

WYROK

z dnia 24 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **19 lipca 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **3 lipca 2023 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Częstobud sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. *Poprawa infrastruktury edukacyjnej w Dąbrowie Górniczej* (ZP.WIR.271.4.5.2023), zadanie B pn. *Rozbudowa, przebudowa i termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej nr 26 wraz z zagospodarowaniem terenu*

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Dąbrowa Górnicza** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: **AMB Budownictwo K.P., Kozia Wieś** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego [„Przystępujący”]

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie co do zarzutu nr 1 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a przy powtarzaniu czynności – odrzucenie oferty złożonej przez Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) z uwagi na niespełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale III pkt 4.1.2. SWZ

2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu nr 2.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i Zamawiającego po połowie i:

- 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11800 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy osiemset złotych zero groszy) odpowiadającą połowie uiszczonego wpisu oraz uzasadnionych kosztów Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Gmina Dąbrowa Górnicza {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Poprawa infrastruktury edukacyjnej w Dąbrowie Górniczej* (ZP.WIR.271.4.5.2023), obejmującego dwie części zamówienia: Zadanie A pn. *Nowe życie Szttygarki – modernizacja skrzydła wschodniego i części centralnej pawilonu II wraz z zagospodarowaniem terenu* i Zadanie B pn. *Rozbudowa, przebudowa i termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej nr 26 wraz z zagospodarowaniem terenu*.

Ogłoszenie o tym zamówieniu 6 marca 2023 r. zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S-046 pod poz. 135736.

Wartość tego zamówienia jest większa niż progi unijne.

22 czerwca 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej w: zadaniu A – oferty złożonej przez Częstobud sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie {dalej również: „Częstobud”}, zadaniu B – oferty złożonej przez AMB Budownictwo K.P. z Koziej Wsi {dalej: „AMB Budownictwo”, „Wykonawca” lub „Przystępujący”}.

3 lipca 2023 r. Częstobud {dalej również: „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od rozstrzygnięcia postępowania w zadaniu B.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty AMB Budownictwa, które nie wykazało spełniania warunku udziału dotyczącego doświadczenia, gdyż powołało się na zasoby podmiotu trzeciego, jednak z oferty oraz zobowiązania tego podmiotu wynika, że nie wykona on roboty budowlane, do realizacji których

wymagane są zdolności opisane w warunku, co oznacza, że udostępnienie zasobów nie ma charakteru realnego, gdyż nie gwarantuje Wykonawcy rzeczywistego do nich dostępu.

2.Art. 226 ust. 1 pkt. 5 oraz 226 ust. 1 pkt. 10 w zw. z art. 223 ust. 1 – przez zaniechanie odrzucenia oferty AMB Budownictwa pomimo nieskalkulowania w niej poz. 92', dodanej przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytania wykonawców z 11 kwietnia 2023 r., co stanowi zarówno o niezgodności oferty z wymaganiami zamówienia, jak i o błędzie w obliczeniu ceny, a zamiast tego uwzględnienie wyjaśnień Wykonawcy, pomimo że stanowiły niedopuszczalną przepisami zmianę treści oferty.

3.Art. 224 ust. 1 i 2 – przez zaniechanie wezwania AMB Budownictwo do złożenia wyjaśnień (w tym złożenia dowodów) w zakresie rażąco niskiej ceny w aspekcie istotnych części składowych oferty (tj. w zakresie kosztorysów nr 3, 8, 11, 17, 18, 19 i 20), mimo iż istnieją poważne wątpliwości czy oferta Wykonawcy nie została skalkulowana poniżej realnych kosztów, które ponieść należy w związku z realizacją zamówienia, gdyż ceny poszczególnych kosztorysów ofertowych są o ponad 30% niższe od wartości szacowanych przez Zamawiającego oraz od średniej arytmetycznej złożonych w tym postępowaniu ofert [zarzut alternatywny w stosunku do poprzednich].

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2.Powtórzenia badania i oceny ofert, a w jego ramach: a) odrzucenia oferty AMB Budownictwa, b) ewentualnie – w przypadku nieuwzględnienia zarzutów skutkujących odrzuceniem tej oferty – wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny w zakresie kosztorysów ofertowych nr 3, 8, 11, 17, 18, 19 i 20.

Odwolujący następująco sprecyzował zasadnicze zarzuty w uzasadnieniu odwołania.

{ad zarzutu nr 1}

{okoliczności faktyczne wynikające z odwołania}

Brzmienie postanowień SWZ odnośnie warunku udziału dotyczącego zdolności zawodowej wykonawcy:

(...)

4.1. *w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał minimum:*

(...)

Zadanie B:

4.1.2. *2 roboty budowlane, o wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł brutto każda, obejmujące swoim zakresem budowę lub przebudowę lub rozbudowę i każda obejmująca: docieplenie przegród zewnętrznych, wymianę lub montaż stolarki okiennej, roboty konstrukcyjno-budowlane wraz z budową lub przebudową lub rozbudową instalacji wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych, elektrycznych*

Uwagi:

1. *Mając na uwadze art. 117 ust. 1 ustawy Zamawiający zastrzega, że w sytuacji składania oferty przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz analogicznie w sytuacji, gdy Wykonawca będzie polegał na zasobach innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 118 ustawy, warunek o którym wyżej mowa, musi zostać spełniony w całości przez Wykonawcę (jednego z Wykonawców wspólnie składającego ofertę) lub podmiot, na którego zdolności w tym zakresie powołuje się Wykonawca – brak możliwości tzw. sumowania zasobów w zakresie doświadczenia.*

2. *Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, należy wykazać robotę budowlaną, w której Wykonawca bezpośrednio uczestniczył.*

(...)

Brzmienie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów przedstawionego przez AMB Budownictwo w celu wykazania spełniania powyżej zacytowanego warunku [złożonego na formularzu stanowiącym załącznik do SWZ – stąd w nawiasach uwagi Zamawiającego odnośnie sposobu wypełnienia]:

(...)

1.2. *w zakresie doświadczenia zawodowego:*

a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego:

dysponowania odpowiednim doświadczeniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, polegającym na realizacji 2 robót budowlanych, o wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł brutto każda, obejmujących swoim zakresem budowę lub przebudowę lub rozbudowę każda obejmująca:

docieplenie przegród zewnętrznych, wymianę lub montaż stolarki okiennej, roboty konstrukcyjno-budowlane wraz z budową lub przebudową lub rozbudową instalacji wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych, elektrycznych, tj.

1. *Budowa krytej pływalni sportowo-rekreacyjnej w ramach Międzynarodowego Centrum Edukacji Ekologicznej Wschód-Zachód w Siemiatyczach, Inwestor: Miasto Siemiatycze ul. Pałacowa 2, 17-300 Siemiatycze, termin realizacji:*

04.10.2018-15.10.2020, wartość: 28 290 000,00 brutto, zakres: budowa obejmująca: docieplenie przegród zewnętrznych, montaż stolarki okiennej, roboty konstrukcyjno-budowlane wraz z budową lub przebudową lub rozbudową instalacji wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych, elektrycznych.

