

Sygn. akt: KIO 3056/23

WYROK
z dnia 02 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2023 r. przez Odwołującego **CZĘSTOBUD sp. z o.o. (al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miejskie Inwestycje Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (ul. Legionów 122 D/114, 26-110 Skarżysko-Kamienna)**

przy udziale Wykonawcy **EBI INVESTMENT sp. z o.o. (ul. Rzemieśnicza 5/8, 26-110 Skarżysko-Kamienna)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy **EBI INVESTMENT sp. z o.o.** oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Miejskie Inwestycje Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (ul. Legionów 122 D/114, 26-110 Skarżysko-Kamienna)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **CZĘSTOBUD sp. z o.o. (al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa)** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego **Miejskie Inwestycje Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (ul. Legionów 122 D/114, 26-110 Skarżysko-Kamienna)** na rzecz Odwołującego **CZĘSTOBUD sp. z o.o. (al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa)** kwotę **23600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, tj. wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 3056/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: „Miejskie Inwestycje” sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Przebudowa i modernizacja pływalni miejskiej w Skarżysku-Kamiennej przy ul. Spółdzielczej 19.”

Odwołujący Częstobud sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wadliwym wyborze oferty Wykonawcy Ebi Investment sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Ebi Investment sp. z o.o., mimo że Wykonawca ten 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 wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i w ramach tej czynności nakazanie odrzucenia oferty Wykonawcy Ebi Investment sp. z o.o., zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Zamawiający w treści SWZ (część D, pkt. 2.4, str. 22) postawił następujący warunek udziału w postępowaniu: 2.4. zdolności technicznej lub zawodowej - zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie,

zrealizował i zakończył co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 7.000.000,00 zł (siedem milionów złotych) netto odrębnie dla każdej inwestycji.

W formularzu ofertowym Wykonawca Ebi Investment sp. z o.o. wskazał, że w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu zamierza polegać na zasobach podmiotu trzeciego. Z przedłożonego zobowiązania podmiotu trzeciego wynika, że podmiot trzeci udostępnia swoje zasoby i zamierza uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wyłącznie w zakresie robót żelbetowych oraz modernizacji instalacji wentylacyjnej.

Powyższe zostało potwierdzone przez Wykonawcę Ebi Investment sp. z o.o. w formularzu ofertowym, z którego wynikało, że zamierza zlecić część zamówienia podwykonawcy, którym będzie podmiot trzeci Zakład Robót Drogowych W.O. - w zakresie robót żelbetowych oraz modernizacji instalacji wentylacyjnej.

Z informacji podanych przez Wykonawcę oraz podmiot trzeci wynika, że podmiot ten wykona tylko część przedmiotowego zamówienia. Pozostałą część wykona zaś bezpośrednio Wykonawca Ebi Investment sp. z o.o., który nie wykazał się w niniejszym postępowaniu doświadczeniem w pracach wymaganych przez Zamawiającego w treści warunku, bowiem w całości doświadczenie takie posiada podmiot trzeci, który je udostępnił.

Zdaniem Odwołującego taki udział podmiotu trzeciego (jaki opisano w formularzu ofertowym oraz w zobowiązaniu) w realizacji zamówienia jest niezgodny z treścią art. 118 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, 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.

W ofercie Wykonawcy i w zobowiązaniu pojawiło się stwierdzenie, iż podmiot trzeci ma realizować przedmiot zamówienia wyłącznie w zakresie robót żelbetowych oraz modernizacji instalacji wentylacyjnej - co wskazuje na brak realności udzielonego zasobu, bowiem jest to niewielki zakres przedmiotowego zamówienia.

