczenia Beneficjenta stają się bezskuteczne z upływem tego terminu, mając na uwadze, że jest to gwarancja ubezpieczeniowa, którą należy wykładać literalnie, a zapewne nie dokonywać jej wykładni rozszerzającej Izba uznała, że stanowisko Odwołującego w tym zakresie było zasadne. Treść postanowienia gwarancji odnosi się do wygaśnięcia automatycznego i całkowitego zobowiązań gwaranta z chwilą upływu określonego w gwarancji terminu jednocześnie podając, że roszczenia Beneficjenta z upływem terminu stają się bezskuteczne - przy czym nie wynika z postanowień tego dokumentu, czy chodzi o roszczenia niezgłoszone przed upływem terminu czy też wszystkie roszczenia. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że rozpoznane powyżej okoliczności faktyczne potwierdzają zasadność podniesionego przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 2 pkt 7b ustawy oraz wskazanych zasad Prawa zamówień publicznych. Nie zmienia i nie wpływa na ocenę zarzutu treść Oświadczenia Gwaranta z dnia 12 maja 2020 r. złożona przez uczestnika postępowania odwoławczego.

Do tożsamych wniosków, tj. iż oferta wykonawcy, który złożył gwarancję zawierającą m.in. analogiczne postanowienia, powinna zostać odrzucona, doszła Izba w wyroku z 9 lipca 2020 roku (KIO 952/20). W odwołaniu podniesiono m.in., iż: *Z odwołania wynikają następujące okoliczności związane z przebiegiem badania wadium wniesionego przez Konsorcjum: (…) - zgodnie z pkt 7. gwarancji zobowiązania nią zabezpieczone po upływie terminu określonego w pkt 3. gwarancji wygasają automatycznie i całkowicie, a roszczenia beneficjenta (Zamawiającego) stają się bezskuteczne z upływem tego terminu.*

- według treści gwarancji Balcia ma w założeniu wypłacać należną kwotę w ciągu 14 dni od daty skutecznego doręczenia wezwania do zapłaty na adres siedziby gwaranta;

- biorąc pod uwagę treść pkt 7. w zw. z pkt 3. gwarancji, jeżeli Zamawiający złoży żądanie o wypłatę z gwarancji na mniej niż 14 dni przed końcem upływu okresu ważności gwarancji, Balcia może odmówić wypłaty takiego żądania. (…) zawarty w pkt 7. zapis odnośnie wygaśnięcia gwarancji jest tak szeroki, że w istocie obejmuje wszystkie roszczenia potencjalnie wymagane do zabezpieczenia wskazaną gwarancją i pozbawia Zamawiającego uprawnień do skutecznego dochodzenia tych roszczeń.

Oddalając szereg zarzutów sformułowanych względem wadium, Krajowa Izba Odwoławcza jednocześnie podzieliła stanowisko odwołującego, iż gwarancja o takiej treści nie zabezpiecza zamawiającego w sposób wystarczający. (…).

Podsumowując powyższe warto po raz kolejny zwrócić uwagą na zasadniczą istotę wadium, które ma zabezpieczyć skuteczność „roszczeń" Zamawiającego. Choć w innych stanach faktycznych, Izba podkreślała tę kwestię wielokrotnie. Przykładowo: *Z istoty gwarancji bankowej wynika, iż jest ona wystawiana na rzecz beneficjenta, w celu zabezpieczenia jego roszczeń (…)* (KIO 2172/11). Podobnie: *Izba ponownie podkreśla, że stoi na stanowisku,*
iż kopia gwarancji nie gwarantuje tego, iż wykonawca nie zwróci jej do ubezpieczyciela ze skutkiem wygaśnięcia gwarancji, a nadto w razie odmowy wypłaty przez Gwaranta nie zapewnia Zamawiającemu skutecznej możliwości dochodzenia roszczenia przed sądem.

W świetle powyższych rozważań nie powinno budzić wątpliwości, iż Dekpol co najmniej nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą, a nawet wniósł wadium w sposób nieprawidłowy czy też w ogóle nie wniósł (skutecznie) wadium. Można bowiem twierdzić, iż także dochodzenie roszczeń powstałych nawet wcześniej niż 14 dni przed upływem terminu związania ofertą może być niemożliwe, a z pewnością znacznie utrudnione (kwestionowane przez Gwaranta z powołaniem na treść Wadium), o ile ma miejsce po upływie ważności wadium. Za przygotowanie odpowiedniej treści Wadium odpowiada gwarant, natomiast Dekpol powinien zadbać, aby spełniało ono stosowne wymagania zamawiającego oraz te wynikające z przepisów prawa. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Podkreślenia wymaga, iż zamawiający zobowiązany jest do traktowania wszystkich wykonawców w sposób równy, bez preferencji któregokolwiek oferenta. Oznacza to, iż niezależnie od wszelkich okoliczności, o ile działania któregoś z wykonawcy noszą znamiona niezgodności z SWZ czy też Pzp, oferta taka – o ile znajduje to odzwierciedlenie w treści art. 226 Pzp – powinna zostać odrzucona.

Brak możliwości dokonywania zmiany zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w części odnoszącej się do zakresu udostępnianych zasobów.

Odwołujący wskazuje, że działanie Dekpol polegające na przedłożeniu wraz z dokumentami podmiotowymi zobowiązania o udostępnieniu zasobów składanego przez podmiot ARCHIMEDIA - zmodyfikowanego w odniesieniu do zobowiązania przedłożonego wraz z ofertą w części odnoszącej się do zakresu udostępnianych zasobów, jest działaniem niezgodnym z treścią przepisu art. 123 Pzp. Dekpol uzupełnił złożone przez siebie wraz z ofertą zobowiązanie w taki sposób, iż w części odnoszącej się do zakresu udostępnianych zasobów oświadczył, iż *„Udostępniamy ww. zasoby w następującym zakresie: wiedza*
i doświadczenie zdobyte podczas realizacji na rzecz Teatru Wielkiego im. Stanisława Moniuszki w Poznaniu inwestycji pn.: „Modernizacja sceny głównej Teatru Wielkiego im. Stanisława Moniuszki w Poznaniu".

Nie ulega zatem wątpliwości, iż zakres zobowiązania ARCHIMEDIA dotyczył udostępnienia doświadczenia zdobytego podczas realizacji konkretnego zadania, pn. „*Modernizacja sceny głównej Teatru Wielkiego im. Stanisława Moniuszki w Poznaniu*".

Dokonanie przez ARCHIMEDIA zmiany zakresu zasobów, w związku z realizacją których podmiot trzeci zdobył doświadczenie obecnie udostępniane Dekpol, niewątpliwie stanowi zmianę dotyczącą zakresu udostępnianych zasobów. Oczywistym jest, iż doświadczenie zdobyte przy wykonaniu dokumentacji projektowej dla inwestycji obejmującej modernizację sceny głównej teatru jest innym doświadczeniem niż to zdobyte przez wykonaniu dokumentacji dla budowy szkoły – inwestycji, która znalazła się w treści zmienionego zobowiązania, pn. „*Budowa budynku Szkoły Podstawowej w Winnej Górze w Środzie Śląskiej wraz*
z infrastrukturą towarzyszącą". Każda z tych inwestycji charakteryzuje się odmiennym zakresem realizacyjnym – są to odmienne budynki, dla których w procesie przygotowania dokumentacji powinny być wykorzystywane odmienne rozwiązania.

Odwołujący wskazuje, że podmiot Dekpol dokonuje nieuprawnionej zmiany zobowiązania podmiotu trzeciego w sposób, który był przez niego kwestionowany na gruncie unieważnionego postępowania prowadzonego przez zamawiającego, którego przedmiot był analogiczny do przedmiotu zamówienia udzielanego w ramach niniejszego postępowania (poprzednie unieważnione postępowanie).

Na gruncie historycznego (unieważnionego postępowania) Dekpol kwestionował działanie odwołującego (który również złożył ofertę w tamtym postępowaniu), polegające na powołaniu się w treści wykazu usług na zadanie, które pierwotnie nie zostało wskazane przez niego
w treści zobowiązania o udostępnieniu zasobów (analogicznie jak ma to miejsce w przypadku Dekpol teraz). Na gruncie tamtego postępowania Dekpol stał na stanowisku, iż takie działanie należy traktować jako powoływanie się na zasoby podmiotu trzeciego, w zakresie innym, niż zakres zdolności, na których polegał na etapie składania ofert. Tym samym, brak jest po stronie Dekpol racjonalności w podejmowanych przez niego działaniach w obecnie prowadzonym postępowaniu, polegających na dokonaniu zmiany treści zobowiązania podmiotu ARCHIMEDIA.

W tym miejscu odwołujący pragnie odnieść się do treści odwołania z 8 kwietnia 2024 r. złożonego przez Dekpol w historycznym postępowaniu, w treści którego Dekpol przejawiał następujące argumentację: (…).

Odwołujący zgadza się ze stanowiskiem Dekpol w ww. odwołaniu - na gruncie sprawy toczącej się w sprawach połączonych: KIO 1205/24 oraz KIO 1211/24.

Z uwagi na fakt, iż zadanie pn. „*Budowa budynku Szkoły Podstawowej w Winnej Górze*
w Środzie Śląskiej wraz z infrastrukturą towarzyszącą" nie było wskazane w pierwotnej treści zobowiązania podmiotu trzeciego, zamawiający nie powinien na podstawie takiego zobowiązania badać tej usługi. Odwołujący pragnie zwrócić uwagę na treść rozstrzygnięcia Izby w sprawie toczącej się z odwołania Dekpol. Izba w treści wyroku z 19 czerwca 2024 r. wskazała, iż w sytuacji, gdy wykonawca dookreślił w treści zobowiązania swoje doświadczenie poprzez wskazanie konkretnej usługi, brak jest uzasadnionych argumentów dla uznania dla „*tak brzmiącego zobowiązania, że udostępnia on jakikolwiek inny zakres swojego doświadczenia, poza tym jakiego emanacja następuje jednoznacznie*" (…).

Tym samym Izba uznała takie działanie (jak teraz próbuje czynić Dekpol) za nieskuteczne i niezgodne z treścią przepisów prawa (art. 123 Pzp).

Odwołujący wskazuje, że z uwagi na samodzielne złożenia zmodyfikowanego zobowiązania, brak jest możliwości skierowania do niego wezwania do wykazania samodzielnego spełnienia warunków lub zastąpienia podmiotu trzeciego ARCHIMEDIA, innym podmiotem udostępniającym zasoby. Obowiązuje zasada jednokrotności. Podkreślenia wymaga, iż uzupełnione zobowiązanie, a także nowo powołane doświadczenie zostało ocenione przez zamawiającego. Dlatego też należy uznać, iż Dekpol sam skorzystał
z procedury uzupełnienia, a zamawiający ją uznał. Niemniej jednak Dekpol powołał się na zasoby, na które nie mógł. Nie wykazał spełnienia warunku udziału przy jednoczesnym wyczerpaniu procedury. Stąd oferta powinna zostać odrzucona. O ile Izba uzna inaczej, Dekpol co najmniej powinien zostać wezwany do uzupełnienia. Brak możliwości zmiany powoduje brak wykazania spełnienia warunku. Z treści art. 122 Pzp natomiast wynika,
że w takiej sytuacji możliwe jest powołanie się wyłącznie na zasoby innego podmiotu trzeciego (lub wykazanie samodzielne).

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Abstrahując od chaotycznych zarzutów wskazanych w petitum odwołania, opierając się przede wszystkim o treść jego uzasadnienia, zamawiający zakłada, że zarzuty dotyczące wniesienia przez przystępującego wadium w sposób nieprawidłowy, sprowadzają się w istocie do stwierdzenia, że zastrzeżenie poczynione w pkt. 7 gwarancji przetargowej zapłaty wadium o numerze: (…) wystawionej przez Korporację Ubezpieczeń
i Kredytów Eksportowych Spółka Akcyjna z 18 lutego 2025r. (dalej jako „Gwarancja"), zgodnie z którym „*Po upływie terminu określonego w ust. 6, zobowiązania Gwaranta wygasają całkowicie i automatycznie, a roszczenia Beneficjenta*

stają się bezskuteczne z upływem tego terminu." należy odczytywać w ten sposób, że niezależnie od terminu zgłoszenia roszczenia przez Beneficjenta, Gwarant nie zaspokoi roszczeń Beneficjenta po upływie terminu o jakim mowa w pkt. 6 Gwarancji (tj. po dniu 20 czerwca 2025r.), co zdaniem odwołującego czyni (może uczynić) Gwarancję bezskuteczną (niezabezpieczającą w pełni interesów zamawiającego). Stwierdzenie to jest nieprawdziwe, a zarzuty odwołującego całkowicie chybione. Wykładnia pkt. 7 dokumentu wadialnego zaprezentowana przez odwołującego całkowicie abstrahuje bowiem od pełnej treści Gwarancji, w tym w szczególności innych jej postanowień, jak również całkowicie ignoruje kontekst i okoliczności w jakich przedmiotowe oświadczenie woli Gwaranta zostało złożone. Przeprowadzona w odwołaniu wykładania prowadzi w konsekwencji do obrazy art. 65 § 1 kc, zawierającego kluczowe dyrektywy wykładni oświadczenia woli. Prawidłowa wykładnia oświadczenia woli Gwaranta wymaga weryfikacji pełnej treści Gwarancji, w tym w szczególności pkt. 1, pkt. 3, pkt. 4 i pkt. 6 tego dokumentu.