2. Wykonanie projektu i budowa przedszkola gminnego w Chotomowie, Inwestor: Gmina Jabłonna, Ul. Modlińska 152, 05-110 Jabłonna, termin realizacji: 02.03.2020 02.08.2021, wartość: 16 804 026,04 zł, zakres: budowa obejmująca: docieplenie przegród zewnętrznych, montaż stolarki okiennej, roboty konstrukcyjno-budowlane wraz z budową lub przebudową lub rozbudową instalacji wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych, elektrycznych (należy wpisać nazwę, przedmiot zrealizowanych zamówień, podczas których zdobyto doświadczenie, będące przedmiotem niniejszego zobowiązania, w tym zakres rzeczowy i wartość usług odpowiadających treści warunku udziału w postępowaniu)

b) sposób wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia: podwykonawstwo

(konieczny udział podmiotu trzeciego w wykonaniu usług, które stanowią zdolności udostępnione przez podmiot trzeci)

c) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim:

umowa o podwykonawstwo

(należy wpisać rodzaj/charakter umowy, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasób)

d) w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą:

(należy określić szczegółowy zakres usług, które podmiot trzeci będzie wykonywał odpowiadające w pełni zakresowi wskazanemu w pkt. 1.1. lit. a.)

roboty budowlane objęte umową o podwykonawstwo

Brzmienie oświadczenia złożonego przez AMB Budownictwo w formularzu oferty odnośnie podwykonawstwa [z wykorzystaniem wzoru formularza załączonego do SWZ]:

9. Oświadczam, że prace objęte zamówieniem ~~zamierzamy wykonać sami~~*/zamierzamy powierzyć podwykonawcom*

* niepotrzebne skreślić

[Części zamówienia, których wykonanie Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom]

Wykonanie prac związanych ze stanem surowym i udział w pracach pozostałych branż.

[Nazwa podwykonawcy (o ile są znane)]

ZAB-BUD Sp. z o.o. Ul. Nowosielecka 14A/2 00-466 Warszawa NIP 7010682683, KRS 0000672926

9.1. Oświadczam, że zamierzam ewentualnie zlecić podwykonawcom następującą część (procentową) zamówienia: 40 %
{okoliczności prawne podniesione w odwołaniu}

Z art. 118 ust. 2 ustawy pzp wynika, że podmiot, który użycza swoich zasobów w zakresie doświadczenia musi następnie rzeczywiście realizować te roboty budowlane, do realizacji których te zasoby są wymagane. Po to bowiem Zamawiający opisuje warunki udziału w postępowaniu, aby sprawdzić zdolność Wykonawców do należytej realizacji zamówienia. Gdyby podmiot trzeci jedynie formalnie udostępniał swoje zasoby, ale w rzeczywistości nie wykonywał tych robót, 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 (sygn. akt KIO 442/21).

W doktrynie wskazuje się jednoznacznie, że jeżeli Zamawiający określi jeden kompleksowy warunek doświadczenia odnoszący się do pełnego zakresu przedmiotu zamówienia, Wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie, nie będzie mógł realizować robót budowlanych lub usług, do których wymagany zasób jest niezbędny (E. Wiktorowska, Warunki dotyczące doświadczenia, cz. 2, M.Zam.Pub. 2018, nr 3, s. 21-25).

Wymaganych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu robót budowlanych nie może wykonać sam Wykonawca, który nie spełniał danego warunku, niezależnie od tego, jak wysoko ocenia swoje umiejętności. Stanowiłoby to obejście przepisów ustawy Pzp oraz zasady, że zamówienie ma wykonać podmiot posiadający określone kwalifikacje zawodowe (A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarze, Warszawa 2021, s. 391).

Powyższe znajduje swoje potwierdzenie zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej:

Czy biorąc pod uwagę wartość umowy wykonawcy z podmiotem trzecim oraz określoną przez zamawiającego wartością wykonanych robót budowlanych w warunku udziału, można potwierdzić, że przedmiot zamówienia wykonuje podmiot, który potwierdził spełnianie warunku udziału? LEX, QA 1926183, W.M.: Jeśli wykonawca wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wyłącznie w oparciu o zasoby podmiotu trzeciego, podmiot ten powinien w 100% zrealizować roboty budowlane, do których te zasoby są wymagane.

Realizacja robót budowlanych przez podmiot udostępniający zasoby w postaci doświadczenia nie może polegać

na jakimkolwiek uczestnictwie w wykonywaniu zamówienia, lecz musi być faktyczną realizacją robót, do których udostępniane zasoby są wymagane. Z treści dokumentów złożonych przez podmiot udostępniający zasoby musi zatem w sposób jednoznaczny wynikać, w jaki sposób, na jakich zasadach i w jakim zakresie udostępnione zasoby zostaną wykorzystane przez wykonawcę przy realizacji zamówienia (uchwała z 23 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO/KD 29/20).

Przepis art. 22a ust. 4 pzp nie pozostawia zamawiającemu „luzu” decyzyjnego, określając, że udostępnienie potencjału jest dopuszczalne, jeżeli podmiot udostępniający zrealizuje zamówienie w zakresie w jakim udostępnia swe zasoby. (...) Artykuł 22a ust. 4 pzp stanowi, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Ustawodawca zastrzegł zatem, że powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego jest dopuszczalne, jeżeli podmiot ten wykona roboty budowlane, do których wymagane są zdolności, na które się powołał wykonawca. Ustawa nie stanowi, że podmiot trzeci ma „wziąć udział” czy „wykonać znaczącą część” (wyrok z 1 lutego 2021 r. sygn. akt KIO 3545/20).

Ustawodawca, w art. 22a ust. 4 pzp ustanowił obowiązek realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby w postaci m.in. doświadczenia, w zakresie w którym wykonawca ten, powołał się na zasoby podmiotu trzeciego. Nie można zatem uznać, iż podmiot wykazujący spełnienie warunku udziału w postępowaniu w całym wymaganym zakresie, będzie uczestniczył w realizacji tego zamówienia jedynie w pewnym, wybranym przez siebie zakresie, stanowiącym element a nie całość wykazywanego doświadczenia. W sytuacji kiedy podmiot trzeci udostępnia swoje zasoby, polegające na wykazaniu doświadczenia stanowiącego warunek udziału w postępowaniu, podmiot ten zobowiązany jest do osobistego wykonania tej części zamówienia, która była objęta warunkiem udziału w postępowaniu. Taka okoliczność stanowi wykazanie przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu (wyrok z 29 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 711/19).

Art. 22a ust. 4 pzp stanowi, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W przepisie tym kluczowe jest stwierdzenie, że podmiot trzeci ma zrealizować roboty budowlane w takim zakresie, dla którego jego zdolności były wymagane, tj. jaki zakres jest pokrywany z jego zasobów. Konieczny zakres realizacji przez podmiot trzeci, jak i zakres możliwego powołania się na zasoby innego podmiotu w konkretnych okolicznościach każdorazowo zależy od brzmienia warunków udziału w postępowaniu (wyrok z 17 marca 2021 r. sygn. akt KIO 512/21).

{subsumpcja – sprecyzowanie zarzutu}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak w pkt 1. na wstępie odwołania, wywodząc ponadto, co następuje.

Skoro to podmiot trzeci posiada odpowiadające treści warunku doświadczenia w dwukrotnym wykonaniu dwóch robót budowlanych o określonej wartości i zakresie rzeczowym tożsamym w 100% z przedmiotem tego zamówienia, nie może on realizować jako podwykonawca tylko 40% przedmiotu zamówienia, gdyż oznaczałoby, że większość zakresu zamówienia będzie realizowane przez Wykonawcę, który nie posiada wymaganego doświadczenia. Stąd to podmiot trzeci powinien realizować przedmiotowe zamówienie, jeśli nie w całości, to w znacznej części. Jeśli Wykonawca chce samodzielnie wykonać 60% prac, winien również samodzielnie wykazać spełnianie powyżej przywołanego warunku udziału w tym postępowaniu.

Oferta AMB Budownictwa powinna zostać odrzucona bez kierowania dalszych wezwań, gdyż jak trafnie wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 458/22, niewłaściwe byłoby powoływanie się w takiej sytuacji na art. 122 ustawy pzp (z którego wynika, że jeżeli m.in. zdolności zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, zamawiający żąda, aby wykonawca w określonym terminie zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu), gdyż przepis ten dotyczy zdolności podmiotu trzeciego, która nie jest kwestionowana. Przedmiotem zarzutu jest natomiast udział tego podmiotu w realizacji zamówienia, co wyklucza zastosowanie tego unormowania.