Z wycień Odwołującego wykonanych na podstawie kosztorysu przedłożonego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wynika, że roboty żelbetowe w ofercie Wykonawcy Ebi Investment to wartość 2 891 998,02 zł brutto, zaś instalacja wentylacji to wartość 1 068 328,80 zł brutto - łącznie 3 960 326,82 zł brutto. Stanowi to więc zaledwie kilkanaście (ok. 15) procent całej oferty Ebi Investment. Roboty żelbetowe i wentylacyjne nie są istotnym elementem ani w zakresie kwotowym, ani nie są najistotniejszym elementem zakresu wszystkich robót w przedmiotowym zamówieniu. Tylko roboty wykończeniowe Wykonawca oszacował na 4 917 748,61 zł brutto, instalacje sanitarne 2 941 528,20 zł brutto (nie licząc wentylacji), a roboty elektryczne to kolejne 3 605 489,65 zł brutto. Tym samym poza robotami żelbetowymi i instalacją wentylacji w niniejszym postępowaniu pozostaje do wykonania szereg robót jak np. wykonanie nowego pokrycia dachowego, dostawa i montaż stolarki i ślusarki okiennej i drzwiowej, wykonanie elewacji oraz szereg robót wykończeniowych jak np. okładzin ścian, posadzek, niecek basenowych, sufitów podwieszanych, wykonanie specjalistycznych izolacji przeciwwilgociowych i przeciwwodnych. W przypadku budowy obiektu jakim jest basen bardzo dużą rolę odgrywa również właściwe wykonanie instalacji sanitarnych - a w tym min. wykonanie technologii basenowej oraz dostawa i montaż wyposażenia basenowego. Odwołujący podkreślił, że dlatego właśnie powierzenie podmiotowi udostępniającemu zasoby wykonanie robót, których zakres to najwyżej kilkanaście procent zamówienia - przy całkowitym spełnieniu przez ten podmiot warunków udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - może świadczyć tylko o formalnym a nie faktycznym udostępnieniu zasobów.

Odwołujący podkreślił również, że zakres robót został wskazany wprost w treści oferty, która nie może ulec zmianie. Oświadczenie jest jednoznaczne i nie podlega żadnym wyjaśnieniom czy uzupełnieniom. Jakakolwiek procedura wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia nowego oświadczenia woli Wykonawcy (czy podmiotu trzeciego), które nie było wyrażone w treści oferty (bowiem należałoby to kwalifikować jako niedopuszczalną zmianę oferty).

Odwołujący wskazał także, że prawdopodobnie nawet pomimo wskazania w formularzu i zobowiązaniu, że podmiot trzeci Zakład Robót Drogowych W.O. będzie podwykonawcą w zakresie robót żelbetowych oraz modernizacji instalacji wentylacyjnej, to nawet ten zakres wykonywać będzie ktoś inny, a nie podmiot trzeci.

Wynika to z wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, które Wykonawca Ebi Investment sp. z o.o. złożył w dniu 20 września 2023 roku. Do wyjaśnień Wykonawca dołączył ofertę od firmy „Kompleksowe Usługi Remontowo-Budowlane D.D.” na wykonanie robót żelbetowo-murowych oraz remontowo-budowlanych. Oznacza to, że pomimo wskazania, że to podmiot trzeci wykonywać będzie roboty żelbetowe, to jednak faktycznie Wykonawca pozyskał ofertę cenową i zamierza realizować ten zakres prac za pomocą innego podmiotu. Ponadto Wykonawca przedstawił ofertę na beton z wytwórni, w której udział ma posiadać jeden ze współników Ebi Investment sp. z o.o., podczas gdy dostarczenie betonu - w ślad za złożonym zobowiązaniem - również powinno leżeć w zakresie podmiotu trzeciego, a nie Wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego świadczy to o zupełnie nierealności udostępnionych przez Zakład Robót Drogowych W.O. zasobów.