Gwarant w swoim oświadczeniu woli wskazuje bowiem jednoznacznie, że:

- Zobowiązuje się bezwarunkowo i nieodwołanie do zapłaty kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie (pkt. 1);
- Gwarant wypłaci należną kwotę w terminie 14 dni (pkt. 4);
- Gwarant zastrzegł, że roszczenie musi zostać zgłoszone w terminie obowiązywania gwarancji, tj. do dnia 20.06.2025 r. (pkt. 6);
- Jedynymi (formalnymi) warunkami wypłaty jest zgłoszenie roszczenia w okresie ważności Gwarancji (do dnia 20 czerwca 2025 r.) oraz spełnienie wymogów ad. formy żądania oraz wskazania przyczyny zatrzymania wadium (pkt. 6).

Pkt. 7 Gwarancji (kwestionowany przez odwołującego) wskazuje na bezskuteczność roszczeń Beneficjenta po dniu 20 czerwca 2025 r., niemniej nie precyzuje czy chodzi
o wszelkie roszczenia (a zatem zarówno zgłoszone, jak i niezgłoszone), czy też tylko takie, które nie zostały zgłoszone w terminie obowiązywania Gwarancji. Przyjęcie (jak chce tego odwołujący), że chodzi również o roszczenia zgłoszone w dacie obowiązywania Gwarancji powodowałoby rażącą sprzeczność pomiędzy postanowieniami pkt. 7 oraz pkt. 6 Gwarancji (który wyraźnie wskazuje się na obowiązek wypłaty, gdy roszczenia zgłoszono w terminie).

W ocenie zamawiającego oczywistym jest, że pkt. 7 Gwarancji dotyczy wyłącznie roszczeń niezgłoszonych do dnia 20 czerwca 2025 r., a nie zarówno roszczeń zgłoszonych
i niezgłoszonych. Tylko taka interpretacja pkt. 7 Gwarancji powoduje bowiem, że jej treść jest spójna i integralna, a oświadczenia woli Gwaranta nie zawiera elementów wzajemnie wykluczających się (pozostających w sprzeczności). Nadto, tylko taka interpretacja pozwala na przyjęcie, że spełniony jest cel oświadczenia woli (udzielenie gwarancji wadialnej zgodnej z wymogami PZP), a cel ten był niewątpliwie znany Gwarantowi w momencie wydania Gwarancji. Interpretacja sugerowana przez odwołującego, bazuje natomiast wyłącznie na wyjętym z kontekstu brzmieniu pkt. 7, nie uwzględniającym innych zapisów Gwarancji
(w szczególności poprzedzającego ją pkt. 6), a nadto ignoruje kontekst i okoliczności złożenia oświadczenia woli, jak również cel w jakim zostało ono złożone.

Na konieczność dokonywania wykładni treści gwarancji wadialnej w oparciu o dyrektywy wykładni wskazane w art. 65 kc wielokrotnie wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza, w tym
w wyroku z 21 września 2020 r. (KIO 2036/20), (por. również wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29 lipca 2016 r., III Ca 548/16; wyrok KIO z 7.07. 2022 r., KIO 1605/22).

Niewątpliwie zatem, ustalenie rzeczywistego brzmienia Gwarancji wymaga przeprowadzenia starannych zabiegów interpretacyjnych w oparciu o art. 65 §1 kc,
z uwzględnieniem bogatego orzecznictwa sądowego (w tym Sądu Najwyższego) odnoszącego się do tej kwestii, które krótko scharakteryzowano poniżej.

[dyrektywy wykładni oświadczeń woli] Zgodnie z brzmieniem art. 65 § 1 kc: § 1. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności,
w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Zasadą jest, że wykładnią oświadczeń woli obejmuje się wszelkie oświadczenia woli, bez względu na to, czy w warstwie czysto językowej (literalnej) oświadczenia budzą, czy też nie budzą wątpliwości: „*Wykładni podlegają wszystkie postanowienia umowy, w tym także postanowienia, które prima facie wydawać mogą się oczywiste. W zakresie wykładni postanowień umownych nie obowiązuje zasada clara non sunt interpretanda, która wyłączałaby dokonywanie wykładni postanowień jasnych językowo, choć językowy sens oświadczeń stanowi punkt wyjścia dla dalszych zabiegów interpretacyjnych*" (wyrok SN z dnia 5.10.2005 r., II CK 122/05, Legalis).

[metoda kombinowana wykładni] Dominującą rolę w procesie wykładni, ma – zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa – tzw. kombinowana metoda wykładni. Jak wskazano
w wyroku Sadu Apelacyjnego w Lublinie z 22.01.2020 r. (I ACa 880/18, Legalis), czynności organu dokonującego wykładni służące zinterpretowaniu oświadczenia woli składają się
z dwóch etapów. Pierwszy z nich polega na ustaleniu, jak strony rozumiały złożone oświadczenie woli i czy było to

rozumienie zgodne. Gdy chodzi o pierwszy etap wskazać należy, że znaczenie nadawane oświadczeniu przez strony należy ustalać, biorąc pod uwagę stan z chwili złożenia oświadczenia. Drugi etap następuje wówczas, gdy nie da się ustalić zgodnego zamiaru stron i polega on na ustaleniu, jakie jest obiektywnie przyjęte znaczenie danego oświadczenia.

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20.02.2003 r. (I CKN 7/01, Legalis) SN zwrócił uwagę, że w celu wykładni oświadczenia woli należy ustalić, jaki sens wiązać mógł z nim adresat.

W ocenie Sądu "*decyduje przy tym nie indywidualny, lecz normatywny punkt widzenia odbiorcy oświadczenia, który z należytą starannością wymaganą w obrocie dokonuje interpretacji, zmierzającej do odtworzenia treści myślowej składającego oświadczenie*". Jak podnosi się

w doktrynie: „*Podstawową dyrektywą wykładni jest przypisanie oświadczeniu sensu, jaki z treścią komunikatu wiązać mógł potencjalny, racjonalny odbiorca*." (P. Sobolewski, Komentarz do art. 65 kc pod red. serii: K. Osajda, wyd. 31, Legalis).

Wykładnia oświadczeń woli powinna być prowadzona z uwzględnieniem całego analizowanego tekstu oraz okoliczności złożenia oświadczeń woli, a nie ograniczać się do interpretacji poszczególnych postanowień (zob. wyrok SN z dnia 16.01.2013 r., II CSK 302/12, Legalis oraz w wyrok SN z dnia 23.05.2013 r., I CSK 569/12, Legalis).

Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Łodzi: „*Dyrektywy wykładni oświadczeń woli zawarte w art. 65 k.c. wymagają - poza kontekstem językowym - uwzględnienia całokształtu oświadczeń woli składających się na treść czynności prawnych przy uwzględnieniu okoliczności towarzyszącym ich złożeniu.*" (wyrok SA w Łodzi z dnia 22 lutego 2021 r., I Aga 142/20).

Przytoczenia wymaga również inny judykat Sądu Najwyższego: „*Tekst nie stanowi wyłącznej podstawy wykładni ujętych w nim oświadczeń, lecz konieczne jest również zbadanie zamiaru i celu stron, który nie musi być celem uzgodnionym, lecz wystarcza cel zamierzony przez jedną i wiadomy drugiej, a także kontekstu faktycznego w jakim umowę uzgadniano*

i zawierano oraz okoliczności towarzyszących złożeniu oświadczenia woli. Nawet jednoznacznie ustalony na podstawie reguł językowych sens oświadczenia woli nie zwalnia sądu w procesie jego wykładni od uwzględnienia innych dyrektyw interpretacyjnych. Nie można też zapominać, że zasady wykładni oświadczeń woli stron umowy nakazują przyjęcie założenia, iż wola stron była racjonalna i miała na celu osiągnięcie rezultatu zgodnego ze zdrowym rozsądkiem i interesem stron." (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2023 r., I CSK 507/23).

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego (wyrok SN z 3.02.2011 r., I CSK 348/10, Legalis), prawidłowa wykładnia może doprowadzić do ustalenia sensu oświadczenia woli nawet istotnie odbiegającego od znaczenia jakie mogą wynikać z reguł językowych (wykładni literalnej): "*Wskazane jest przyjmowanie logicznego pojmowania całości tekstu, uwzględniania kontekstu sytuacyjnego (dotychczas składane przez strony oświadczenia, statusu stron (profesjonalna działalność gospodarcza), celu umowy (obu stron lub zamierzenia jednej, znane drugiej). Wyróżniane są również, jako mające istotne znaczenie, okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone, jak też przypisanie mu prawnie wiążącego sensu, nawet odbiegającego od znaczenia wynikającego z reguł językowych*".

Jak trafnie zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z 22 lutego 2002 r. (V CKN 931/00, Legalis), wykładnia umowy nie może prowadzić do wniosków nonsensownych. Jeżeli możliwych jest kilka wariantów interpretacyjnych oświadczenia woli, wybrać należy wariant nadający oświadczeniu rozsądną treść, a odrzucić warianty interpretacyjne prowadzące do nadania oświadczeniu nonsensownej albo nielogicznej treści. W wyroku z 19.11.2002 r.

(IV CKN 1474/00, Legalis) Sąd Najwyższy podkreślił, że zasady wykładni oświadczeń woli stron umowy nakazują przyjęcie założenia, iż wola stron była racjonalna i miała na celu osiągnięcie rezultatu zgodnego ze zdrowym rozsądkiem i interesem stron.

Powyższe podziela również doktryna: „*U podstaw zasady nakazującej interpretację poszczególnych postanowień umownych, wyrażeń, zwrotów, czy poszczególnych słów*

w kontekście całej umowy jest założenie, że strony zawierając umowę i kształtując jej treść oraz cel wyrażają swoją wolę w sposób spójny. Oznacza to, że zamiarem stron nie jest wprowadzanie do umowy postanowień ze sobą sprzecznych." (E. Rott-Pietrzyk, Komentarz do art. 65 kc pod red. P. Machnikowskiego, wyd. 1, 2022, Legalis).

[wykładnia *favor negotii*] Nadto, w doktrynie podnosi się konieczność stosowania tzw. wykładni życzliwej, nakierowanej na osiągnięcie znanego stronom celu i wywołaniu określonych skutków prawnych: „*Przy wykładni oświadczeń woli postuluje się życzliwą ich interpretację (benigna interpretatio) wspomagającą uznanie czynności prawnej za ważną. Stosowanie tej dyrektywy (nazywanej favor negotii, a w odniesieniu do umów favor contractus) oznacza preferowanie takiego znaczenia oświadczenia woli, które pozwala na utrzymanie czynności prawnej i uznanie jej za zgodną z prawem oraz skuteczną niż kwalifikowanie jej jako nieważnej czy nieskutecznej. Za przyjęciem takiej reguły przemawia przede wszystkim okoliczność, że z istoty swej oświadczenia woli składane są właśnie po to, aby wywołać określone skutki prawne. Jeżeli więc w świetle innych reguł wykładni nie da się jednoznacznie ustalić sensu oświadczenia woli, to należy przyjąć takie jego znaczenie, jakie nie jest sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego, a które pozwala osiągnąć cel składającego oświadczenie woli, przy założeniu, że jest on osobą działającą racjonalnie,*

a więc dobierającą efektywnie środki działania dla osiągnięcia zamierzonego celu" (A. Kidyba, Komentarz do art. 65 kc, Tom I, Część Ogólna, wyd. II, 2012 r., Lex).

