

**WYROK**

Warszawa, dnia 30 kwietnia 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 06 kwietnia 2025 r. przez wykonawcę Architektki i Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku przy ul. Świętojańskiej 12A (15-082 Białystok) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Milejczyce ul. Szkolna 5 (17-332 Milejczyce)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy ESINVEST GROUP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opocznie przy ul. Westerplatte 6B (26-300 Opoczno)

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Architektki i Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku i:

2.1 zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Architektki i Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Architektki i Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Gminę Milejczyce tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

2.2 zasądza od wykonawcy Architektki i Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku na rzecz zamawiającego Gminy Milejczyce kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego Gminę Milejczyce z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 1298/25

**Uzasadnienie**

Gmina Milejczyce (zwana dalej: „Zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. „Budowa budynku urzędu gminy wraz ze świetlicą wiejską oraz przebudową budynku OSP w Milejczycach”, numer referencyjny: ZPIN.271.5.2025 (zwane dalej: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2025/BZP 00106391/01 z dnia 17 lutego 2025 r. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), (zwanej dalej: „Pzp” lub „ustawą Pzp”).

W dniu 06 kwietnia 2025 r. wykonawca Architektki i Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, mimo że oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą.

We wniesionym środku zaskarżenia Odwołujący postawił Zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia:

- 1) art. 226 ust 1 pkt 2 lit b. ustawy Pzp w związku z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, co polegało na odrzuceniu oferty Odwołującego, która to oferta została odrzucona jako niespełniająca warunków udziału w postępowaniu, mimo iż warunek został spełniony. Zamawiający zobowiązany był do dokonania czynności weryfikacji dokumentu

„Zobowiązania podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby na potrzeby realizacji zamówienia” w sposób zgodny z ustawą. Na podstawie tej weryfikacji powinien być stwierdzić, iż dokument jest prawidłowy i potwierdza warunek udziału w postępowaniu.

2)art. 239 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez ESINVEST GROUP sp. z o. o. 26-300 Opoczno, ul. Westerplatte 6B, podczas gdy Zamawiający dokonują prawidłowo czynności w postępowaniu winien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez Odwołującego;

W oparciu o podniesione zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 4)nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert,
- 5)dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy,
- 6)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem oferta Odwołującego, gdyby nie została odrzucona przez Zamawiającego, mogłaby być uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Odwołujący prowadzi działalność gospodarczą, która koncentruje się wokół wykonywania robót budowlanych. Znaczna część zobowiązań Odwołującego dotyczy kontraktów pozyskanych w wyniku udzielenia zamówienia publicznego. Zainteresowanie Odwołującego uzyskaniem zamówienia będącego przedmiotem postępowania jest zatem związane bezpośrednio z profilem jego działalności. Jakikolwiek naruszenia po stronie Zamawiającego, które mogą mieć wpływ na końcowy wynik postępowania wprost narażają Odwołującego na szkodę i utratę dochodu. W związku z powyższym uznać należy, że Odwołującemu przysługuje interes tak prawny, jak i faktyczny do wniesienia niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona przez Odwołującego argumentacja dla podniesionych zarzutów.

W dniu 10 kwietnia 2025 r. w ramach przedmiotowego postępowania zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca ESINVEST GROUP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opocznie (zwany dalej: „Przystępującym”).

W dniu 16 kwietnia 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego w odwołaniu.

W dniu tj. 22 kwietnia 2025 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym również wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając argumentację na poparcie swoich wniosków.

**Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:**

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

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia wykonawcy ESINVEST GROUP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opocznie, nie zgłosiły również opozycji. Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę ESINVEST GROUP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opocznie. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego złożonego przez Przystępującego oraz dowody złożone na posiedzeniu przez Zamawiającego i Przystępującego.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę budynku urzędu gminy wraz ze świetlicą wiejską oraz przebudową budynku OSP w Milejczycach.

Zamawiający w rozdziale VIII Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „SWZ”) określił warunki udziału w postępowaniu. W ust. 2 pkt 4 lit i) Zamawiający wskazał, że:

„2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

4) zdolności technicznej lub zawodowej:

Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

*i)w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie, lub przebudowie obiektu kubaturowego o wartości minimum 5 000 000 zł brutto.”*

Zamawiający w rozdziale XI SWZ tj. Poleganie na zasobach innych podmiotów wskazał, że:

„1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

2. W odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują świadczenie do realizacji którego te zdolności są wymagane.

3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

4. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

5. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe 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 (...).”

W postępowaniu oferty złożyło 10 wykonawców, w tym ofertę złożył Odwołujący i Przystępujący.