{ad zarzutu nr 2}

{okoliczności faktyczne wynikające z odwołania}

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wraz z ofertą złożyli kosztorysy ofertowe wykonane metodą uproszczoną, polegającą na obliczaniu wartości kosztorysowej robót objętych przedmiarem jako sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót i ich cen jednostkowych, bez podatku VAT. Zamawiający wymagał ponadto wykonania zbiorczego zestawienia kosztorysów.

Zamawiający 11 kwietnia 2023 r. odpowiedział na pytanie nr 5, w którym dodał do przedmiaru poz. nr 92', w której wykonawcy mieli skalkulować rolety wewnętrzne sterowane elektrycznie w liczbie 2 szt.

Brzmienie złożonych 18 maja 2023 r. wyjaśnień AMB Budownictwa: ..z uwagi na fakt, że zgodnie z OT oraz

odpowiedzią Zamawiającego na wniosek o wyjaśnienie treści SWZ nr 5 z dnia 11.04.2023 r., rolety wewnętrzne sterowane elektrycznie stanowią element wyposażenia okien dachowych (2 szt.), Wykonawca skalkulował ten element w kosztorysie ofertowym branży budowlanej (1), w ramach poz. 92 d.2.2.3 „Świetlik dachowy 138x138 cm zgodnie z projektem” (2 szt.), uwzględniając tym samym przedmiotowy zakres prac w całkowitej cenie ofertowej”.

{okoliczności prawne wynikające z odwołania}

Procedura udzielenia zamówienia publicznego jest procedurą sformalizowaną, a treść złożonych w toku postępowania ofert, co do zasady, jest niezmienna. Jednak Zamawiający, jeśli poweźmie jakiegokolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty może żądać od Wykonawcy stosownych wyjaśnień. Granicą ich dopuszczalności jest brak możliwości zmiany oferty. Złożenie oferty wiąże się bowiem z określonymi przez Zamawiającego wymaganiami. To tym wymaganiom – wymaganiom Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest sprostać. Profesjonalny Wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne zobligowany jest więc do szczegółowego zapoznania się z treścią dokumentacji, tak by składana przez niego oferta i dokumenty w pełni odpowiadały wymogom postawionym przez Zamawiającego w dokumentacji oraz przepisach prawa (z uzasadnienia wyroku Izby w sprawie sygn. akt KIO 621/23).

Z treści art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp wynika, że złe policzenie czy też wadliwe ustalenie treści przedmiotu zamówienia jest takim krytycznym błędem, którego nie sposób już poprawić.

{subsumpcja – sprecyzowanie zarzutu}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak w pkt 2. na wstępie odwołania, wywodząc ponadto, co następuje.

Wskazanie przez AMB Budownictwo na uwzględnienie zakresu objętego poz. 92. w poz. 92. stanowi zmianę treści oferty, gdyż nic nie stało na przeszkodzie, aby stosowną pozycję dodać do kosztorysu. Nie można dać wiary Wykonawcy, że uwzględnił tę pozycję w innym miejscu, gdyż w ten sposób można byłoby uzasadniać każdy brak w zaoferowanym świadczeniu. Z treści oferty nie wynika, aby AMB Budownictwo miało intencję zaoferowania świadczenia z pozycji 92’.

Powyższe okoliczności wskazują również na wadliwe ustalenie przedmiotu zamówienia, a tym samym jego obliczenie, co skutkuje istnieniem błędu w obliczeniu ceny.

W odpowiedzi na odwołanie z 17 lipca 2023 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając w szczególności następujące okoliczności i argumentację odnośnie zasadniczych zarzutów odwołania.

{ad zarzutu nr 1}

Zamawiający podał, że sformułowany w rozdziale III pkt 1 ppkt 4.1.2.2 SWZ warunek udziału dotyczący zdolności zawodowej w zakresie Zadania B nie obejmuje całego zakresu rzeczowego tego zamówienia. Zgodnie z dokumentacją techniczną (dokumentacja projektowa, przedmiary robót) Zadanie B obejmuje bowiem również prace, które łącznie stanowią 15,72% wartości zamówienia: droga wewnętrzna, parking i plac główny – 741.391,00 zł, zagospodarowanie terenu – 847.568,73 zł, usunięcie kolizji istniejącej sieci energetycznej i teletechnicznej i przyłączy – 35.251,72 zł, wycinka drzew – 9.420,10 zł, nasadzenia – 27.319,68 zł, wyposażenie pomieszczeń (dostawa i montaż) – 327.663,28 zł (razem: 1.988.614,51 zł netto, 2.445.995,85 zł brutto).

Według Zamawiającego wymaganie w Formularzu ofertowym wskazania procentowego udziału podwykonawców służyło wyłącznie zapobieżeniu naruszenia wynikającego z art. 462 ust. 1 ustawy pzp zakazu powierzenia podwykonawcy wykonania całości przedmiotu zamówienia. Stąd wyłącznie pod tym kątem było oceniane przez Zamawiającego.

Jednocześnie Zamawiający zapewnił, że z całą stanowczością będzie egzekwować na etapie realizacji zamówienia wykonania zakresu rzeczowego robót objętych warunkiem udziału w postępowaniu przez podmiot udzielający swoje zasoby w tym zakresie, gdyż w pełni bowiem podziela przedstawione przez Odwołującego stanowisko doktryny i orzecznictwa.

{ad zarzutu nr 2}

Zamawiający podkreślił, że wymóg zastosowania rolet wewnętrznych sterowanych elektrycznie ujęty został w „Projekcie budowlano-wykonawczym” w pkt 5.10. „Świetliki dachowe” opisu technicznego „Architektura Przedszkole i Łącznik 2”, które zostały opublikowane na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu jego wszczęcia. W konsekwencji wprowadzenie poz. 92’ odnośnego kosztorysu miało tylko charakter formalny i porządkujący.

Brak wyodrębnienia takiej pozycji w kosztorysie ofertowym nr 1 nie jest w tym przypadku równoznaczny z nieuwzględnieniem powyższego zakresu, o czym świadczy również fakt, że poz. 92 „Świetlik dachowy 138x138 cm zgodnie z projektem” została wyceniona na 11.449,68 zł, zaś w kosztorysie ofertowym nr 1 Odwołującego łączna wartość poz. 92 i 92’ wynosi 11.821,58 zł.

Według ukształtowanej od ponad dekady linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej niewłaściwe jest utożsamianie pominięcia wyceny danej pozycji kosztorysu z nieobjęciem treścią oświadczenia woli wykonawcy całego przedmiotu zamówienia. (...) Postępowanie o zamówienie publiczne, co do zasady realizuje się poprzez przystąpienie

do jednostronnie określonych przez zamawiającego warunków, zaś przedmiot tego zamówienia jest przez zamawiającego narzucony. Wykonawcy mają zazwyczaj tylko swobodę zaoferowania świadczenia w formie odpowiedniej dla danej specyfikacji robót. Pominięcie pozycji poprzez jej niewycenienie wprost – oznacza tyle, że wykonawca jest zobowiązany wykonać zamówienie zgodnie z jego zakresem opisanym w projekcie budowlanym oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót, przy czym nie będzie się za to należało odrębne wynagrodzenie. Brak jest w takiej sytuacji podstaw do wnioskowania, że niewycenienie pewnych pozycji kosztorysu jest tożsame z oświadczeniem o zamiarze niewykonania pewnych prac wynikających z specyfikacji istotnych warunków zamówienia (z uzasadnienia wyroku z 7 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1515/14). Analogiczne stanowisko zajęła Izba w wyrokach wydanych: 15 października 2010 r. sygn. akt KIO 2136/10, 11 marca 2011 r. sygn. akt: KIO 385/11, KIO 386/11, KIO 393/11, KIO 406/11, 4 marca 2011 r. sygn. akt: KIO 333/11, KIO 335/11, 14 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 689/11, 8 maja 2014 r. sygn. akt KIO 793/14).