[wykładnia *in dubio contra proferentem*] Niezależnie od powyższego, podniesienia wymaga, iż ewentualne wątpliwości odnośnie treści gwarancji powinny być zawsze wykładane na korzyść Beneficjenta tej gwarancji. Wniosek taki płynie jasno z dyrektywy wykładni oświadczeń woli *in dubio contra proferentem* mocno osadzonej w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Zgodnie z jej założeniami, wszelkie wątpliwości odnośnie treści danego dokumentu, którego treść została opracowana wyłącznie przez jedną ze stron powinny być wykładane na niekorzyść tej strony (tu: Gwaranta). Nie budzi wątpliwości zatem, że w przypadku próby uchylania się przez Gwaranta od zaspokojenia roszczeń Beneficjenta z powołaniem się na potencjalnie niejednoznaczny zapis pkt. 7 Gwarancji, wszelkie wątpliwości w tym zakresie byłyby odczytywane na niekorzyść Gwaranta, a zatem na korzyść Beneficjenta (zamawiającego). Stanowisko takie przyjął Sąd Najwyższy w wyrokach: z dnia 8.01.2010 r., IV CSK 269/09, z dnia 5.03.2010 r., IV CSK 382/09, z dnia 9.10.2014 r., IV CSK 10/14). Powyższe potwierdza się w doktrynie: „*Osoba składająca oświadczenie woli powinna zadbać o poprawność jego sformułowania i odpowiada (w znaczeniu ponoszenia prawnych konsekwencji) za niestaranne, a w konsekwencji nieprecyzyjne jego ukształtowanie*."
(P. Machnikowski, w: E. Gniewek, P. Machnikowski, Komentarz KC, 2017, s. 139).

Powyższe stanowisko zostało potwierdzone w wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z 15 lipca 2020 r. (I C 256/20) dotyczącego wykładni treści gwarancji: „*Należy wskazać też, że powód jako beneficjent nie miał wpływu na sformułowanie treści gwarancji. Autorem treści gwarancji był pozwany. To pozwany ponosi zatem odpowiedzialność za niedostatecznie ścisłe (z punktu widzenia jego interesów) sformułowanie postanowień gwarancji*."

Z orzecznictwa sądowego, w tym w szczególności Sądu Najwyższego wynikają zatem następujące - istotne dla niniejszego stanu faktycznego - dyrektywy wykładni oświadczeń woli:

- konieczność uwzględnienia całej treści oświadczenia woli (tu: treści Gwarancji), a nie jedynie jej wybranych fragmentów;
- konieczność uwzględnienia dyrektyw interpretacyjnych oświadczenia woli nawet jeśli w warstwie językowej oświadczenie nie budzi wątpliwości (a zatem tym bardziej gdy te wątpliwości występują);
- konieczność wzięcia pod uwagę jakie znaczenie mógł nadawać oświadczeniu racjonalny odbiorca (adresat) oświadczenia woli;
- konieczność wzięcia pod uwagę okoliczności w jakich oświadczenia woli złożono, w tym w szczególności złożenie oświadczenia woli przez profesjonalny podmiot zawodowo zajmujący się wydawaniem zabezpieczeń tego rodzaju oraz przedłożenia gwarancji wadialnej w oparciu o przepisy PZP;
- konieczność wzięcia pod uwagę, iż wola składającego oświadczenia woli jest racjonalna i zmierzała do osiągnięcia określonego rezultatu/celu znanego zarówno nadawcy, jak i odbiorcy oświadczenia woli, a zatem złożenia skutecznej gwarancji wadialnej, zgodnej z PZP (tzw. życzliwa wykładnia);
- wykładnia oświadczenia woli nie może prowadzić do wniosków nonsensownych i wzajemnie sprzecznych;
- wzięcie pod uwagę zgodnego rozumienia treści oświadczenia woli przez jego nadawcę i odbiorcę (zgodnie z metodyką wykładni kombinowanej);
- w razie wątpliwości przyjęcie wykładni na korzyść Beneficjenta Gwarancji, a nie Gwaranta (jeśli treść dokumentu została przygotowana wyłącznie przez Gwaranta).

Przekładając owe dyrektywy wykładni na badany stan faktyczny stwierdzić trzeba, że każda z nich przemawia na rzecz uznania Gwarancji za prawidłową, tj. skuteczną i zgodną z przepisami PZP. Zarówno szczegółowa analiza innych postanowień Gwarancji, konieczność wykluczenia wykładni jej treści powodującej wewnętrzne sprzeczności, okoliczności złożenia oświadczenia (postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego), cel stron w postaci udzielenia skutecznego zabezpieczenia, ma tutaj zdaniem zamawiającego kluczowe i rozstrzygające znaczenie.

Mając na uwadze powyższe, wykładania treści Gwarancji zgodna z art. 65 kc nakazuje przyjęcie, że pkt. 7 tego dokumentu dotyczy wyłącznie sytuacji w których roszczenia Gwaranta nie zgłoszono w terminie o jakim mowa w pkt. 6 Gwarancji (a zatem do dnia 20 czerwca 2025 r.). W przypadku gdy roszczenie zostało zgłoszone w terminie, zastosowanie ma pkt. 6 Gwarancji.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt orzecznictwa, należy w tym miejscu zwrócić w szczególności uwagę na wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27.06.2018 r. (VI ACa 1879/16), w którym Sąd badał skuteczność gwarancji bankowej o identycznym zastrzeżeniu: "*Zgodnie z zapisami dokumentu Gwarancji, Gwarancja wygasała automatycznie i całkowicie w sytuacji: 1) gdy żądanie zapłaty nie zostało doręczone w terminie ważności Gwarancji, 2) zwolnienia Gwaranta przez Beneficjenta ze wszystkich zobowiązań*

przewidzianych w Gwarancji przed upływem terminu jej ważności, 3) gdy płatności dokonane przez Gwaranta w ramach gwarancji osiągną kwotę Gwarancji, 4) gdy oryginał gwarancji zostanie zwrócony Gwarantowi przed terminem ważności Gwarancji. Bank zastrzegł również, że oryginał Gwarancji powinien być zwrócony Gwarantowi po upływie terminu ważności lub zaspokojeniu wszystkich roszczeń Beneficjenta z Gwarancji, przy czym niezależnie od tego, czy Gwarancja została zwrócona, zobowiązania Gwaranta wygasają automatycznie i całkowicie, a roszczenia Beneficjenta stają się bezskuteczne z upływem tego terminu". Badając przedmiotową gwarancję Sąd Apelacyjny nie miał jakichkolwiek zastrzeżeń co do jej prawidłowości i skuteczności, co skutkowało zasądzeniem na rzecz Powoda dochodzonych pozwem należności.

Podobne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z 29 lipca 2016 r. (III Ca 548/16) w który Sąd badał gwarancję wadialną zawierającą identyczne zastrzeżenie („*zgodnie z treścią pkt 7 i 8 gwarancji z chwilą upływu terminu związania ofertą lub unieważnienia postępowania przetargowego miała ona całkowicie i automatycznie wygasnąć, a wszelkie roszczenia zamawiającego miały stać się bezskuteczne*"), co do której Sąd nie zgłosił zastrzeżeń i uznał ją za skuteczną i prawidłową. Wyrok ten podtrzymał oceną prawną KIO (por. wyrok z 10 marca 2016 r. w sprawach: KIO 237/16 i KIO 243/16).

Podobne stanowisko zajęła KIO w wyroku z 26 lipca 2016 r. (KIO 1236/16) w ramach której również badano gwarancję wadialną z identycznym zastrzeżeniem.

Z kolei w wyroku Sądu Okręgowego z 23 maja 2016 r. wydanego w sprawie XXV C 97/13, gwarancja o tożsamym zastrzeżeniu stała się podstawą do zasądzenia od Gwaranta na rzecz Beneficjenta (Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad) dochodzonych środków
z Gwarancji. Sąd ocenił ww. gwarancję jako w pełni skuteczną i nakazał na jej podstawie zapłatę na rzecz Beneficjenta dochodzonych należności.

Z kolei lektura wyroków powołanych przez odwołującego budzi wątpliwości - KIO
w uzasadnieniu wyroku z 22.06.2020 r. (KIO 642/20) oraz w uzasadnieniu wyroku
z 09.07.2020 r. (KIO 952/20) nie odwołała się nawet do dyrektyw wykładni wskazanych w art. 65 kc, w tym w szczególności bogatego orzecznictwa Sądu Najwyższego cytowanego powyżej. Uzasadnienie obu judykatów jest krótkie i lakoniczne (nie zawiera pogłębionych rozważań opartych o dyrektywy oświadczeń woli). Nadto orzeczenia ta stoją w sprzeczności ze stanowiskami sądów okręgowych i apelacyjnych przywołanych wyżej dla których wskazane zastrzeżenie nie budziło wątpliwości i nie stanowiło przeszkody dla skutecznego uruchomienia gwarancji, w tym zasądzenia wielomilionowych roszczeń.

Zarzuty dotyczące udostępnienia zasobów.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu niewłaściwą ocenę spełnienia warunków udziału przez przystępującego, a udostępnionego mu przez podmiot trzeci - Krzysztof Janus „ARCHIMEDIA" – Pracownia Architektoniczna & Inżynierowi (dalej jako „ARCHIMEDIA").
W ocenie odwołującego zamawiający naruszył dyspozycję art. 123 PZP, zakazującego zmianę zakresu udostępnionych zasobów po upływie terminu na złożenie ofert. Zarzut ten jest całkowicie bezpodstawny.

Przypomnieć należy, iż pierwotne zobowiązanie do udostępnienia zasobów z 13 lutego 2025 r. złożone przez ARCHIMEDIA dotyczyło następującego zakresu zasobów tego podmiotu: „udostępniamy Wykonawcy wiedzę i doświadczenie polegające na wykonaniu min. 1 usługi polegającej na wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowej, tj. co najmniej projektu wykonawczego (branża architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa) dotyczącego budowy lub przebudowy Obiektu budowlanego
o wartości całości roboty budowlanej co najmniej 30 000 000 PLN netto (słownie: trzydzieści milionów złotych), przy czym dokumentacja projektowa winna być wykonana
z wykorzystaniem technologii BIM (tzn. przy wykonywaniu której opracowano model BIM - dowolnego standardu - obejmujący co najmniej elementy projektu architektury lub konstrukcji oraz elementy przynajmniej z dwóch branż z w/w instalacji wewnętrznych), wymaganej w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu na udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa nowej siedziby Teatru Muzycznego w Poznaniu", nr ref. TM.ZP/252-01/2024 (dalej „Zamówienie"), określonego w pkt. 7.1.d.6 SWZ.

Z zobowiązania wynikało również, że podmiot trzeci wykona jako podwykonawca dokumentacją projektową do realizacji, której wymagane było ww. doświadczenie.

W konsekwencji przedmiotem udostępnianych zasobów była wiedza i doświadczenie ARCHIMEDIA w zakresie opisanym w warunku udziału w postępowaniu w pkt. 7.1.d.6 SWZ we wskazanym wyżej brzmieniu.

Oświadczenie o udostępnieniu zasobów wskazywało również inwestycję wykonaną przez ARCHIMEDIA spełniającą warunki o jakich mowa w pkt. 7.1.d.6 SWZ, przy czym ARCHIMEDIA omyłkowo zamiast wskazać inwestycję pn. „Budowa budynku Szkoły Podstawowej na Winnej Górze w Środzie Śląskiej wraz z infrastrukturą towarzyszącą" wskazało inwestycję pn.: „Modernizacja sceny głównej Teatru Wielkiego im. Stanisława Moniuszki w Poznaniu".

Z uwagi na fakt, iż ww. oświadczenie zawierało błąd, w ramach odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, przystępujący wskazał,
że: „*W tym zakresie uprzedzając wątpliwości Zamawiającego, Wykonawca wyjaśnia, że wraz z ofertą złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego – firmy Archimedia, z dnia 12.02.2025 r.*
W przedmiotowym zobowiązaniu omyłkowo wskazano błędną nazwę inwestycji, której dotyczyło udostępniane doświadczenie. Była to oczywista omyłka i przeoczenie zarówno po stronie Dekpol jak Archimedia. W składanym na wezwanie wraz z niniejszym pismem Wykazie usług wskazano prawidłową nazwę inwestycji, w ramach której swoją wiedzę i doświadczenie udostępnia podmiot trzeci - Archimedia. W związku z powyższym wraz z Wykazem usług Wykonawca składa również sprostowane zobowiązanie podmiotu trzeciego – Archimedia, gdzie wskazana została prawidłowa nazwa inwestycji. Powyższe działanie Wykonawcy jest przejawem dążenia do zachowania zasad przejrzystości, jednak, gdyby przedmiotowa sytuacja budziła dalsze wątpliwości Zamawiającego, Wykonawca gotowy jest złożyć na wezwanie wszelkie niezbędne wyjaśnienia.”.