Zamawiający w dniu 17 marca 2025 r. działając na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych tj. oświadczenia o udostępnieniu potencjału przez firmę Instytut Doradztwa Inwestycyjnego Robert Żyliński ul. Ukośna 22c/3 15-836 Białystok (zwanego dalej również: „Instytut Doradztwa”) wskazując, że załączone do oferty oświadczenie o udostępnieniu potencjału przez firmę Instytut Doradztwa jest niezgodne z treścią art. 118 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie, w dniu 20 marca 2025 r. przedstawił Zamawiającemu uzupełnione zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby tj. Instytutu Doradztwa, gdzie podmiot ten oświadczył, że przy wykonywaniu zamówienia pn. Budowa budynku urzędu gminy wraz ze świetlicą wiejską oraz przebudową budynku OSP w Milejczycach.

„1) udostępniam Wykonawcy wyżej wymienione zasoby, w następującym zakresie:

*zdolności technicznej – doświadczenie w wykonywaniu robót budowlanych i drogowych*

2) sposób i okres udostępnienia oraz wykorzystania udostępnionych wykonawcy zasobów będzie następujący: poprzez realizację części robót budowlanych przez cały okres realizacji przedmiotu umowy tj. wykonanie wykopów, wykonanie fundamentów i ścian fundamentowych, murowanie ścian zewnętrznych i wewnętrznych, murowanie ścianek działowych, wykonanie izolacji fundamentów, wykonanie stopu żelbetowego nad parterem, wykonanie nawierzchni chodników, dróg i dojazdów.

3) jako podmiot udostępniający zdolności w postaci wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia będą realizował roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą tj. wykonanie wykopów, wykonanie fundamentów i ścian fundamentowych, murowanie ścian zewnętrznych i wewnętrznych, murowanie ścianek działowych, wykonanie izolacji fundamentów, wykonanie stopu żelbetowego nad parterem, wykonanie nawierzchni chodników, dróg i dojazdów.

4) zakres mojego udziału przy realizacji zamówienia będzie polegał na: wykonanie części robót - wykonanie wykopów, wykonanie fundamentów i ścian fundamentowych, murowanie ścian zewnętrznych i wewnętrznych, murowanie ścianek działowych, wykonanie izolacji fundamentów, wykonanie stopu żelbetowego nad parterem, wykonanie nawierzchni chodników, dróg i dojazdów.

5) charakter stosunku łączącego mnie z Wykonawcą będzie następujący: umowa podwykonawcza

6) okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: przez cały okres realizacji zamówienia.”

W dniu 21 marca 2025 r. Zamawiający działając na podstawie art. 274 ust. 1. ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do

złożenia aktualnych na dzień składania podmiotowych środków dowodowych.

W dniu 01 kwietnia 2025 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez Przystępującego. W informacji o wyniku postępowania Zamawiający poinformował również o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazując na art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp, jako podstawę prawną odrzucenia oferty. W podsumowaniu swojej decyzji Zamawiający argumentował, że:

*„w sytuacji, kiedy podmiot trzeci w oświadczeniu o udostępnieniu potencjału wskazuje, że wykona tylko część robót objętych zamówieniem natomiast udostępnił potencjał w postaci doświadczenia na całość robót, które zostały określone jako warunek udziału w postępowaniu powinien wykonać cały przedmiot zamówienia a nie tylko jego część. W przedmiotowym postępowaniu wykonawca miał się wykazać, iż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie, lub przebudowie obiektu kubaturowego o wartości minimum 5 000 000 zł brutto. Wykonawca skorzystał z potencjału podmiotu udostępniającego zasoby który wykazał się doświadczeniem „Budowa budynku usługowego z przeznaczeniem na Inkubator Przedsiębiorczości w Michałowie” o wartości 6 295 276,30 zł brutto. A zatem podmiot udostępniający zasoby udostępnił zasoby które miały potwierdzić całe wymagane przez Zamawiającego w SWZ doświadczenie. To oznacza w myśl art. 118 ust 2 oraz cytowanych wyroków, że wykonawca ten Instytut Doradztwa Inwestycyjnego R.Ż. powinien wykonać całe zamówienie a nie tylko jak wskazuje w oświadczeniu o udostępnieniu potencjału część robót budowlanych wykopy fundamenty, ściany zewnętrzne i wewnętrzne, strop żelbetowy, izolacje fundamentów czyli tak naprawdę stan surowy, ale nawet bez instalacji -same mury. Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem w zakresie warunku dotyczącego doświadczenia powołał się w całości na zasoby podmiotu trzeciego, jednak z oferty oraz zobowiązania podmiotu trzeciego wynika, że podmiot ten nie wykona całości robót budowlanych, do realizacji których wymagane są zdolności opisane w warunku, a zatem nie można uznać, że w niniejszej sprawie udostępnienie zasobów ma charakter realny i gwarantuje Wykonawcy rzeczywisty dostęp do udostępnionych zasobów.”*

Odwołujący z taką decyzją Zamawiającego nie zgodził się, składając tym samym odwołanie.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i poczynione ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie przywołując brzmienie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, wskazać należy, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Następnie art. 118 ustawy Pzp stanowi zaś, że 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. 1) oraz że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (ust. 2).