Ponadto analiza treści złożonej oferty, jak też wyjaśnienia jej treści w zakresie poz. 92. wskazuje, że nie mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny. Wprawdzie nie wymieniono poz. 92'. odrębnie z kosztem materiałów, jednakże z treści złożonych wyjaśnień wynika, że te zostały one wzięte pod uwagę właśnie w poz. 92.

Zamawiający podniósł, że przewidziana w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp sankcja odrzucenia oferty znajduje zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy oferta wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia w sposób zasadniczy i nieusuwalny.

Przystępujący w piśmie procesowym z 19 lipca 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając w szczególności następujące okoliczności i argumentację odnośnie zasadniczych zarzutów odwołania.

{ad zarzutu nr 1}

{okoliczności faktyczne wynikające z pisma}

Roboty w zakresie stanu surowego, których wykonanie zostało powierzone podmiotowi trzeciemu (Zab-Bud sp. z o.o.), mają kluczowe znaczenie dla całego zadania, gdyż ten etap budowy obejmuje wykonanie elementów konstrukcyjnych budynku, co zapewnia bezpieczeństwo całej konstrukcji oraz może rzutować na dalsze etapy wykańczania i użytkowania budynku. Przy czym z kosztorysu nr 1 (poz. 1-62, 66-68) wartość robót w tym zakresie wynosi 1.310 896,63 zł netto, co stanowi 10,36% wartości całej oferty AMB Budownictwa.

Jednocześnie Zab-Bud brał będzie udział w pracach w pozostałych branżach. Przykładowo w branżach robót w zakresie instalacji sanitarnych czy elektrycznych, pracach tynkarskich, malarskich, szklarskich i ślusarskich (stolarka okienna i drzwiowa, posadzkarskie, okładzinowych i drogowych udział Zar-Bud w realizacji Zadania B będzie polegał na skierowaniu kluczowego personelu do kierowania pracami (tj. kierowników robót oraz kluczowych specjalistów) oraz ścisłej współpracy z AMB Budownictwem. Kierownicy robót z ramienia Zar-Budu będą w szczególności odpowiedzialni za kierowanie powyżej wymienionymi pracami branżowymi, w tym będą weryfikować na bieżąco zgodność wykonywanych robót z wymogami dokumentacji projektowej.

{okoliczności prawne wynikające z pisma}

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w sytuacji, gdy wykonawca polega w całości na doświadczeniu podmiotu trzeciego (lub gdy konsorcjum polega w całości na doświadczeniu tylko jednego z konsorcjantów) w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie jest wymagane, aby podmiot trzeci (lub jedyny konsorcjant legitymujący się doświadczeniem) wykonał pełny zakres przedmiotu zamówienia. Za wystarczające uznaje się bowiem uczestnictwo tego podmiotu w realizacji zamówienia. Przy czym za adekwatny zakres udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia uznaje się zaangażowanie go do prac chociażby na poziomie 15% wartości zamówienia.

Złożone wyjaśnienia do treści oferty, w której zadeklarowany został udział podmiotu udostępniającego zasoby (15% wartości przedmiotu zamówienia), miały nie być wystarczającymi dla oceny, czy i w jakim zakresie roboty budowlane zostaną wykonane przez Hosta Group Sp. z o. o. sp.k.

Oddalając te zarzuty Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał zasadności twierdzenia, na podstawie którego wywodził, iż udostępnienie potencjału przez podmiot trzeci nie było skuteczne, tj. iż dla wykazania realności przekazania doświadczenia konieczne było zapewnienie udziału podmiotu udostępniającego w realizacji całości zamówienia. Takie założenie miało mieć potwierdzenie w tym, że Wykonawca posłużył się doświadczeniem podmiotu trzeciego w odniesieniu do całości warunku udziału w postępowaniu.(...)

Zasadniczo twierdzenia Odwołującego były budowane w oparciu o analizę oświadczenia Wykonawcy z formularza oferty, w którym zadeklarował udział podmiotu udostępniającego swoje zasoby w realizacji robót budowlanych odpowiadających 15% wartości przedmiotu zamówienia. Ponadto, w wyjaśnieniach z 12.05.2022 r. Wykonawca podtrzymując deklarację z oferty sprecyzował rzeczywisty zakres robót, jakie miałyby zostać powierzone temu podwykonawcy wskazując na: roboty ziemne, fundamentowej, murowe, żelbetowe, związane z wykonaniem części konstrukcji dachu, roboty wykończeniowe. (...) dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu decydujące znaczenie miało zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, określającego swój udział w realizacji robót budowlanych. Jak wskazano na wstępie, zakres

zobowiązania nie był kwestionowany przez Odwołującego pod kątem ustalenia, czy podmiot trzeci udostępnił swoje zasoby w postaci doświadczenia.

W ocenie składu orzekającego, zobowiązanie podmiotu trzeciego, którego Odwołujący nie kwestionował oznaczało, iż Wykonawca mógł powołać się na doświadczenie tego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Kwestią wtórną było natomiast oświadczenie samego Wykonawcy co do udziału podwykonawcy w realizacji robót budowlanych. Oświadczenie w formularzu oferty nie miało znaczenia dla oceny samego zobowiązania podmiotu trzeciego, który jednoznacznie zadeklarował swój udział w charakterze podwykonawcy w całym okresie realizacji inwestycji. Było ono jednocześnie spójne z zobowiązaniem do oddania potencjału przez podmiot trzeci.

Odniesienie się w formularzu oferty do udziału procentowego podwykonawstwa podmiotu udostępniającego zasoby w wartości przedmiotu zamówienia nie miało znaczenia rozstrzygającego, gdyż sama wartość inwestycji nie identyfikuje samej wartości robót i uwzględni chociażby wartość materiałów, czy też koszty i marżę Wykonawcy. (...). Tym samym nie można wprost przekładać doświadczenia na zakres przedmiotu zamówienia. (...)

[uzasadnienie wyroku z 6.06.2022 r. sygn. akt KIO 1337/22]

Przepisy art. 117 ust. 3 i 4 Pzp wskazują na obowiązek uczestnictwa w realizacji zamówienia tego podmiotu (członka konsorcjum), który wykazuje spełnienie warunku udziału. Z powyższej regulacji nie wynika jednak obowiązek realizacji całego zamówienia wyłącznie przez taki podmiot i to w całości. Zatem, jak wskazywał Zamawiający i Przystępujący wykonawca, regulacja zawarta w artykule 117 ust. 3 ustawy Pzp ma na celu ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia wymagając wykonania danych części zamówienia przez wykonawcę posiadającego realne doświadczenie, jednak nie przesądza, że udział pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w wykonaniu tych części jest zupełnie wyłączony.

[uzasadnienie wyroku z 7.11.2022 r. sygn. akt KIO 2815/22]

Realności wykonania odpowiedniego zakresu przedmiotu zamówienia, nie należy utożsamiać z zakresem zrealizowanym w ramach zadań referencyjnych. Nie można pominąć, iż treść warunku udziału w postępowaniu ustala się w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Tym samym zakres przedmiotowy wymagany warunkiem nie musi 1:1 odpowiadać opisowi przedmiotu zamówienia (...)

Odwołujący prezentuje czysto formalistyczne podejście przełożenia wprost treści warunku na sposób wykonania przedmiotu zamówienia. Tymczasem ocenić należy, czy dany podmiot wykorzystując zdobytą wiedzę i doświadczenie, proporcjonalną do przedmiotu zamówienia, jest w stanie należycie ten przedmiot zrealizować. Odwołujący nie wykazał, że jest to niemożliwe.