Nadto, Przystępujący uzupełnił przedmiotowe oświadczenie wskazując właściwą inwestycję. Niemniej uzupełnione oświadczenie dotyczyło tego samego warunku udziału
w postępowaniu i tego samego zakresu podwykonawstwa.

W konsekwencji przystępujący dokonał samodzielnie uzupełnienia przedmiotowego dokumentu (bez odrębnego wezwania zamawiającego w tym zakresie). Nie budzi jednak wątpliwości fakt, iż przystępujący był uprawniony do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu na podstawie art. 128 ust. 1 PZP. Wbrew twierdzeniom odwołującego, uzupełnienie przedmiotowego dokumentu nie prowadziło do obrazy art. 123 PZP oraz art. 122 PZP.

Po pierwsze, z orzecznictwa KIO wynika, że oświadczenie o udostępnieniu potencjału nie musi wskazywać konkretnych inwestycji spełniających warunki udziału w postępowaniu: „*Nadto podnieść należy, że nie ma racji zamawiający, iż dodatkowym, niezbędnym elementem zobowiązania, które wymagał było podanie nazwy inwestycji, na której podmiot udostępniający swoje zasoby uzyskał stosowne doświadczenie, albowiem po pierwsze nazwa inwestycji sama w sobie nie potwierdza spełniania warunku, po drugie wymóg taki był wymogiem fakultatywnym, o czym stanowi wzór zobowiązania udostępniony przez zamawiającego. (…) Izba wskazuje, że informacje, które niejako mają decydujące znaczenie dla zamawiającego przy ocenie spełnienia warunków, tj. podanie nazwy inwestycji, są informacjami drugorzędnymi i zbędnymi na tym etapie postępowania o udzielnie zamówienia. Zamawiający, albowiem, dopiero po ustaleniu, która z ofert zawiera najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert, będzie zobligowany do wezwania wykonawcy do złożenia wykazu wykonanych robót wraz z poświadczeniami. Dopiero na tym etapie zamawiający dokona oceny podmiotowej wykonawcy, ze szczególnym uwzględnieniem informacji już wcześniej posiadanych
i potwierdzonych wstępnym oświadczeniem*.” (wyrok KIO z dnia 27.03.2018 r., KIO 479/18).

Nadto, możliwość poprawienia treści oświadczenia o udostępnienia zasobów wynika wprost z art. 128 ust. 1 PZP i jest konsekwentnie aprobowana w orzecznictwie KIO: „*Jeżeli pomiędzy stronami nie było sporne, że zobowiązanie podmiotu trzeciego jest podmiotowym środkiem dowodowym, to oznaczało, że podlegał on uzupełnieniu w przypadku, gdy zawierał błędy, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP*.” (wyrok KIO z 22 czerwca 2023 r., KIO 1627/23).

Z kolei art. 123 PZP zakazuje jedynie powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego po terminie składania ofert, jeśli przed tym terminem wykonawca nie powoływał się na takie doświadczenie w określonym zakresie. Ów zakres oznacza konkretny warunek udziału
w postępowaniu, a nie skonkretyzowane doświadczenia dotyczące np. realizacji określonej inwestycji. Oznacza to, że jeśli wykonawca powoła się na zasoby podmiotu trzeciego
w zakresie konkretnego warunku udziału w postępowaniu już w momencie złożenia oferty, to może on później – wg własnego uznania i z poszanowaniem art. 128 ust.1 PZP oraz art. 122 PZP - wykazywać spełnienie tego konkretnego warunku przez jakikolwiek podmiot trzeci lub samodzielnie (tj. przykładowo powołać się na inne doświadczenie pierwotnie wskazanego podmiotu trzeciego, na doświadczenie innego podmiotu trzeciego lub na doświadczenie własne). Powyższe wynika wprost z treści art. 123 PZP i jest ugruntowane w orzecznictwie KIO: „*W świetle art. 123 Prawa zamówień publicznych uprawnienie wykonawców biorących udział w postępowaniu do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego jest ograniczone*
w czasie, tj. przysługuje jedynie do upływu terminu składania ofert albo wniosków
o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oznacza to, że wykonawca, który składając ofertę albo wniosek potwierdzał w danym zakresie warunki udziału w postępowaniu albo kryteria selekcji za pomocą własnego potencjału, nie może, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ww. ustawy, powołać się na zasoby podmiotu trzeciego.” (wyrok KIO z dnia 15.02.2023 r., KIO 281/23).

Skoro zatem przystępujący był uprawniony nawet do zmiany podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie spełnienia warunku o jakim mowa w pkt. 7.1.d.6 SWZ, to tym bardziej był uprawniony do zmiany treści oświadczenia o udostępnieniu zasobów pochodzącego od pierwotnie wskazanego podmiotu (*a maiori ad minus*). Nie budzi przy tym

wątpliwości fakt,
iż gdyby przystępujący powołał się na doświadczenie innego podmiotu trzeciego lub doświadczenie własne to również wskazałby na inne inwestycje, niż te wskazane
w pierwotnym oświadczeniu.

Przypomnieć również trzeba, że treść art. 123 PZP została wprowadzona do PZP wskutek wyroku TSUE z 4 maja 2017 r. C-387/14 (Esaprojekt), w ramach którego TSUE wyraził pogląd, że jeśli w momencie składania oferty/wniosku wykonawca nie powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego w ramach określonego warunku, to w późniejszej fazie postępowania nie może już się na takie doświadczenie podmiotu trzeciego powołać. TSUE uznał powyższe za zmianę treści oferty (zmianę tożsamości podmiotów realizujących zamówienie), która nie powinna mieć miejsca po dacie złożenia oferty/wniosku. Niemniej w badanej sprawie takie okoliczności nie mają miejsca. Przystępujący od początku wskazał zamawiającemu, że dany warunek spełnia poprzez doświadczenie podmiotu trzeciego – ARCHIMEDIA oraz opisał zakres prac podwykonawczych jakie mają urzeczywistniać udostępnienie zasobów. Te kwestie nie uległy zmianie. Zmianie uległo jedynie wskazanie skonkretyzowanej inwestycji
w ramach której wykazywana jest wiedza i doświadczenie. Działanie takie jest dopuszczalne
i nie narusza przepisów PZP.

Z kolei norma art. 122 PZP, do której również referuje odwołujący ma zastosowanie jedynie w przypadku, w którym podmiot trzeci, na który powołuje się wykonawca, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu albo podlega wykluczeniu. Przepis ten wskazuje na uprawnienie istniejące po stronie wykonawcy w zakresie zmiany podmiotu udostępniającego zasoby lub posłużenie się doświadczeniem własnym. Niemniej w niniejszej sprawie podmiot trzeci – ARCHIMEDIA spełnia postawione warunki, a zatem art. 122 PZP nie znajduje zastosowania.

Jednocześnie art. 122 PZP nie wyłącza zastosowania art. 128 PZP: *„Przepis art. 122 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest samodzielną i osobną przesłanką do wezwania wykonawcy do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub samodzielnego wykazania spełniania warunku. Przepis ten jest jedynie wskazówką co do sposobu uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego na podstawie art. 128 ust. 1 ww. ustawy w sytuacji, gdy wykonawca korzysta z udostępnienia zasobu, a zasób ten nie potwierdza spełniania warunku udziału. Tym samym zastosowanie art. 122 zawsze wiąże się z uzupełnieniem podmiotowego środka dowodowego w rozumieniu art. 128 ust. 1 tej ustawy*." (wyrok KIO z 20 września 2024 r., KIO 3152/24).

Na marginesie zamawiający wskazuje, że powoływanie się przez odwołującego na wyrok KIO w sprawach połączonych: KIO 1205/24 oraz KIO 1211/24 oraz pism procesowych stron
z tego postępowania nie ma dla niniejszej sprawy żadnego waloru poznawczego. W badanym w ww. wyroku stanie faktycznym Konsorcjum Adamietz nie uzupełniło oświadczenia Sound & Space o udostępnieniu zasobów, mimo, że treść tego oświadczenia wskazywała na udostępnienie doświadczenia polegającego na wykonaniu jednej inwestycji, a w wykazie prac projektowych złożonego przez Konsorcjum Adamietz wskazano dwie inwestycje wykonane przez Sound & Space. KIO nie badała zatem w tej sprawie możliwości uzupełnienia/zmiany dokumentu w postaci oświadczenia o udostępnieniu zasobów, a jedynie badała zgodność oświadczenia i wykazu prac projektowych w zakresie wskazanych w tych dokumentach inwestycji. Była to zatem sytuacja nieporównywalna do tej zaistniałej w niniejszej sprawie.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego, wniósł pismo procesowe, w którym wskazał, co następuje.

Stanowisko w zakresie zarzutów z pkt. I.1 i I.2 odwołania (s. 2) – dot. wadium.

Odwołujący, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 253 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – wbrew obowiązkowi określonemu w art. 516 ust. 1 pkt 10 Pzp – nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych uzasadniających naruszenie tych przepisów. W szczególności odwołujący nie kwestionuje informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty (art. 253 ust. 1) oraz nie wykazuje niezgodności treści oferty przystępującego z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt pkt 5). Już z tego względu tak blankietowo postawione zrzuty odwołania powinny pozostać bez rozpoznania.

Ponadto, odwołujący zarzuca zamawiającemu dokonanie wyboru oferty przystępującego oraz zaniechanie jej odrzucenia *„z uwagi na fakt, iż – mimo wyraźnego wskazania przez Zamawiającego w SWZ - wykonawca ten nie wniósł wadium, lub też wniósł wadium w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą, czego oczekiwał Zamawiający, a brak czego uniemożliwia wybór takiej oferty jako najkorzystniejszej (powinna ona zostać odrzucona)*". W tym miejscu zauważenia wymaga,
że odwołujący formułując ten zarzut przytacza trzy niezależne od siebie przesłanki odrzucenia oferty, objęte dyspozycją art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp. Nie konkretyzuje jednak, która z nich miałaby stanowić postawę odrzucenia oferty przystępującego. Wskazuje wszystkie trzy, powołując się przy tym, że wystąpiły *„mimo wyraźnego wskazania przez Zamawiającego*
w SWZ". W uzasadnieniu odwołania (pkt 4 i 5) przytacza fragmenty SWZ dotyczące wymagań zamawiającego w zakresie wniesienia wadium, nie podejmuje jednak nawet próby wykazania na czym polega niespełnienie tych wymagań przez wadium przystępującego.

Wbrew tym zarzutom, przystępujący przed upływem terminu składania ofert:

- wniósł wadium (na co wskazuje bezsporny fakt dołączenia do oferty gwarancji ubezpieczeniowej),

- wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy, w tym spełniało przypisane mu funkcje (zabezpieczało prawidłowy przebieg postępowania oraz podpisanie umowy w całym okresie związania ofertą) i

- było utrzymywane nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą (przystępujący nie wniósł o zwrot wadium przed upływem terminu składania ofert).

Ponadto przystępujący wniósł wadium zgodnie ze wszystkimi wymaganiami zamawiającego określonymi w pkt. 11 SWZ, której postanowienia w tym zakresie były standardowe i przede wszystkim zgodne z przepisami PZP oraz nie przewidywały żadnych szczególnych warunków w stosunku do wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Odnosząc się do powoływanych w odwołaniu poszczególnych wymagań zamawiającego dotyczących wadium, określonych w pkt. 11 SWZ, przystępujący wskazuje:

- pkt 1.1. - Każdy Wykonawca zobowiązany jest zabezpieczyć swoją ofertę wadium w wysokości: 4.500.000,00 PLN – przystępujący wniósł wadium w wymaganej wysokości;

- pkt 1.2 - Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 Pzp – przystępujący wniósł wadium przed upływem terminu związania ofertą i utrzymywał je przez cały okres związania ofertą;

- pkt 1.4 lit. g - termin obowiązywania gwarancji nie może być krótszy niż termin związania ofertą (z zastrzeżeniem, iż pierwszym dniem związania ofertą jest dzień składania ofert) – przystępujący wniósł wadium na okres dłuższy o 1 dzień niż termin związania ofertą.