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp wynika, iż podmiot, który udostępnił swoje zasoby w zakresie np. doświadczenia, musi następnie rzeczywiście realizować te roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zasoby są wymagane. Zamawiający po to wskazuje i opisuje warunki udziału w postępowaniu, aby w ten sposób sprawdzić zdolność wykonawców biorących udział w postępowaniu do należytego wykonania zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie w swoim orzecznictwie podkreślała, że jeżeli wykonawca nie posiada własnego doświadczenia, a chce wziąć udział w postępowaniu to wówczas może skorzystać z doświadczenia innego wykonawcy. Jednakże w takim przypadku, mając na uwadze charakter udzielanego potencjału, ustawodawca wprowadził obostrzenie w postaci dodatkowego wymogu, aby to właśnie doświadczony podmiot wykonywał te roboty. Możliwość polegania na zasobie doświadczenia innego wykonawcy została więc uzależniona od tego, czy podmiot trzeci zrealizuje roboty budowlane, do realizacji których udostępniany zasób jest potrzebny.

Gdyby podmiot trzeci jedynie formalnie udostępnił swoje zasoby, ale w rzeczywistości nie wykonywał tych robót lub usług, do których wykonania jego zasoby (np. doświadczenie) są potrzebne, opisywanie warunków udziału w postępowaniu i wykazywanie ich spełnienia miałyby charakter wyłącznie pozorny i w żadnym wypadku nie służyłoby należytej realizacji zamówienia. Dlatego tak ważne jest, aby podmioty udostępniające swoje zasoby rzeczywiście wykonywały zamówienie w zakresie, w którym - w myśl opisanych warunków - niezbędne jest posiadanie odpowiedniego doświadczenia, wykształcenia, czy kwalifikacji zawodowych. Na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający sprawdza sposób i zakres udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci przede wszystkim na podstawie jego zobowiązania. Jeżeli z zobowiązania tego nie wynika, że podmiot trzeci udziela swoich zasobów w sposób potrzebny do wykonania zamówienia w zakresie opisanym w warunku, należy uznać, że wykonawca

nie wykazał spełnienia tego warunku (tak: wyrok KIO z dnia 4 marca 2021 r. o sygn. akt: KIO 442/21).

W rozstrzyganej sprawie Zamawiający opisując w SWZ warunek udziału w postępowaniu wymagał od wykonawcy, aby wykazał się, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie, lub przebudowie obiektu kubaturowego o wartości minimum 5 000 000 zł brutto.

Na podstawie zebranego materiału procesowego Izba ustaliła, że Odwołujący do oferty załączył pisemne zobowiązanie Instytutu Doradztwa jako podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby na potrzeby realizacji zamówienia, gdzie podmiot ten zobowiązuje się do oddania Odwołującemu swoich zasobów: zdolności technicznej przy budowie budynku urzędu gminy wraz ze świetlicą wiejską oraz przebudową budynku OSP w Milejczycach. W zobowiązaniu wskazano również, że sposób i okres udostępnienia oraz wykorzystania udostępnionych wykonawcy zasobów będzie następujący: poprzez doradztwo techniczne i realizację części robót budowlanych przez cały okres realizacji przedmiotu umowy, a także że zakres udziału podmiotu udostępniającego zasoby przy realizacji zamówienia będzie polegał na doradztwie technicznym, wykonaniu części robót - wykonanie robót stanu surowego i drogowych. W zobowiązaniu dodano też, że podmiot ten będzie uczestniczył w zamówieniu jako podwykonawca.

W wyniku wezwania Zamawiającego z dnia 17 marca 2025 r. Instytut Doradztwa w uzupełnionym zobowiązaniu o udostępnieniu zasobów wskazał, że zakres jego udziału przy realizacji zamówienia będzie polegał na wykonaniu części robót - wykonanie wykopów, wykonaniu fundamentów i ścian fundamentowych, murowaniu ścian zewnętrznych i wewnętrznych, murowaniu ścianek działowych, wykonaniu izolacji fundamentów, wykonaniu stopu żelbetowego nad parterem, wykonaniu nawierzchni chodników, dróg i dojazdów. Następnie w wyniku wezwania Zamawiającego z dnia 21 marca 2025 r., w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący przedłożył Zamawiającemu wykaz robót z referencjami dotyczącymi budowy budynku usługowego z przeznaczeniem na Inkubator Przedsiębiorczości w Michałowie o wartości 6 295 276,30 zł brutto.