Poza tym niezaprzeczalnie z oświadczenia konsorcjum wynika, że prace w elemencie kwestionowanym w odwołaniu będzie także wykonywał podmiot – ten członek konsorcjum – który swoim doświadczeniem potwierdził spełnianie warunku udziału, co gwarantuje Zamawiającemu rzeczywiste i prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Z drugiej strony nie wyklucza to wykorzystania zasobów drugiego z członków konsorcjum przy realizacji danej kategorii robót.

[uzasadnienie wyroku z 28.03.2023 r. sygn. akt KIO 697/23]

{wnioski Przystępującego}

Przenosząc powyższe rozważania prawne na okoliczności niniejszej sprawy Przystępujący stwierdził, że ponieważ podmiot trzeci będzie uczestniczył w realizacji zamówienia w odniesieniu do co najmniej 40% jego zakresu, dotyczy to istotnego zakresu tego zamówienia.

Jednocześnie Przystępujący podkreślił, że zakres udziału Zab-Budu w realizacji tego zamówienia w charakterze podwykonawcy nie został w jego zobowiązaniu w jakikolwiek sposób ograniczony, co potwierdza możliwość szerokiego wykorzystania potencjału tego podmiotu trzeciego w całym okresie realizacji przedmiotowej inwestycji.

Resumując, według Przystępującego łącznie z powyższego zobowiązania i oświadczenia co do zakresu podwykonawstwa wynika realność udostępnienia mu przez Zab-Bud swojej wiedzy i doświadczenia.

{ad zarzutu nr 2}

{okoliczności faktyczne wynikające z pisma}

Oprócz okoliczności podniesionych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie (czyli faktu występowania rolet już w pierwotnej wersji dokumentacji projektowej oraz wartości pozycji 92. w kosztorysie ofertowym nr 1 AMB Budownictwa na poziomie uwzględniającym te rolety), Przystępujący podał, że przed złożeniem oferty, 8 maja 2023 r. pozyskał od swojego dostawcy System-Dach Pokrycia Dachowe P.Z. ofertę na świetliki dachowe 138x138cm wyposażone w rolety wewnętrzne sterowanie elektrycznie.

{okoliczności prawne wynikające z pisma}

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej nawet przy wynagrodzeniu kosztorysowym wprowadzenie do przedmiaru dodatkowych pozycji na etapie wyjaśnień treści dokumentów, która nie została następnie w kosztorysie ofertowym wyodrębniona, a koszt wykonania objętych nią prac został ujęty w innej pozycji, nie oznacza niezgodności

treści oferty z warunkami zamówienia.

Wskazuje się, że oceny w tym zakresie dokonywać należy w szczególności w oparciu o weryfikację realności wyceny pozycji, w której uwzględniono roboty niewidoczne w kosztorysie [w odwołaniu zacytowano stosowny fragment uzasadnienia wyroku z 26.06.2018 r. sygn. akt KIO 1156/18]. Jednocześnie taki wyodrębnienie oddzielnej pozycji należy rozpatrywać jedynie w kategoriach niezgodności oferty co do formy, a nie niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, która nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty [w odwołaniu zacytowano stosowny fragment uzasadnienia wyroku z 09.11.2015 r. sygn. akt KIO 2317/15].

{wnioski Przystępującego}

Przenosząc powyższe na okoliczności niniejszego postępowania Przystępujący stwierdził, że zaistniałe okoliczności potwierdzają, że uwzględnił w swojej ofercie cały zakres przedmiotu tego zamówienia.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia na obie jego części, co więcej jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w pierwszej z nich. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, które uniemożliwiają mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia również w drugiej części.

Przede wszystkim o ile zarówno interes w uzyskaniu zamówienia, jak i szkoda, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy pzp, mają wiązać się z możliwością uzyskania zamówienia, o tyle należy je rozumieć jako świadczenie, które ma zaspokoić potrzeby zamawiającego, niezależnie od tego, w wyniku którego z kolei postępowania faktycznie nastąpi jego spełnienie. Dzięki temu interes i szkoda mogą być rozumiane jednolicie i zasadniczo w oderwaniu od okoliczności danej sprawy ściśle związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, w którym odwołanie zostało wniesione.

W konsekwencji Izba uznała wniosek o oddalenie odwołania jako wniesionego przez podmiot, który zdaniem Zamawiającego nie ma do tego legitymacji w rozumieniu art. 505 ust. 1 pzp, za bezzasadny. Zamawiający oświadczył, że wybór oferty Odwołującego w Zadaniu B skutkowałby koniecznością unieważnienia prowadzonego postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy pzp, również w zakresie Zadania A, w którym oferta Częstobudu została wybrana jako najkorzystniejsza. Zawarta w odpowiedzi na odwołanie obszerna argumentacja co uwarunkowań finansowania tego zamówienia nic nie wnosi do sprawy, gdyż stanowi przejaw zawężania rozpatrywania interesu i szkody wykonawcy wyłącznie do postępowania o udzielenie zamówienia, w którym złożył on odwołanie, czyli stanowiska, które przestało być adekwatne już na tle obowiązującego poprzednio art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Takie wąskie postrzeganie uprawnienia do wniesienia odwołania zaczęło się zmieniać w związku z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej {dalej: „TSUE” lub „Trybunał”} z 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 Puligienica Facility Esco SpA (PFE) v. Airgest SpA (EU:C:2016:199). Trybunał, rozpoznając odwołania wniesione przez dwóch wykonawców, z których każdy domagał się wykluczenia konkurenta, wyraził pogląd, że w takiej sytuacji każdy z nich ma interes w uzyskaniu odnośnego zamówienia. Po pierwsze, wykluczenie jednego z oferentów może doprowadzić bowiem do tego, że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałoby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Tym samym Trybunał uznał, że wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej nawet w sytuacji, gdy skutkiem miałoby być unieważnienie postępowania, gdyż wówczas mogą ubiegać się o zamówienie w kolejnym postępowaniu.

Następnie, w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne zadane przez Krajową Izbę Odwoławczą, w wyroku z 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus sp. z o.o. i Gama Jacek Lipik v. Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (EU:C:2017:358) Trybunał jednoznacznie przesądził, że dyrektywę Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującą przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmienioną dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej, jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, w

której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 powyższej dyrektywy może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy czym należy odnotować, że dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (tzw. „dyrektywa odwoławcza”), również zmieniona dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych, zawiera w art. 1 ust. 3 tożsame uregulowanie jak powyżej wskazana tzw. „dyrektywa odwoławcza sektorowa”.

W konsekwencji również w orzecznictwie krajowym przyjęto szerokie ujęcie interesu, oparte na odróżnianiu postępowania o udzielenie zamówienia od zamówienia. W szczególności w uzasadnieniu wyroku z 28 maja 2019 r. sygn. akt KIO 873/19 Izba stwierdziła, że w świetle prounijnej wykładni przepisów dotyczących zamówień publicznych pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia winno być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, a winno być łączone z definicją legalną zamówienia publicznego (tak też Izba w uzasadnieniu wyroku z 5 listopada 2018 r. sygn. akt KIO 2144/18).

W powyższym kontekście argumentacja zaprezentowana w odpowiedzi na odwołanie jest również o tyle bezprzedmiotowa, o ile opiera się na upatrywaniu niemożności wszczęcia kolejnego postępowania o udzielenie tego zamówienia w fakcie wygaśnięcia uzyskanej na ten rok promesy dofinansowania, bez jakiegokolwiek odniesienia się do tego, czy i dlaczego Zamawiający nie mógłby ponownie się o nie starać w sytuacji, gdy jego potrzeba poprawy infrastruktury edukacyjnej w Dąbrowie Górniczej nie została zaspokojona. Innymi słowy istotne jest, że nic nie wskazuje na to, aby Zamawiający przestał być zainteresowany modernizacją skrzydła wschodniego i części centralnej pawilonu II Szttygarki wraz z zagospodarowaniem terenu czy rozbudową, przebudową i termomodernizacją budynku Szkoły Podstawowej nr 26 wraz z zagospodarowaniem terenu.