Wobec powyższego nie tylko niewykazany, ale też całkowicie bezpodstawny jest pierwszy zarzut odwołania, iż wadium nie spełnia oczekiwań zamawiającego sformułowanych
w postanowieniach SWZ i brak ten uniemożliwia wybór oferty przystępującego.

Ponadto ewentualne niezgodności wadium z wymaganiami SWZ nie mogą być kwalifikowane jako niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, a naruszenie tego przepisu odwołujący zarzuca zamawiającemu. Odwołujący nie tylko nie wskazał w żadnym miejscu odwołania na czym miałaby polegać niezgodność treści oferty przystępującego z SWZ, uzasadniająca odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, ale też nie wykazał niezgodności oferty przystępującego z powołanymi w odwołaniu wymaganiami SWZ, która mogłaby uzasadniać wystąpienie którejkolwiek z podstaw odrzucenia oferty, ujętych w art. 226 pkt 1 pkt 14 Pzp.

W pkt I.2 odwołania, odwołujący ponawia zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, również bez jakiegokolwiek uzasadnienia na czym polega niezgodność treści oferty przystępującego z warunkami zamówienia. Nie wykazuje również jakiejkolwiek niezgodności oferty przystępującego z powołanymi w odwołaniu wymaganiami SWZ, która mogłaby uzasadniać wystąpienie którejkolwiek z trzech powoływanych w zarzucie podstaw odrzucenia oferty, ujętych w art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp, choć ponownie łączy wystąpienie tych przesłanek z treścią SWZ.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, mimo braku prawidłowego zabezpieczenia oferty wadium, umożliwiającego zamawiającemu „*skuteczne zaspokojenie się z gwarancji wadialnej w sytuacji, w której ziszczą się przesłanki do zatrzymania wadium (art. 98 ust. 6 Pzp), a zatem zabezpieczenie to nie spełnia swojej funkcji*".

Jak wynika z uzasadnienia odwołania, odwołujący opiera zarzuty na interpretacji wybiórczych, wyrwanych z kontekstu postanowień gwarancji, podczas gdy reguły literalnej wykładni oświadczeń woli nakazują – przy ustalaniu znaczenia fragmentu oświadczenia – zawsze uwzględnić tzw. kontekst językowy, tj. inne fragmenty tego samego oświadczenia woli składające się łącznie na jego całość.

W szczególności odwołujący przytaczając (boldem) treść postanowień pkt 4, 6 i 7 gwarancji pomija, że w pkt. 6 nie tylko określono termin ważności gwarancji (*nota bene* dłuższy o 1 dzień od terminu związania ofertą), ale wyraźnie wskazano również, że „*tylko żądanie zapłaty (…) otrzymane przez Gwaranta w tym terminie, będzie powodowało obowiązek wypłaty z niniejszej Gwarancji*". Odwołujący pomija również: zobowiązanie Gwaranta, wyrażone w pkt 1 gwarancji, w którym zobowiązuje się on „*nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia na pierwsze, pisemne żądanie Beneficjenta, złożone zgodnie z zasadami określonymi w niniejszej Gwarancji, kwoty (…)*", a także pkt 3 gwarancji, określający przypadki, w których powstaje „*roszczenie o wypłatę z niniejszej gwarancji*".

Zatem uwzględniając treść pkt 1 i 3 gwarancji oraz pełną treść pkt 6, nie można wywieść innego wniosku, jak tylko ten, że Gwarant przyjął na siebie „nieodwołalnie i bezwarunkowo" „obowiązek wypłaty z niniejszej Gwarancji", na pierwsze żądanie zamawiającego, zgłoszone w terminie określonym w pkt 6, w konsekwencji wystąpienia podstawy roszczenia o wypłatę
w przypadkach określonych w pkt 3 gwarancji. Taka treść gwarancji (zobowiązania Gwaranta) w pełni zabezpiecza prawidłowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia oraz zawarcie umowy. Jest zgodna nie tylko z postanowieniami SWZ, ale też art. 97 ust. 5 Pzp.

Tego jednoznacznego zobowiązania – wbrew twierdzeniom odwołującego – nie niweczy treść pkt 7, którą należy interpretować łącznie z pozostałymi postanowieniami gwarancji,
a która tak interpretowana stanowi jedynie cezurę czasową odpowiedzialności Gwaranta
i skutecznego zgłaszania roszczeń przez Beneficjenta, opartych na zdarzeniach określonych w pkt 3 gwarancji. Treść pkt 7 gwarancji wyraźnie referuje do terminu określonego w pkt 6 oraz wyrażonego w tym ustępie zobowiązania Gwaranta („obowiązku wypłaty z niniejszej gwarancji"). Zobowiązanie to może być spowodowane tylko żądaniem zapłaty zgłoszonym przez zamawiającego w terminie ważności gwarancji. Treść pkt 7, czytana łącznie z pkt 6, stanowi zatem doprecyzowanie okresu odpowiedzialności Gwaranta oraz okresu, w którym mogą być skutecznie zgłaszane roszczenia Beneficjenta. Zauważenia również wymaga,
że już z pkt 6 interpretowanego *a contrario* wynika, że roszczenia z niniejszej gwarancji mogą być skutecznie zgłoszone (powodować obowiązek wypłaty) tylko do upływu terminu ważności gwarancji. Tak określone postanowienia gwarancji są jasne i gwarantują zamawiającemu zaspokojenie roszczenia o wypłatę kwoty wadium, o ile zostanie ono zgłoszone w terminie ważności wadium. Żądanie zapłaty wadium, spełniające wymagania określone w pkt 6 gwarancji, zgodnie z treścią tego ustępu, powoduje powstanie obowiązku wypłaty kwoty wadium z gwarancji. Dopiero po bezskutecznym upływie terminu określonego w pkt 6 (tj. jeśli w tym terminie Beneficjent nie zgłosi żądania zapłaty) wygasają zobowiązania Gwaranta oraz roszczenia Beneficjenta stają się bezskuteczne.

W celu dodatkowego potwierdzenia stanowiska przystępującego co do skuteczności wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej przystępujący złożył pismo pochodzące od KUKE S.A, podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji, które powinno być traktowane jako autentyczna wykładnia zobowiązania Gwaranta, oraz opinię prawną sporządzoną przez adw. Przemysława Wierzbickiego (dowody: Pismo z 17.04.2025 r. pochodzące od KUKE S.A. (Gwaranta), wraz z odpisem z KRS KUKE S.A.; Opinia prawna sporządzona 10.04.2025 r. przez adw. Przemysława Wierzbickiego, Opinia prawna sporządzona 24.04.2025 r. przez prof. dr. hab. adw. Piotra Zapadkę, doradcę podatkowego Pawła Tomczykowskiego, adw. Jakuba Kutzmanna).

Całkowicie bezpodstawne jest więc stanowisko odwołującego (pkt 26 odwołania),
iż postanowienia gwarancji „*co najmniej znacznie ograniczają okres obowiązywania wadium, w tym czas, w którym Zamawiający może skutecznie zaspokoić swoje roszczenia (liczyć,*
że tak się stanie), a nawet – jak zostanie to ukazane - w ogóle wyłączają taką możliwość (bez względu na to, kiedy roszczenie wypłaty powstanie/ zostanie zgłoszone Gwarantowi)".

Z treści gwarancji jednoznacznie wynika, kiedy roszczenie o wypłatę powstaje (pkt 3) oraz że zgłoszone w terminie określonym w pkt 6 „*będzie powodowało obowiązek wypłaty*
z niniejszej Gwarancji". Nie znajduje też jakiegokolwiek uzasadnienia twierdzenie (pkt 28 odwołania), że treść pkt 7 „*wprowadza niepewność (niejednoznaczność, niejasność) treści przedłożonej gwarancji (nie wiadomo bowiem o jakie roszczenia chodzi)*", bowiem zgodnie
z prawidłowo dokonywaną wykładnią treści gwarancji, chodzi o roszczenia zgłoszone po upływie terminu określonego w pkt 6.

Również zastrzeżenie w pkt. 4 gwarancji terminu 14 dni jako terminu, w ciągu którego Gwarant wypłaci należną kwotę wadium – wbrew twierdzeniom odwołania (pkt 28) – pozostaje bez jakiegokolwiek wpływu na ocenę skuteczności wniesienia wadium przez przystępującego. Zastrzeżenie to ma na celu określenie maksymalnego terminu zapłaty kwoty wadium („w ciągu 14 dni"). Zauważenia wymaga, że w wielu gwarancjach ubezpieczeniowych (np. w gwarancji wadialnej odwołującego) termin wypłaty wadium w ogóle nie jest określony. W takim przypadku zastosowanie znajduje art. 455 k.c., zgodnie z którym, jeżeli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania. Jak wskazuje się
w literaturze przedmiotu i orzecznictwie, o tym, czy świadczenie zostało spełnione niezwłocznie, a zatem należycie (w czasie potrzebnym dłużnikowi do zabezpieczenia prawidłowego wykonania zobowiązania), rozstrzygają okoliczności konkretnego przypadku, oceniane zgodnie z ogólną zasadą art. 354 k.c. (zob. W. Popiołek, w: K. Pietrzykowski, Komentarz KC, t. 2, 2021, art. 455, Nb 9, Legalis). Zatem brak zastrzeżenia terminu zapłaty
w takich gwarancjach odnosi porównywalny skutek do zastrzeżenia terminu zapłaty „w ciągu 14 dni". W żadnym razie zastrzeżenie w gwarancji maksymalnego terminu zapłaty nie niweczy możliwości skutecznego zaspokojenia roszczeń zamawiającego zabezpieczonych gwarancją, o ile zostaną one zgłoszone w terminie i w sposób określony w pkt 6 gwarancji. Dlatego też analizowany w pkt 29 przykład sytuacji, w której zamawiający zwraca się do Gwaranta
z wnioskiem o wypłatę kwoty gwarancyjnej na 10 dni przed upływem terminu ważności gwarancji jest oparty na błędnej wykładni treści gwarancji i jako taki nie znajduje zastosowania dla oceny prawidłowości wniesionego wadium.

W odniesieniu do szeroko powoływanego przez odwołującego orzecznictwa Izby, przystępujący zwraca uwagę, że orzeczenia Izby zawsze wydawane są z uwzględnieniem konkretnego stanu faktycznego, po rozważeniu stanowisk stron i uczestników postępowania odwoławczego oraz dowodów zgromadzonych w sprawie. Ponadto, wbrew twierdzeniom

odwołania (pkt 32), stanowiska prezentowanego w odwołaniu nie potwierdzają wyroki powołane w części II.2.1 odwołania.

Stanowisko w zakresie zarzutów z pkt. I.3 i I.4 odwołania – dot. zmiany zakresu zobowiązania Archimedia (s. 3).

W pkt. I.3 odwołania odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie „*art. 123 Pzp w zw. z art. 118 ust. 1 i 4 Pzp poprzez zaakceptowanie czynności Dekpol polegającej na złożeniu poprawionego zobowiązania podmiotu trzeciego Krzysztof Janus „ARCHIMEDIA" - Pracownia Architektoniczna & Inżynierowie („ARCHIMEDIA"), której dokonano zmiany zakresu udostępnionych zasobów, co naruszenie zasady dotyczącej braku możliwości powoływania się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, w zakresie innym niż ten, na jaki wykonawca powoływał się na etapie składania ofert*".

Zaś w pkt I.4 odwołania zarzucił naruszenie „*art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 w zw. z art. 118 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 123 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu i uznanie, że Dekpol spełnia warunki udziału w Postępowaniu, pomimo, że nie wykazał on spełnienia warunku, o którym mowa w Rozdziale 7 ust. 1 lit. d pkt 6 SWZ dot. doświadczenia w wykonaniu usługi polegającej na wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowej, gdyż w treści wykazu usług wykonawca ten powołał się na zakres zasobów podmiotu trzeciego, na który nie powoływał się wraz ze złożeniem oferty*".

Oba zarzuty nie znajdują uzasadnienia w okolicznościach zaistniałych w niniejszym postępowaniu ani w przepisach Pzp.

Zgodnie z art. 118 ust. 1 Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polegać na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby.

W takim przypadku wraz ofertą zobowiązany jest złożyć zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (art. 118 ust. 3 Pzp). Przy tym w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 118 ust. 2 Pzp).