Mając na uwadze powyższe, z dokumentacji przetargowej wynika, że Odwołujący wskazał na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia zasoby Instytutu Doradztwa, który miał być podwykonawcą Odwołującego, jedynie w zakresie robót polegających na wykonaniu wykopów, wykonaniu fundamentów i ścian fundamentowych, murowaniu ścian zewnętrznych i wewnętrznych, murowaniu ścianek działowych, wykonaniu izolacji fundamentów, wykonaniu stopu żelbetowego nad parterem, wykonaniu nawierzchni chodników, dróg i dojazdów. Tak więc, Instytut Doradztwa zobowiązał się do oddania swoich zasobów w zakresie zdolności technicznej - doświadczenie w wykonywaniu robót budowlanych i drogowych, ale ostatecznie nie wykona robót związanych z udostępnianym zasobem, a jedynie prace polegające na wykonaniu wykopów, wykonaniu fundamentów i ścian fundamentowych, murowaniu ścian zewnętrznych i wewnętrznych, murowaniu ścianek działowych, wykonaniu izolacji fundamentów, wykonaniu stopu żelbetowego nad parterem i wykonaniu nawierzchni chodników, dróg i dojazdów.

Jeżeli Odwołujący chciał skorzystać z doświadczenia Instytutu Doradztwa, aby wykazać warunek posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej w postaci roboty budowlanej polegającej na budowie, lub przebudowie obiektu kubaturowego o wartości minimum 5 000 000 zł brutto, to zgodnie z omawianymi przepisami, podwykonawca musiałby wykonać roboty budowlane polegające na budowie budynku urzędu gminy dla Zamawiającego. Zaś w ustalonym stanie rzeczy, jak już to zostało wyżej wskazane, podwykonawca Instytut Doradztwa zobowiązał się jedynie do wykonania części zamówienia, która nie jest tożsama z udostępnianym doświadczeniem. Skoro więc Odwołujący nie posiada własnego doświadczenia i chciał skorzystać z doświadczenia podwykonawcy Instytut Doradztwa, a podmiot ten nie będzie zaangażowany w roboty, co do których udostępnia doświadczenie, to takie doświadczenie nie wykazuje w sposób prawidłowy spełnienia warunku udziału w postępowaniu przetargowym.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego wskazującego na to, że przyjmując stanowisko Zamawiającego za zasadne, wykonanie przez podmiot udostępniający zasoby pełnego zakresu zamówienia byłoby sprzeczne z art. 462 ust. 1 i 2, bowiem w myśl tego przepisu wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Stanowisko Odwołującego w tym zakresie przedstawione w odwołaniu, jak również prezentowane na rozprawie należało uznać za chybione. Izba uznała, tym samym przychyliając się do argumentacji Zamawiającego, iż w ustalonym stanie faktycznym art. 462 ust. 1 i 2 ustawy Pzp nie stoi w sprzeczności z art. 118 ust 2 ustawy Pzp, na który powołuje się Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. Uwadze Odwołującego umknęła kwestia, że zakres zamówienia obejmuje nie tylko budowę budynku urzędu gminy, ale również szereg innych prac np. prac remontowych w budynku Ochotniczej Straży Pożarnej takich jak np. wymiana bram garażowych czy przebudowa istniejącego dachu, zagospodarowanie terenu (w postaci np. zieleni i wyposażenia), roboty drogowe, wyburzenia istniejących obiektów, czy wykonanie chodników. Na potwierdzenie powyższego, Zamawiający przedstawił dowód w postaci Kalkulacji Kosztów Inwestycji na podstawie PFU. Dlatego też Instytut Doradztwa, jako podmiot udostępniający zasoby Odwołującemu, nie realizowałby całego zamówienia, a więc na tej podstawie nie można stwierdzić, iż zachodzi sprzeczność z art. 462 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Konkludując, wskazując na powyższe, w ocenie Izby Zamawiający prawidłowo uznał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia i tym samym prawidłowo dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, wobec czego potwierdzenia nie mógł znaleźć również zarzut naruszenia art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, który w ocenie składu orzekającego miał charakter wynikowy wobec zarzutu naruszenia art. 226 ust 1 pkt 2 lit b. ustawy Pzp w związku z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym Izba oddaliła i ten zarzut.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodnicząca: .....