Niezależnie od powyższego i wbrew odmiennej opinii wyrażonej w odpowiedzi na odwołania, a za to zgodnie z utrwalonym stanowiskiem Izby, na tym etapie unieważnienie prowadzonego przez Zamawiającego postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy pzp ma charakter jedynie hipotetyczny. Nie sposób przewidzieć bowiem, czy w sytuacji konieczności starania się kolejny raz o dofinansowanie, co niewątpliwie oddali perspektywę zrealizowania tego zamówienia, Zamawiający nie zdecyduje się jednak na zwiększenie w ramach wkładu własnego finansowania w stosunku do tego, co przewidywały jego plany finansowe, do kwoty ceny oferty złożonej przez Częstobud.

Reasumując, wniosek Zamawiającego, jako zmierzający w istocie do zniweczenia skuteczności procedur odwoławczych, która została zagwarantowana w prawie unijnym i krajowym dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia przepisów regulujących udzielenie zamówienia publicznego.

{rozpoznanie zarzutu nr 1}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Ponieważ w odwołaniu adekwatnie przytoczono brzmienie: postanowień SWZ określających warunek udziału dla Zadania B co zdolności zawodowej (doświadczenia) wykonawcy [określony w rozdziale III pkt 1.2.4.1.2.], dokumentów oferty AMB Budownictwa w zakresie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów dla wykazania tego warunku [sporządzonego na formularzu z załącznika nr 11 do SWZ] oraz oświadczenia co do zakresu podwykonawstwa tego podmiotu trzeciego [zamieszczonego w pkt 9.-9.1. wypełnionego formularza oferty z załącznika nr 1B do SWZ], wystarczające będzie następujące uzupełnienie i podsumowanie.

Dodatkowo ustalono następujące brzmienie postanowień SWZ zawartych w rozdziale I „Informacje ogólne” odnośnie udostępniania zasobów i podwykonawstwa:

4. UDOSTĘPNIENIE ZASOBÓW

4.1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu na zasadach opisanych w art. 118-123 ustawy Pzp, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Podmiot na zasoby, którego wykonawca powołuje się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może podlegać wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy Pzp.

4.2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty, do realizacji których te zdolności są wymagane.

4.3. 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.

4.4. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 5.3, 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, których wskazane zdolności dotyczą – wzór zobowiązania stanowi załącznik nr 11 do SWZ.

4.5. Zamawiający oceni, czy udostępniane Wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale III SWZ, a także zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

4.6. Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, odpowiada solidarnie z Wykonawcą, który polega na jego sytuacji finansowej lub ekonomicznej, za szkodę poniesioną przez Zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów podmiot ten nie ponosi winy.

5. PODWYKONAWSTWO

5.1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówienia na roboty budowlane.

5.2. Wykonawca jest zobowiązany wskazać w formularzu ofertowym oraz w Jednolitym Dokumencie części zamówienia których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podać nazwy ewentualnych podwykonawców, o ile są już znane.

5.3. Wykonawca jest zobowiązany wskazać w Załączniku nr 9 do SWZ podwykonawców, na których przypada ponad 10% wartości zamówienia.

Za niesporną należy uznać okoliczność, że wymagana zdolność zawodowa wynikająca z uprzedniego wykonania robót budowlanych o wartości nie mniejszej niż 10 mln zł brutto, polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie obejmującej: 1) docieplenie przegród zewnętrznych, 2) wymianę lub montaż stolarki okiennej, 3) roboty konstrukcyjno-budowlane, 4) instalacje wodociągowe, 5) instalacje kanalizacyjne, 4) instalacje ciepłe, 5) instalacje gazowe, 6) instalacje elektryczne, odpowiada w ujęciu wartościowym w nie mniej niż 84,28% zakresowi przedmiotu tego zamówienia. Innymi słowy inne niż objęte zakresem warunku udziału prace stanowią co najwyżej 15,72% wartości tego zamówienia.

Poza wszelkim sporem jest również okoliczność, że AMB Budownictwo dla wykazania spełniania warunku, wymagającego dwukrotnego należytego wykonania powyżej wskazanego zakresu robót budowlanych, polega w całości na zdolnościach zawodowych podmiotu trzeciego – Zar-Bud sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Zar-Bud”}, który zobowiązał się wykonać te roboty jako podwykonawca (a co najmniej z treści dokumentu zobowiązania nie wynika wola tego podmiotu wykonania tych robót w mniejszym zakresie).

Wreszcie za niesporny należy uznać fakt, że AMB Budownictwo w ramach złożonej oferty oświadczyło, że powierzy Zar-Budowi jako podwykonawcy maksymalnie 40% prac objętych przedmiotem zamówienia, które zostały określone jako „prace związane ze stanem surowym i udział w pracach pozostałych branż”. Innymi słowy w treści oferty zakres podwykonawstwa został ograniczony do niespełna połowy prac, które wyszczególniono w treści warunku udziału dotyczącego zdolności zawodowej do wykonania tego zamówienia.

Co więcej, w swoim piśmie procesowym Przystępujący jednoznacznie potwierdził wolę ograniczenia podwykonawstwa do *de facto* wykonania stanu surowego, czyli robót konstrukcyjno-budowlanych. Natomiast w pozostałym zakresie zdolności wymaganych treścią warunku, tj. robót okładzinowych, w zakresie instalacji sanitarnych czy elektrycznych, tynkarskich, malarskich, szklarskich i ślusarskich stolarki okiennej i drzwiowej, posadzkarskich, Przystępujący zamierza jedynie – jak to określił – „ściśle współpracować” z Zar-Budem, którego pracownicy mają kierować pracami budowlanymi w tych branżach. Nie sposób przy tym nie zauważyć, że te zadeklarowane przez Przystępującego w toku postępowania odwoławczego formy współpracy, na czele z udostępnieniem kluczowego personelu, pozostają w oderwaniu nie tylko od treści oświadczenia woli Zar-Budu, ale i oświadczenia AMB Budownictwa, że funkcje kierownika budowy oraz kierowników robót branż sanitarnej i elektrycznej będą pełniły wskazane z imienia i nazwiska osoby stanowiące zasób własny Wykonawcy [Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia załączony do pisma z 2 czerwca 2023 r.].

Reasumując, łącznie z dokumentów złożonych Zamawiającemu przez AMB Budownictwo wynika, że o ile Zar-Bud jako podmiot trzeci ma wymaganą dla Zadania B zdolność zawodową *iprima facie* zobowiązał się udostępnić jako podwykonawca wszystkich rodzajów robót objętych treścią warunku udziału, o tyle AMB Budownictwo zamierza w ramach umowy z Zar-Budem ograniczyć zakres tego podwykonawstwa wyłącznie do robót konstrukcyjno-budowlanych polegających na doprowadzeniu do (bliżej niesprecyzowanego) stanu surowego.

Umknęło przy tym uwadze Zamawiającego, że choć zgodnie z wynikającym z SWZ opisem sposobu złożenia przed podmiot trzeci oświadczenia woli co do tego, w jakim zakresie zrealizuje roboty, których udostępniane zdolności dotyczą, co miało polegać na określeniu szczegółowego ich zakresu w pełni odpowiadającego wymaganemu w ramach warunku udziału doświadczeniu – Zar-Bud zdawkowo oświadczył, że zrealizuje roboty budowlane objęte umową o podwykonawstwo. Nie sposób zatem odczytywać treści tak sformułowanego jednostronnego zobowiązania podmiotu trzeciego w oderwaniu od treści oświadczenia AMB-Budownictwa, który jednoznacznie wyraził wolę co do zakresu robót, które faktycznie będą objęte taką umową.