W konsekwencji w składanym wraz z ofertą zobowiązaniu podmiot udostępniający zasoby wskazuje m.in. zakres dostępnych wykonawcy zasobów oraz 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. W związku z wynikającym z art. 118 ust. 2 Pzp wymogiem wykonania przez podmiot udostępniający zasoby robót budowlanych lub usług, do realizacji których wymagane są udostępniane zdolności (w tym przypadku: wiedza doświadczenie), podmiot udostępniający zasoby zobowiązany jest do wykonania części zamówienia w zakresie, jakiego wymaga tego należyte wykonanie zamówienia. Takie rozwiązanie uzasadnione jest celem, dla którego zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu (tj. zweryfikowania zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia) – skoro wykonawca samodzielnie nie spełnia tak specyficznego warunku jakim jest wiedza i doświadczenie, wymagane do należytego wykonania części zamówienia, i posiłkuje się w tym zakresie zdolnościami podmiotu udostępniającego zasoby, to ten podmiot zobowiązany jest wykonać tę część zamówienia jako podwykonawca.

Powyższe regulacje nakazują przyjąć, iż zakres w jakim wykonawca korzysta z wiedzy i doświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby determinuje zakres udziału tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Tym samym stanowi o treści oferty – sposobie wykonania zamówienia od strony podmiotowej i koniecznego dla jego należytego wykonania zakresu zaangażowania odpowiednich zasobów. Stąd też art. 123 Pzp wyznacza granice uprawnienia wykonawcy do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Stanowi on o tym, że uprawnienie to jest ograniczone w czasie, tj. przysługuje jedynie do upływu terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oznacza to, że wykonawca, który składając ofertę albo wniosek, potwierdzał w danym zakresie warunki udziału w postępowaniu za pomocą własnego potencjału lub polegając na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby (tu: wiedzy i doświadczenia), nie może – po upływie tego terminu – powołać się na zdolności podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania oferty nie polegał w tym zakresie na udostępnionych zdolnościach. Innymi słowy: uprawnienie do powołania się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby po upływie terminu składania ofert ograniczone jest do zakresu, w którym wykonawca na etapie składania oferty polegał w danym zakresie na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby.

Zatem to nie wskazana w zobowiązaniu konkretna usługa wyznacza zakres, w jakim wykonawca na etapie składania ofert polegał na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby, jak błędnie przyjmuje to odwołujący. Dopuszczalny zakres polegania na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w art. 123 Pzp, wyznacza zakres, w jakim wykonawca na etapie składania ofert decyduje się wykazać spełnianie określonych warunków udziału w

postępowaniu, polegając na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby.

Przystępujący wskazuje, że historycznie regulacja określona w art. 123 Pzp stanowi konsekwencję wyr. TSUE z 4.05.2017 r. (w sprawie C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o.
v. Województwo Łódzkie, EU:C:2017:338), wydanego jeszcze na tle art. 51 dyrektywy 2004/18/WE.

Przystępujący nie zmienił zakresu zasobów podmiotu trzeciego, na których na etapie składania oferty polegał celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie doszło do niedopuszczalnego zastąpienia zasobów własnych wykonawcy zasobami podmiotu trzeciego, gdyż w danym konkretnym zakresie, przystępujący od początku korzystał z zasobów Archimedia. Zakres ten się nie zmienił – chodzi o wiedzę i doświadczenie tego podmiotu zdobyte podczas realizacji zadania polegającego na wykonaniu usługi polegającej na wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowej, tj. co najmniej projektu wykonawczego (branża architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa) dotyczącego budowy lub przebudowy Obiektu budowlanego o wartości całości roboty budowlanej co najmniej 30 000 000 PLN netto (słownie: trzydzieści milionów złotych), przy czym dokumentacja projektowa winna być wykonana z wykorzystaniem technologii BIM (tzn. przy wykonywaniu której opracowano model BIM - dowolnego standardu - obejmujący co najmniej elementy projektu architektury lub konstrukcji oraz elementy przynajmniej z dwóch branż z w/w instalacji wewnętrznych).

Przedstawiona przez odwołującego interpretacja art. 123 Pzp prowadziłaby do absurdalnego, wniosku, że po upływie terminu składania ofert wykonawca nie może powołać się na wiedzę i doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, zdobyte podczas wykonania innego zadania niż wskazane z nazwy w zobowiązaniu złożonym wraz z ofertą, pomimo że może, na podstawie art. 122 Pzp, zastąpić ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami, które z natury rzeczy zrealizowali inne zadania.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, przystępujący na etapie składania ofert polegał na zasobach Archimedia w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganych w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 7.1.d.6 SWZ. Wraz ofertą złożył zobowiązanie Archimedia (zał. nr 5 do SWZ) do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia *„polegającego na wykonaniu min. 1 usługi polegającej na wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowej, tj. co najmniej projektu wykonawczego (branża architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa) dotyczącego budowy lub przebudowy Obiektu budowlanego o wartości całości roboty budowlanej co najmniej 30 000 000 PLN netto (słownie: trzydzieści milionów złotych), przy czym dokumentacja projektowa winna być wykonana z wykorzystaniem technologii BIM (tzn. przy wykonywaniu której opracowano model BIM - dowolnego standardu - obejmujący co najmniej elementy projektu architektury lub konstrukcji oraz elementy przynajmniej z dwóch branż z w/w instalacji wewnętrznych), wymaganej w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu na udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa nowej siedziby Teatru Muzycznego w Poznaniu*", *nr ref. TM.ZP/252-01/2024 (dalej „Zamówienie"), określonego w pkt. 7.1.d.6 SWZ.*

Udostępniamy ww. zasoby w następującym zakresie: wiedza i doświadczenie zdobyte podczas realizacji na rzecz Teatru Wielkiego im. Stanisława Moniuszki w Poznaniu inwestycji pn. „Modernizacja sceny głównej Teatru Wielkiego im. Stanisława Moniuszki w Poznaniu".

W zobowiązaniu tym Archimadia oświadczyła również: *„Wykonamy część zamówienia dotyczącą wykonania dokumentacji projektowej, do realizacji, której wymagane jest udostępnione doświadczenie*".

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, przystępujący nie dokonał zmiany zobowiązania Archimedia w porównaniu do zakresu zobowiązania składanego wraz z ofertą (wbrew temu co twierdzi odwołujący w pkt. 10).

W rzeczywistości przystępujący złożył zobowiązanie Archimedia skorygowane jedynie w zakresie podania prawidłowej nazwy inwestycji, w związku z tym, że w zobowiązaniu złożonym wraz z ofertą została podana niewłaściwa nazwa inwestycji. Zakres udostępnianych zasobów przez Archimedia i tym samym zakres, w jakim przystępujący polegał na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby, a także zakres udziału tego podmiotu w wykonaniu zamówienia nie zmienił się. Przystępujący, tak jak na etapie składania ofert, polegał na udostępnionych przez Archimedia zasobach w zakresie wiedzy i doświadczenia wynikających z wykonania min. 1 usługi polegającej na wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowej (…) wymaganej w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt. 7.1.d.6 SWZ.

Takie działanie przystępującego było podyktowane dążeniem do zachowania zasad przejrzystości i zapewnienia spójności pomiędzy faktycznie wykonanym przez Archimedia zadaniem referencyjnym wskazanym w wykazie usług, składanym w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a zadaniem wskazanym z nazwy w zobowiązaniu Archimedia, składanym wraz z ofertą. Odwołujący zaś w sposób nieuprawniony utożsamia zakres polegania na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby (w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 7.1.d.6 SWZ) z wykonanym przez ten podmiot zadaniem referencyjnym

wskazanym
w zobowiązaniu.

Należy również zauważyć, że zgodnie z art. 128 ust. 1 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. Zamawiający może również 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 (art. 128 ust. 4 Pzp). Dyspozycją tych przepisów objęty jest zarówno wykaz osób, jak i zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby.

Zatem w przypadku, w którym w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych przystępujący złożyłby wykaz usług ze wskazaniem prawidłowej nazwy zadania wykonanego przez Archimedia powstałaby rozbieżność pomiędzy treścią wykazu usług a zobowiązaniem złożonym wraz z ofertą, w której widniała omyłkowa nazwa. W takiej sytuacji, zgodnie z art. 128 ust. 1 i 4 Pzp, zamawiający zobowiązany byłby wezwać przystępującego do wyjaśnienia lub poprawienia odpowiednio wykazu usług lub zobowiązania w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na to wezwanie przystępujący złożyłby wyjaśnienia o takiej samej treści, jak w piśmie przewodnim, składanym wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi i poprawione zobowiązanie Archimedia. Skutek byłby więc taki sam, jak w przypadku samodzielnego złożenia tych oświadczeń przez przystępującego.

Zgodnie z art. 119 Pzp, zamawiający zobowiązany jest ocenić, czy udostępniane wykonawcy przez podmiot udostępniający zasoby zdolności techniczne lub zawodowe pozwalają na wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp. W tym przypadku zamawiający prawidłowo dokonał pozytywnej oceny. Odwołujący również nie podnosi zarzutów w tym zakresie. Natomiast w przypadku, w którym ocena byłaby negatywna (tzn. zamawiający uznałby, że zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania warunków udziału
w postępowaniu), zamawiający zażądałby, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał,
że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu (art. 122 Pzp). Wykonawca
w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego może zastąpić negatywnie zweryfikowany podmiot udostępniający zasoby, jednym lub innymi podmiotami lub wykazać samodzielne spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Posiłkowanie się zdolnościami lub sytuacją podmiotu trzeciego lub podmiotów trzecich nie może jednak – zgonie z art. 123 Pzp – wykraczać ponad pierwotny zakres korzystania z tych zasobów, wynikający zobowiązania złożonego wraz
z ofertą.

Biorąc pod uwagę powyższe, zamawiający prawidłowo przyjął, że w rzeczywistym stanie faktycznym, mającym miejsce w przedmiotowym postępowaniu, nie doszło – po upływie terminu składania ofert – do zmiany zakresu, w jakim przystępujący powoływał się na zdolności Archimedia składając ofertę.

Całkowicie nieuprawnione jest również porównanie przez odwołującego zaistniałych okoliczności do tych, które wystąpiły w poprzednim postępowaniu na budowę nowej siedziby Teatru Muzycznego w Poznaniu. W tym historycznym postępowaniu Izba rozpoznawała inny stan faktyczny. Jak wskazał to sam odwołujący (pkt 53), przystępujący kwestionował wówczas zaaprobowane przez zamawiającego działanie odwołującego „*polegające na powołaniu się
w treści wykazu usług na zadanie, które pierwotnie nie zostało wskazane przez niego w treści zobowiązania o udostępnieniu zasobów*". Przystępujący ze zdziwieniem przyjmuje,
że odwołujący doszukał się analogii w tak odmiennych stanach faktycznych, zwłaszcza
że przytacza fragment z odwołania przystępującego, który jasno wskazuje na brak jakiejkolwiek analogii.

Krótkiego wyjaśnienia wymaga zatem, że w tym historycznym postępowaniu odwołujący wraz z ofertą złożył zobowiązanie, w którym podmiot udostępniający zasoby udostępnił swoje doświadczenie w zakresie jednej usługi, a na etapie weryfikacji podmiotowej złożył wykaz usług, w którym wskazał dwie usługi zrealizowane przez ten podmiot. Przystępujący twierdził wówczas, że zakresem zobowiązania objęta została jedynie usługa wskazana w poz. 1 wykazu (którą kwestionował odwołaniem), wobec czego zamawiający nie miał podstaw do brania pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu usługi wskazanej w poz. 2 wykazu jako nieobjętej zobowiązaniem podmiotu trzeciego. Przystępujący zarzucał zamawiającemu, że ten wezwał Konsorcjum Adamietz do złożenia wyjaśnień, czy usługa ujęta w poz. 2 wykazu „*stanowi również potencjał udostępniony przez podwykonawcę Sound & Space sp. z o.o.*", a następnie przyjął te rozszerzające zobowiązanie wyjaśnienia. Podstawowa różnica polega zatem na tym, że w tamtym postępowaniu odwołujący do końca postępowania nie złożył zmienionego przez podmiot udostępniający zasoby „pierwotnego" zobowiązania,
a jedynie podjął się samodzielnego wyjaśnienia i modyfikacji tego zobowiązania, co Izba uznała za niedopuszczalne. W

konsekwencji Izba wyrokiem z 19.06.2024 r. (KIO 1205/24, KIO 1211/24) słusznie przyjęła, iż *„w zakresie oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, stwierdza, że jedynie usługa objęta zakresem zobowiązania o udostępnieniu zasobów wskazana przez S&S może być brana pod uwagę. Izba stwierdza, że zakres udostępnionych zasobów, skonkretyzowany przez S&S, nie odnosi się do usługi w pozycji 2 wykazu usług, co oznacza, że usługa ta nie może być brana pod uwagę przy spełnieniu warunku udziału w postępowaniu przez Adamietz. Dodać należy również, że zobowiązanie jest oświadczeniem wykonawcy S&S, tym samym za niezasadne należy przyjąć działania polegające na dokonywaniu wykładani tego zobowiązania przez Adamietz, jak również w żaden sposób nie rozszerza zakresu zobowiązania do udostępnienia zasobów treść wykazu usług*".