Co więcej, postępowanie odwoławcze ujawniło zasadniczą rozbieżność pomiędzy Zamawiającym a formalnie przystępującym po jego stronie AMB Budownictwem. O ile Zamawiający jednoznacznie w odpowiedzi na odwołanie wyraził wolę egzekwowania na etapie realizacji zamówienia wykonania przez Zar-Bud zakresu rzeczowego robót objętych warunkiem udziału w postępowaniu, o tyle Przystępujący jednoznacznie w treści pisma procesowego i na rozprawie podtrzymał wolę powierzenia Zar-Budowi podwykonawstwa w węższym zakresie.

W konsekwencji za udowodnione należało uznać, że Zamawiający błędnie ustalił, jakoby AMB Budownictwo wykazało, że Zar-Bud jako podmiot trzeci udostępniający zasoby w zakresie wiedzy wymaganej do wykonania zakresu robót objętego warunkiem udziału faktycznie będzie w takim zakresie podwykonawcą.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach zarzut odwołania potwierdził się.

Z art. 118 ust. 1-4 ustawy pzp wynika w szczególności, że:

- wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach zawodowych podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych (ust. 1);
- przy czym w odniesieniu do warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane (ust. 2);
- wykonawca, który polega na zdolnościach 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 (ust. 3);
- przy czym zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby w celu potwierdzenia, że stosunek łączący go z wykonawcą gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów ma określać 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 doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą.

Z kolei art. 119 ustawy pzp nakazuje zamawiającemu ocenić, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności zawodowe, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej.

Co do interpretacji art. 118 ust. 2 ustawy pzp, Izba w pełni podziela wywody prawne poczynione w odwołaniu z powołaniem się na wskazane tam wypowiedzi doktryny i orzecznictwa, które zostały już powyżej zacytowane, więc nie ma potrzeby ich powtarzania. Tym bardziej, że – jak wynika z odpowiedzi na odwołanie – również Zamawiający podziela takie stanowisko prawne.

Wobec tego odnośnie sprzecznego z Zamawiającym stanowiska prawnego Przystępującego wypada jedynie zauważyć, że nie znajduje ono wcale oparcia w orzecznictwie, na które się powołał w swoim piśmie procesowym. O ile jest to oczywiste na podstawie przytoczonych fragmentów uzasadnień wyroków Izby w sprawach KIO 2815/22 i KIO 697/23, które dotyczyły zupełnie innego zagadnienia (wykazywania spełnienia warunku w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), o tyle w przypadku sprawy KIO 1337/22 cytaty zostały dobrane tendencyjnie. Przystępujący skwapliwie pominął bowiem następujący fragment uzasadnienia tego wyroku: (...) *Izba uznała za istotną okoliczność, że Zamawiający nie wymagał doświadczenia w realizacji konkretnych robót budowlanych, poprzez wskazanie np. wartości lub zakresu tych robót, które stanowią istotny element procesu budowlanego, mający znaczenia dla trwałości i funkcjonalności wykonanego obiektu użyteczności publicznej. Tym samym, nie można było*

zidentyfikować konkretnego zakresu prac, które miałyby być powierzone do wykonania podwykonawcy (udostępniającemu swoje doświadczenie), jako konieczne do wykonania z uwagi na wymagane zdolności. Okoliczność ta miała w przedmiotowym stanie faktycznym istotne znaczenie dla oceny zobowiązania podmiotu trzeciego, oświadczenia Wykonawcy z formularza oferty i złożonych wyjaśnień treści oferty. Tym samym okoliczności tamtej sprawy były wręcz diametralnie odmienne niż w niniejszej sprawie, gdzie Zamawiający szczegółowo określił w ramach warunku udziału w postępowaniu branże lub wręcz rodzaje robót budowlanych składające się na wymaganą zdolność zawodową wykonawcy.

Stąd w ustalonych powyżej okolicznościach tej sprawy doszło do naruszenia art. 118 ust. 2 w zw. z art. 119 ustawy pzp, gdyż Zamawiający błędnie ocenił, że podmiot trzeci udostępniający swoje doświadczenie odpowiadające treści warunku udziału, rzeczywiście wykona ten zakres robót budowlanych jako podwykonawca.

W konsekwencji Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp, gdyż zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że ten ostatni nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

{rozpoznanie zarzutu nr 2}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Spór dotyczy zaniechania wyodrębnienia przez Przystępującego w kosztorysie ofertowym z poz. 92 poz. 92' – w ślad za wyjaśnieniami treści SWZ, o których mowa w odwołaniu – czyli *de facto* zaniechania takiego podziału zakresu rzeczowego opisanego od początku w dokumentacji projektowej jako obejmującego dwa świetliki dachowe (otwierane okna dachowe) wyposażone m.in. w rolety wewnętrzne sterowane elektrycznie, aby ten ostatni element znalazł się w tej dodanej pozycji.

Przy czym Zamawiający i Przystępujący dowiedli, że wartość pozycji 92 w kosztorysie ofertowym AMB Budownictwo jest na poziomie, który odpowiada zsumowanej wartości poz. 92 i 92' w kosztorysie ofertowym Częstobudu, a Przystępujący fakt uwzględnienia wspomnianych rolet uwiarygodnił dodatkowo oświadczeniem swojego dostawcy.

Przede wszystkim poza wszelkim sporem jest okoliczność, że wartość tych rolet jest znikoma w skali wyceny całego zakresu zamówienia.

Zarzut i skorelowane z nim żądanie zmierzają do definitywnego odrzucenia oferty AMB Budownictwa bez jakiegokolwiek odniesienia się do kwestii możliwości poprawienia zaistniałej rozbieżności w trybie art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach zarzut odwołania nie potwierdził się.

Odwołujący bezpodstawnie domaga się odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami tego zamówienia czy zawierającej błąd w obliczeniu ceny z powodu drobnej rozbieżności, która została wyjaśniona, a niezależnie od tego mogła być bez trudu poprawiona przez Zamawiającego w ramach przewidzianych prawem instytucji mających zapobiec odrzuceniu z błahych powodów ofert.

W pierwszej kolejności konieczne stało się jednak zaznaczenie, że niniejsza sprawa została rozpoznana w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu. Zgodnie z art. 555 ustawy pzp Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {dalej: „popzp”} zawierała taki sam przepis w art. 192 ust. 7, w pełni zachowuje aktualność dotychczasowy dorobek doktryny i orzecznictwa. Wynika z niego, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie. Przykładowo w uzasadnieniu wyroku z 1 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1633/09 Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 popzp) [aktualnie art. 513 pzp] oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu w wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Wpierw muszą zaistnieć bowiem w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd

odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, Przy czym nie może się to sprowadzać do samego zanegowania prawidłowości działania zamawiającego, a wymaga skonkretyzować okoliczności faktycznych, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

Z uwagi na powyższe wypowiedzi Odwołującego na rozprawie zostały wzięte pod uwagę wyłącznie w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych, które zostały uprzednio podniesione w odwołaniu wniesionym przed upływem zawitego terminu do jego wniesienia.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które – według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp – należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednocześnie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp obowiązuje zamawiającego do poprawiania w ofercie innych [niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp] polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp – zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp [przy czym ten ostatni przepis miał niemal identyczne brzmienie jak obecnie obowiązujący art. 223 ust. 1 pkt 3 pzp]. Różnice sprowadzają się do nieistotnych w okolicznościach tej sprawy zmian terminologii, wynikających z uczynienia obecnie punktem odniesienia dokumentów zamówienia zamiast, jak poprzednio, samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia {w skrócie: „SIWZ”}, która z kolei obecnie nazywana jest specyfikacją warunków zamówienia {w skrócie: „SWZ”}. Innymi słowy na potrzeby zrozumienia dalszego wyводу „SWZ” i „SIWZ” należy poczytać za synonimiczne określenia specyfikacji (istotnych) warunków zamówienia {inaczej w skrócie: „specyfikacji”} jako zasadniczego dokumentu zamówienia opracowywanego przez zamawiających na potrzeby prowadzonego postępowania.