Przystępujący zaprzecza twierdzeniu zawartym w pkt. 59 odwołania, że „*Izba uznała takie działanie (jak teraz próbuje uczynić Dekpol) za nieskuteczne i niezgodne z treścią przepisów prawa (art. 123 Pzp)*". W rzeczywistości Izba w ogóle nie rozpoznawała tej sprawy pod kątem naruszenia art. 123 Pzp, wobec czego nie mogła i nie uznała naruszenia tego przepisu.

Reasumując należy stwierdzić, że omawiane zarzuty są całkowicie bezpodstawne. Przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z przepisami Pzp, wobec czego zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia złożonej przez przystępującego oferty, w tym na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp.

Odwołujący podnosi, jako zarzut ewentualny, naruszenie „*art. 128 ust. 1 Pzp zw. z art. 122 oraz art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 w zw. z art. 118 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 123 Pzp poprzez brak wezwania Dekpol do uzupełnienia wykazu usług i wykazania spełnienia warunków udziału w sytuacji, w której wykonawca ten składając pierwotny wykaz nie sprostał temu obowiązkowi, gdyż powołał się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie odmiennym niż wraz ze złożoną ofertą, co nie jest dopuszczalne przez przepisy prawa, a co czyni bezskutecznym wykazanie spełnienia warunków udziału*".

Biorąc pod uwagę oczywistą bezzasadność zarzutów podnoszonych w pkt I.3 i I.4 odwołania nie ma podstaw do uznania, że przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji nie ma podstaw do wezwania przystępującego do uzupełnienia wykazu usług.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko zamawiającego i przystępującego (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „*Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów*"), wskazuje, co następuje.

Zarzuty dotyczące naruszenia:

1)art. 239 ust. 1 oraz 253 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 14 Pzp przez wybór oferty Dekpol jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta ta powinna zostać odrzucona z uwagi fakt, iż - mimo wyraźnego wskazania przez zamawiającego w SWZ - wykonawca ten nie wniósł wadium, lub też wniósł wadium w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą, czego oczekiwał zamawiający, a brak czego uniemożliwia wybór takiej oferty jako najkorzystniejszej (powinna ona zostać odrzucona);

2)art. 226 ust. 1 pkt 5 i 14 Pzp w zw. z art. 97 ust. 5 oraz art. 98 ust. 6 Pzp przez brak odrzucenia oferty Dekpol, mimo niewniesienia wadium lub też wniesienie tego wadium

w sposób nieprawidłowy, ewentualnie nieutrzymywanie tego wadium od momentu złożenia oferty do upływu terminu związania ofertą – wbrew treści SWZ - a przez to brak prawidłowego zabezpieczenia oferty wadium, co uniemożliwia zamawiającemu skuteczne zaspokojenie się z gwarancji wadialnej w sytuacji, w której ziszczą się przesłanki do zatrzymania wadium (art. 98 ust. 6 Pzp), a zatem zabezpieczenie to nie spełnia swojej funkcji;

Krajowa Izba Odwoławcza uznała za bezzasadne.

Powoływane przez odwołującego przepisy ustawy Pzp, których naruszenie przez zamawiającego podnosi odwołujący stanowią, że:

1)art. 239 ust. 1 – Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w

dokumentach zamówienia,

2)art. 253 ust. 1 – Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: (…),

3)art. 226 ust. 1 pkt 5 – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

4)art. 226 ust. 1 pkt 14 – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3,

5)art. 97 ust. 5 – Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2,

6)art. 98 ust. 6 - Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2–4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli: (…) – odwołujący nie doprecyzował, który konkretnie punkt stanowi przedmiot zarzutu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej żaden z postawionych zarzutów dotyczących wyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp, nie został przez odwołującego udowodniony. Zdaniem Izby, odwołujący pozostając w swobodzie kreowania określonych okoliczności, czysto hipotetycznych i nie potwierdzonych żadnymi wiarygodnymi faktami starał się wyprowadzić korzystne dla siebie fakty, które w oparciu o prawidłowo ustalony stan faktyczny sprawy, poparty licznym orzecznictwem Sądów Powszechnych, Krajowej Izby Odwoławczej czy opiniami doktryny - nie znajdują potwierdzenia. W szczególności Izba zwraca uwagę na całkowite pominięcie przez odwołującego okoliczności związanych z prawidłową wykładnią oświadczeń składanych przez podmioty, na którą to wykładnię w sposób zupełny wykazał zamawiający i z którą Izba w całości się zgadza i podziela. Nie może być bowiem tak,
że odwołujący z określonego dokumentu, w tym przypadku z Gwarancji Wadialnej, wybiera te sformułowania i postanowienia, które są dla odwołującego korzystne, pomijając kontekst sytuacyjny oraz kompleksową ocenę rzeczonego dokumentu, które czytane łącznie – jako całościowe oświadczenie Gwaranta – jasno i precyzyjnie, a co najważniejsze w zgodzie
z obowiązującymi przepisami i wolą Gwaranta przedstawiają zupełnie odmienny obraz od tego jaki próbował przedstawić odwołujący.

Powoływane przez odwołującego dowody w postaci przykładowych Gwarancji Wadialnych wystawianych przez różne instytucje finansowe, w różnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawiają jedynie rys historyczny ewaluacji treści dokumentów gwarancyjnych. Dowody te, w żadnym przypadku nie potwierdzają okoliczności, na które powołuje się odwołujący stawiając zarzuty w przedmiotowym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, wbrew zarzutom postawionym przez odwołującego, że przystępujący wniósł wadium, wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy, w tym spełniało przypisane mu funkcje (zabezpieczało prawidłowy przebieg postępowania oraz podpisanie umowy w całym okresie związania ofertą) i było utrzymywane nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą, przystępujący wniósł wadium zgodnie ze wszystkimi wymaganiami zamawiającego określonymi w pkt. 11 SWZ oraz było zgodne z przepisami PZP i nie przewidywało żadnych szczególnych warunków w stosunku do wniesienia wadium
w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

Zdaniem Izby (jak słusznie podnosił przystępujący), Gwarancja wadialna złożona przez przystępującego, czytana całościowo jako dokument wiążący gwaranta daje pewność,
w przypadkach przewidzianych jej treścią, zgodną z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, do zaspokojenia się przez zamawiającego. Gwarant wyraźnie w treści gwarancji wskazał na okoliczności z tym związane, w szczególności Gwarant oświadczył, że zobowiązuje się on „nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia na pierwsze, pisemne żądanie Beneficjenta, złożone zgodnie z zasadami określonymi w niniejszej Gwarancji, kwoty (…)", a także „tylko żądanie zapłaty (…) otrzymane przez Gwaranta w tym terminie, będzie powodowało obowiązek wypłaty z niniejszej Gwarancji", również pkt 3 gwarancji, określający przypadki,
w których powstaje „roszczenie o wypłatę z niniejszej gwarancji".

Uwzględniając treść pkt 1 i 3 gwarancji oraz pełną treść pkt 6, nie można wywieść innego wniosku, jak tylko ten, że Gwarant przyjął na siebie „nieodwołalnie i bezwarunkowo" „obowiązek wypłaty z niniejszej Gwarancji", na pierwsze żądanie zamawiającego, zgłoszone w terminie określonym w pkt 6, w konsekwencji wystąpienia podstawy roszczenia o wypłatę
w przypadkach określonych w pkt 3 gwarancji. Taka treść gwarancji (zobowiązania Gwaranta) w pełni zabezpiecza prawidłowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i jest zgodna nie tylko z postanowieniami SWZ, ale też art. 97 ust. 5 Pzp. Jednoznacznego zobowiązania Gwaranta nie niweczy treść pkt 7 Gwarancji, którą należy interpretować

łącznie z pozostałymi postanowieniami gwarancji, a która tak interpretowana stanowi jedynie cezurę czasową odpowiedzialności Gwaranta i skutecznego zgłaszania roszczeń przez Beneficjenta, opartych na zdarzeniach określonych w pkt 3 gwarancji.

Tym samym zarzut odwołującego uznać należało za bezzasadny.

Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z 22 kwietnia 2022 r. o sygn. akt XIII Zs 13/22 wskazał, że *art. 97 ust. 5 p.z.p. określa cezurę czasową dla utrzymania wadium, co w praktyce oznacza, że gwarancja wadialna powinna zachowywać ważność do końca terminu związania ofertą*".

Podzielić również należy wnioski wypływające z opinii Urzędu Zamówień Publicznych, w której – po przeanalizowaniu przepisów obecnie obowiązującej ustawy Pzp oraz orzecznictwa sądu zamówień publicznych – UZP wskazał: „*W świetle przepisów art. 97 ust. 5 ustawy Pzp oraz art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy, uzasadnione jest przyjęcie, że gwarancja wadialna, przewidująca obowiązek zgłoszenia przez zamawiającego żądania zapłaty wyłącznie w terminie ważności wadium równemu terminowi związania ofertą jest prawidłowa, a w konsekwencji brak jest uzasadnienia dla odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp*".

Jak słusznie wskazywał zamawiający, ewentualne wątpliwości odnośnie treści gwarancji powinny być zawsze wykładane na korzyść Beneficjenta tej gwarancji. Wniosek taki płynie jasno z dyrektywy wykładni oświadczeń woli *in dubio contra proferentem* mocno osadzonej w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Zgodnie z jej założeniami, wszelkie wątpliwości dotyczące treści danego dokumentu, którego treść została opracowana wyłącznie przez jedną ze stron powinny być wykładane na niekorzyść tej strony (tu: Gwaranta). Nie budzi wątpliwości zatem, że w przypadku próby uchylania się przez Gwaranta od zaspokojenia roszczeń Beneficjenta z powołaniem się na potencjalnie niejednoznaczny zapis pkt. 7 Gwarancji, wszelkie wątpliwości w tym zakresie byłyby odczytywane na niekorzyść Gwaranta, a zatem na korzyść Beneficjenta (zamawiającego). Stanowisko takie przyjął Sąd Najwyższy w wyrokach: z 08.01.2010 r., IV CSK 269/09, z 05.03.2010 r., IV CSK 382/09, z 09.10.2014 r., IV CSK 10/14).

Jak zasadnie wywiódł zamawiający, z orzecznictwa sądowego, w tym w szczególności Sądu Najwyższego wynikają następujące dyrektywy wykładni oświadczeń woli:

- konieczność uwzględnienia całej treści oświadczenia woli (tu: treści Gwarancji), a nie jedynie jej wybranych fragmentów;
- konieczność uwzględnienia dyrektyw interpretacyjnych oświadczenia woli nawet jeśli w warstwie językowej oświadczenie nie budzi wątpliwości (a zatem tym bardziej gdy te wątpliwości występują);
- konieczność wzięcia pod uwagę jakie znaczenie mógł nadawać oświadczeniu racjonalny odbiorca (adresat) oświadczenia woli;
- konieczność wzięcia pod uwagę okoliczności w jakich oświadczenia woli złożono, w tym w szczególności złożenie oświadczenia woli przez profesjonalny podmiot zawodowo zajmujący się wydawaniem zabezpieczeń tego rodzaju oraz przedłożenia gwarancji wadialnej w oparciu o przepisy PZP;
- konieczność wzięcia pod uwagę, iż wola składającego oświadczenia woli jest racjonalna i zmierzała do osiągnięcia określonego rezultatu/celu znanego zarówno nadawcy, jak i odbiorcy oświadczenia woli, a zatem złożenia skutecznej gwarancji wadialnej, zgodnej z PZP (tzw. życzliwa wykładnia);
- wykładnia oświadczenia woli nie może prowadzić do wniosków nonsensownych i wzajemnie sprzecznych;
- wzięcie pod uwagę zgodnego rozumienia treści oświadczenia woli przez jego nadawcę i odbiorcę (zgodnie z metodyką wykładni kombinowanej);
- w razie wątpliwości przyjęcie wykładni na korzyść Beneficjenta Gwarancji, a nie Gwaranta (jeśli treść dokumentu została przygotowana wyłącznie przez Gwaranta).

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej wykładania treści Gwarancji zgodna z art. 65 kc nakazuje przyjęcie, że pkt. 7 tego dokumentu dotyczy wyłącznie sytuacji, w których roszczenia Gwaranta nie zgłoszono w terminie o jakim mowa w pkt. 6 Gwarancji (a zatem do dnia 20 czerwca 2025 r.). W przypadku gdy roszczenie zostało zgłoszone w terminie, zastosowanie ma pkt. 6 Gwarancji.

Powyższe twierdzenia potwierdza dowód zgłoszony przez przystępującego - pismo z 17 kwietnia 2025 r. pochodzące od KUKE S.A. (Gwaranta), w którym Gwarant jednoznacznie potwierdził stanowisko prezentowane przez zamawiającego i przystępującego. Gwarant w swoim piśmie stwierdził, że „*Wniesione wadium posiada wszystkie wymagane przez Zamawiającego cechy, w szczególności jest zobowiązaniem nieodwołalnym i bezwarunkowym do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium płatnym na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego, a dochodzenie przez Zamawiającego w terminie ważności Gwarancji, tj. od 20 lutego 2025 r. do 20*

czerwca 2025 r. włącznie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej postaci nie byłoby w żaden sposób utrudnione, bowiem treść Gwarancji takich ograniczeń nie przewiduje. Zwracamy uwagę, że zgodnie z treścią Gwarancji, jeśli poprawne formalnie żądanie zapłaty wpłynie w okresie ważności Gwarancji (tj. od dnia 20 lutego 2025 r. do 20 czerwca 2025 r.) to KUKE S.A. ma obowiązek dokonać wypłaty",
co w sposób bezpośredni potwierdza niezasadność stanowiska odwołującego.

Okoliczność, iż zarzuty odwołania są bezzasadne potwierdzają również opnie złożone przez przystępującego, które Izba przyjęła do postępowania kwalifikując ich treść i wnioski jako stanowisko uczestnika, co nie zmienia faktu, że Izba podziela wnioski przedstawione
w tych opiniach (Opinia prawna sporządzona 10 kwietnia 2025 r. przez adw. Przemysława Wierzbickiego; Opinia prawna sporządzona 24 kwietnia 2025 r. przez prof. dr. hab. adw. Piotra Zapadkę, doradcę podatkowego Pawła Tomczykowskiego, adw. Jakuba Kutzmanna).

Rekapitulując stanowisko Izby w zakresie zarzutów nr 1 i 2 odwołania, Izba stwierdziła,
że zarzuty są bezzasadne, niepoparte żadnymi dowodami, w związku z czym zasługują na oddalenie.
Zarzuty dotyczące naruszenia:

1)art. 123 Pzp w zw. z art. 118 ust. 1 i 4 Pzp przez zaakceptowanie czynności Dekpol polegającej na złożeniu poprawionego zobowiązania podmiotu trzeciego ARCHIMEDIA, w której dokonano zmiany zakresu udostępnionych zasobów, co stanowi naruszenie zasady dotyczącej braku możliwości powoływania się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, w zakresie innym niż ten, na jaki wykonawca powoływał się na etapie składania ofert;

2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 w zw. z art. 118 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 123 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu i uznanie, że Dekpol spełnia warunki udziału, pomimo, że nie wykazał on spełnienia warunku, o którym mowa w Rozdziale 7 ust. 1 lit. d pkt 6 SWZ dot. doświadczenia w wykonaniu usługi polegającej na wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowej, gdyż w treści wykazu usług wykonawca ten powołał się na zakres zasobów podmiotu trzeciego, na który nie powoływał się wraz ze złożeniem oferty, ewentualnie:

3)art. 128 ust. 1 Pzp zw. z art. 122 oraz art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 w zw. z art. 118 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 123 Pzp przez brak wezwania Dekpol do uzupełnienia wykazu usług i wykazania spełnienia warunków udziału w sytuacji, w której wykonawca ten składając pierwotny wykaz nie sprostał temu obowiązkowi, gdyż powołał się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie odmiennym niż wraz ze złożoną ofertą, co nie jest dopuszczalne przez przepisy prawa, a co czyni bezskutecznym wykazanie spełnienia warunków udziału,

Krajowa Izba Odwoławcza uznała za bezzasadne.

Powoływane przez odwołującego przepisy ustawy Pzp, których naruszenie przez zamawiającego podnosi odwołujący stanowią, że:

1)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,

2)art. 118 ust. 1 i 4 – ust. 1. 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, ust. 4. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: 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,

3)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

4)art. 112 ust. 2 pkt 4 - Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej,

5)art. 116 – ust. 1. W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim

poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym

w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub

w dokumentach zamówienia, ust. 2. Oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów,

w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia – odwołujący nie sprecyzował, którego konkretnie przepisu (ustępu art. 116) naruszenie zarzuca,

6)art. 128 ust. 1 – 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: (…),

7)art. 122 - Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą, wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Pierwotne zobowiązanie do udostępnienia zasobów z 13 lutego 2025 r. złożone przez ARCHIMEDIA dotyczyło następującego zakresu zasobów tego podmiotu: „*udostępniamy Wykonawcy wiedzę i doświadczenie polegające na wykonaniu min. 1 usługi polegającej na wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowej, tj. co najmniej projektu wykonawczego (branża architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa) dotyczącego budowy lub przebudowy Obiektu budowlanego o wartości całości roboty budowlanej co najmniej 30 000 000 PLN netto (słownie: trzydzieści milionów złotych), przy czym dokumentacja projektowa winna być wykonana z wykorzystaniem technologii BIM (tzn. przy wykonywaniu której opracowano model BIM - dowolnego standardu - obejmujący co najmniej elementy projektu architektury lub konstrukcji oraz elementy przynajmniej z dwóch branż z w/w instalacji wewnętrznych), wymaganej w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu na udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa nowej siedziby Teatru Muzycznego w Poznaniu”, nr ref. TM.ZP/252-01/2024 (dalej „Zamówienie”), określonego w pkt. 7.1.d.6 SWZ.”.*

Z zobowiązania wynikało również, że podmiot trzeci wykona jako podwykonawca dokumentacją projektową do realizacji, której wymagane było ww. doświadczenie.

W konsekwencji przedmiotem udostępnianych zasobów była wiedza i doświadczenie ARCHIMEDIA w zakresie opisanym w warunku udziału w postępowaniu w pkt. 7.1.d.6 SWZ we wskazanym wyżej brzmieniu.

Izba wskazuje, że w składanym wraz z ofertą zobowiązaniu podmiot udostępniający zasoby wskazuje m.in. zakres dostępnych wykonawcy zasobów oraz 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.

Jak wynika z akt postępowania, podmiot udostępniający swoje zasoby ARCHIMEDIA zamiast wskazać inwestycję pn.: „Budowa budynku Szkoły Podstawowej na Winnej Górze
w Środzie Śląskiej wraz z infrastrukturą towarzyszącą” wskazało inwestycję pn.: „Modernizacja sceny głównej Teatru Wielkiego im. Stanisława Moniuszki w Poznaniu”.

Z uwagi na fakt, iż ww. oświadczenie zawierało błąd, w ramach odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, przystępujący wskazał,
że: „*W tym zakresie uprzedzając wątpliwości Zamawiającego, Wykonawca wyjaśnia, że wraz z ofertą złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego – firmy Archimedia, z dnia 12.02.2025 r.*
W przedmiotowym zobowiązaniu omyłkowo wskazano błędną nazwę inwestycji, której dotyczyło udostępniane doświadczenie. Była to oczywista omyłka i przeoczenie zarówno po stronie Dekpol jak Archimedia. W składanym na wezwanie wraz z niniejszym pismem Wykazie usług wskazano prawidłową nazwę inwestycji, w ramach której swoją wiedzę i doświadczenie udostępnia podmiot trzeci - Archimedia. W związku z powyższym wraz z Wykazem usług Wykonawca składa również sprostowane zobowiązanie podmiotu trzeciego – Archimedia, gdzie wskazana została prawidłowa nazwa inwestycji. Powyższe działanie Wykonawcy jest przejawem dążenia do zachowania zasad przejrzystości, jednak, gdyby przedmiotowa sytuacja budziła dalsze wątpliwości Zamawiającego, Wykonawca gotowy jest złożyć na wezwanie wszelkie niezbędne wyjaśnienia.”.

Przystępujący uzupełnił przedmiotowe oświadczenie wskazując właściwą inwestycję.

Co szczególnie istotne z punktu widzenia przedmiotowego rozstrzygnięcia, uzupełnione oświadczenie dotyczyło tego samego warunku udziału w postępowaniu i tego samego zakresu podwykonawstwa.

W konsekwencji stwierdzić należało, że przystępujący dokonał samodzielnie uzupełnienia przedmiotowego dokumentu (bez odrębnego wezwania zamawiającego w tym zakresie). Zdaniem Izby, nie budzi wątpliwości fakt, iż przystępujący był uprawniony do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniom odwołującego, uzupełnienie przedmiotowego dokumentu było dopuszczalne i pozostawało w zgodzie z brzmieniem przepisu art. 123 oraz art. 122 ustawy Pzp.

Izba stoi na stanowisku, że nie wskazana w zobowiązaniu konkretna usługa (podana z nazwy) wyznacza zakres, w jakim wykonawca na etapie składania ofert polegał na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby, ale zakres świadczenia, którym podmiot udostępniający niejako przekazuje wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dopuszczalny zakres polegania na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w art. 123 Pzp, wyznacza zakres, w jakim wykonawca na etapie składania ofert decyduje się wykazać spełnianie określonych warunków udziału w postępowaniu, polegając na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej przystępujący nie zmienił zakresu zasobów podmiotu trzeciego, na których na etapie składania oferty polegał celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie doszło do niedopuszczalnego zastąpienia zasobów własnych wykonawcy zasobami podmiotu trzeciego, gdyż w danym konkretnym zakresie, przystępujący od początku korzystał z zasobów tego samego wykonawcy. Zakres ten się nie zmienił – chodzi o wiedzę i doświadczenie tego podmiotu zdobyte podczas realizacji zadania polegającego na wykonaniu usługi polegającej na wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowej.

Przystępujący złożył zobowiązanie Archimedia skorygowane jedynie w zakresie podania prawidłowej nazwy inwestycji, w związku z tym, że w zobowiązaniu złożonym wraz z ofertą została podana niewłaściwa nazwa inwestycji. Zakres udostępnianych zasobów przez Archimedia i tym samym zakres, w jakim przystępujący polegał na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby, a także zakres udziału tego podmiotu w wykonaniu zamówienia nie zmienił się.

Samodzielne działanie przystępującego wypełnia zatem treść przepisów art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, które w omawianym przypadku musiałby zastosować zamawiający.

Tym samym, zamawiający prawidłowo przyjął, że w rzeczywistym stanie faktycznym, mającym miejsce w przedmiotowym postępowaniu, nie doszło – po upływie terminu składania ofert – do zmiany zakresu, w jakim przystępujący powoływał się na zdolności Archimedia składając ofertę.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z 27 marca 2018 r., sygn. akt KIO 479/18 *„Nadto podnieść należy, że nie ma racji zamawiający, iż dodatkowym, niezbędnym elementem zobowiązania, które wymagał było podanie nazwy inwestycji, na której podmiot udostępniający swoje zasoby uzyskał stosowne doświadczenie, albowiem po pierwsze nazwa inwestycji sama w sobie nie potwierdza spełniania warunku, po drugie wymóg taki był wymogiem fakultatywnym, o czym stanowi wzór zobowiązania udostępniony przez zamawiającego. (…) Izba wskazuje, że informacje, które niejako mają decydujące znaczenie dla zamawiającego przy ocenie spełnienia warunków, tj. podanie nazwy inwestycji, są informacjami drugorzędnymi i zbędnymi na tym etapie postępowania o udzielnie zamówienia. Zamawiający, albowiem, dopiero po ustaleniu, która z ofert zawiera najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert, będzie zobligowany do wezwania wykonawcy do złożenia wykazu wykonanych robót wraz z poświadczeniami. Dopiero na tym etapie zamawiający dokona oceny podmiotowej wykonawcy, ze szczególnym uwzględnieniem informacji już wcześniej posiadanych i potwierdzonych wstępnym oświadczeniem*.”.

W konsekwencji powyższych ustaleń, Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 16 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego oraz wszystkie czynności zamawiającego zostały przeprowadzone z poszanowaniem zasad wynikających z ww. przepisu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:……

Członkowie:……

……