Z art. 223 ust. 1 pzp [87 ust. 1 popzp] wynika, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 2 (oraz dialogu konkurencyjnego), dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zmiany te sprowadzają się właśnie do wspomianej instytucji poprawiania omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

W konsekwencji nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, z uwagi na konieczność uprzedniego zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp [art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp]. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż w pierw obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie tych rozbieżności, jeżeli nie mają istotnego charakteru.

Warto przypomnieć, że intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu art. 87 ust. 2 popzp [odpowiednika obowiązującego art. 223 ust. 2 pzp] było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy popzp, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to wprost z uzasadnienia do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw: *W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nierzadko kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*

przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.

W orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślono, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie) [vide uzasadnienie wyroku Izby z 23 marca 2011 r. sygn. akt KIO 522/11]. Jednocześnie czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, które nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba podziela również stanowisko – wyrażone już w uzasadnieniu wyroku Izby z 5 sierpnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 959/09 – że rozumienie „innej omyłki” z art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp [obecnie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp] nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażań lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Słownikowe rozumienie słowa „omyłka” oznacza spostrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, błąd w postępowaniu, rozumowaniu itp. [tak w *Słowniku języka polskiego* pod red. Witolda Doroszewskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN, dostępnym na stronie <http://sjpd.pwn.pl>]. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może zatem również wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca może więc sporządzić ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią specyfikacji. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich nieistotności, również podlegają poprawie. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, w tym przypadku zmiany przekonania wykonawcy co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanej poprawie omyłki i ewentualne jego zakwestionowanie przez wykonawcę [art. 226 ust. 1 pkt 11 pzp; poprzednio w art. 89 ust. 1 pkt 7 popzp mowa była o braku zgody na poprawienie], niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie.

Resumując, jeżeli jakieś konkretne okoliczności nie wskazują co innego – należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia i na warunkach określonych w specyfikacji. Natomiast jeżeli dojdzie do wystąpienia niezgodności treści oświadczenia woli wyrażonego w ofercie z treścią specyfikacji, choćby z powodu niedołożenia przez wykonawcę należytej staranności przy sporządzaniu oferty, wtedy wprawdzie zamawiający ma obowiązek rzetelnego rozważenia możliwości zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp.

Z przepisu tego wprost wynika, że granicą jego zastosowania jest istotna zmiana treści oferty, o czym każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej może zatem decydować skala zmiany wielkości ceny, skala zmiany zakresu przedmiotu świadczenia czy warunków jego realizacji. Dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian kluczowe znaczenie ma bowiem ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia.

Na powyższe uwarunkowania trafnie zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 102/09: *W ocenie Sądu Okręgowego nie ulega jednak kwestii, iż ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia. Nadto należy zaznaczyć, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy kwantyfikator „istotnych zmian” należy w ocenie sądu odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty.* Ponadto jak to słusznie wskazano w uzasadnieniu wyroku z 13 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2810/11: [w] *orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialia negotii (np. w celu uniknięcia tzw. „kazuś lamp na obwodnicy Wrocławia”, czyli odrzucania ofert z powodu drobnych błędów w ich treści).* Podobne stanowisko Izba zajęła w uzasadnieniach wyroków wydanych 24 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2490/10 i 28 września 2010 r. sygn. akt KIO 1978/10.

Co do możliwości samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłkowej niezgodności, bez udziału wykonawcy, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że jest to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca

do wytyczenia bezpiecznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp [aktualnie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp], gdyż przepis ten wprost takiej przesłanki nie formułuje. Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. W ocenie Izby nie oznacza to jednak braku możliwości uprzedniego zastosowania instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Wręcz przeciwnie, skorzystanie przez zamawiającego z wyjaśnień wykonawcy może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla ustalenia, w jaki sposób należałoby ją poprawić. Zdaniem Izby należy odróżnić skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem treści informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień.

Omówione powyżej instytucje poprawiania omyłek właściwe dla Prawa zamówień publicznych nie wyłączają konieczności dokonywania wykładni oświadczenia woli, jakim są zarówno specyfikacja, jak i oferta zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż przez odesłanie wynikające z art. 8 ust. 1 ustawy pzp znajduje tu zastosowanie art. 65 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z przepisem art. 65 § 1 kc oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast według przepisu art. 65 § 2 kc w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Innymi słowy wynikające z przepisów art. 65 kc dyrektywy interpretacyjne jednoznacznie potwierdzają konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odkodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli. Jak to trafnie uchwyciono w uzasadnieniu wyroku Izby z 10 maja 2011 r. sygn. akt KIO 883/11, art. 65 kc daje podstawy do przyjęcia tzw. kombinowanej metody wykładni oświadczeń woli, zmierzającej do uwzględnienia w odpowiednim zakresie zarówno rzeczywistej woli podmiotu składającego oświadczenie woli, jak i wzbudzonego przez to oświadczenie zaufania innych osób. Z jednej więc strony określone znaczenie przypisuje się woli podmiotu składającego oświadczenie, z drugiej zaś strony dąży się do ochrony interesów osoby, która działa w zaufaniu do ustalonego przez siebie sensu otrzymanego oświadczenia woli, jeżeli przy jego interpretacji dołożyła należytej staranności.

Reasumując, w okolicznościach rozstrzyganej sprawy nie miało znaczenia, że Zamawiający poprzestał na wyjaśnieniach treści oferty, a zaniechał jej poprawienia, gdyż rezultat tej drugiej czynności polegałby w tym przypadku na formalnym uzupełnieniu oferty o pominiętą pozycję z wyceną jej na 0 zł, co *de facto* niczego by nie zmieniło. Przy czym nie ma większego znaczenia, czy faktycznie koszt objętego nią zakresu rzeczowego został objęty dotychczasową pozycją, gdyż jest on znikomy w skali ceny całej oferty. Stąd też nie może być mowy o błędzie w obliczeniu ceny.

Niezależnie od powyższego Odwołujący przeszedł do porządku dziennego nad tym, że zgodnie z art. 16 pkt 3 ustawy pzp zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny. Tymczasem w ustalonych powyżej okolicznościach odrzucenie oferty za tak drobną rozbieżność, w istocie istniejącą wyłącznie w wymiarze formalnym, a nie materialnym, byłoby niezgodne z tą zasadą, przez którą pryzmat należy oceniać każdą czynność podejmowaną przez instytucję zamawiającą. Domaganie się bowiem przez Odwołującego odrzucenia oferty wyłącznie z powodu niewyodrębnienia dodatkowej pozycji, przy znikomym udziale jej wartości skali ceny oferty, stanowi przejaw skrajnego formalizmu, przed którym chroni właśnie zasada proporcjonalności, jako jedna z nadrzędnych w stosunku do dalszych szczegółowych uregulowań ustawy pzp (w tym art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp) zasada udzielania zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia. Stąd Izba – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji. Jednocześnie naruszenie przepisów objęte drugim zarzutem nie potwierdziło się, stąd Izba – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, orzeczono – jak w pkt 3. sentencji – stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 i 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 od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając nimi Odwołującego i Zamawiającego po połowie.