W konsekwencji zdaniem Odwołującego, oferta Wykonawcy powinna zostać odrzucona z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych, bez kierowania dalszych wezwań do Wykonawcy. Odwołujący przywołał wyrok KIO 458/22 – zgodnie z którym nietrafione byłoby powoływanie się na w tej sprawie na art. 122 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie ze wskazanym przepisem, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, Zamawiający żąda, aby Wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Przepis ten dotyczy sytuacji podmiotu trzeciego, która w rozpoznawanym przypadku nie jest kwestionowana. Kwestionowany jest natomiast udział tego podmiotu w realizacji zamówienia, co wyklucza zastosowanie wskazanego unormowania.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania. Wyjaśnił, że Odwołujący pominął fakt, że złożona przez niego oferta opiewa na kwotę 36.711.000,00 zł brutto. Natomiast zgodnie z informacją Zamawiającego udzieloną w dniu 17 sierpnia 2023 r. (ogłoszoną na podstawie art. 222 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych) Zamawiający w ramach niniejszego postępowania wskazał, iż na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć 28.674.566,85 zł brutto. W tym stanie rzeczy cena oferty Odwołującego przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zatem Odwołujący nie mógłby liczyć na uzyskanie zamówienia w niniejszym postępowaniu, wbrew przedstawionej argumentacji.

W zakresie argumentacji merytorycznej Zamawiający wskazał, że art. 118 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nakłada obowiązek wykonania przez podmioty udostępniające te zasoby robót budowlanych lub usług, do realizacji których są one wymagane. Wymóg wykonania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub przy udziale wykonawcy, np. poprzez oddelegowanie przez podmiot trzeci swoich pracowników wraz z niezbędnym know-how do bezpośredniej realizacji zamówienia.

Zamawiający podniósł, że Wykonawca Ebi Investment sp. z o.o. w ramach złożonych podmiotowych środków dowodowych złożył wykaz osób skierowanych przez tego Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia i wskazał w jego treści na osobę W.O. jako Kierownika Kontraktu. Ze złożonych przez Wykonawcę Ebi Investment sp. z o.o. referencji wynika, iż wskazana osoba prowadzi działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Drogowych W.O.. Zestawienie powyższych okoliczności wynikających z przedłożonej przez Wykonawcę dokumentacji zdaniem Zamawiającego wskazuje, iż podmiot udostępniający zasoby na rzecz Wykonawcy Ebi Investment sp. z o.o. w zakresie zdolności technicznej (wiedza i doświadczenie) - Zakład Robót Drogowych W.O. - będzie uczestniczył przy całej realizacji przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę jako osoba oddelegowana do bezpośredniej realizacji zamówienia przez podmiot trzeci wraz z niezbędnym know-how, gdyż będzie wykonywał czynności we wszystkich aspektach realizacji zamówienia jako Kierownik Kontraktu, a jednocześnie jako osoba posiadająca wiedzę i doświadczenie niezbędne dla realizacji zamówienia.

W ocenie Zamawiającego okoliczności niniejszej sprawy wskazują, że podmiot udostępniający zasoby będzie wykonywał czynności związane z realizacją zamówienia w zakresie szerszym, aniżeli wynikający ze złożonego oświadczenia, gdyż jako kierownik kontraktu będzie realizował i koordynował całość przedmiotu zamówienia. W ocenie Zamawiającego wykonywanie przez podmiot udostępniający zasoby funkcji Kierownika Kontraktu co do całości zamówienia świadczy niewątpliwie o rzeczywistym i realnym przekazaniu zasobów na rzecz Wykonawcy w tym zakresie, a więc również co do całości zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego nie są uzasadnione przypuszczenia Odwołującego, że prawdopodobnie pomimo wskazania w formularzu i zobowiązaniu, że podmiot trzeci Zakład Robót Drogowych W.O. będzie podwykonawcą w zakresie robót żelbetowych oraz modernizacji instalacji wentylacyjnej, to nawet ten zakres wykonywać będzie ktoś inny, a nie podmiot trzeci. W ocenie Zamawiającego bez znaczenia są także argumenty Odwołującego dotyczące przedstawienia przez Wykonawcę Ebi Investment sp. z o.o. oferty na beton z wytwórni, w której udziały ma posiadać jeden ze jej wspólników. Z SWZ jasno wynika, iż wymóg wiedzy i doświadczenia dotyczy wyłącznie robót budowlanych, nie zaś dostaw materiałów, czy wyposażania.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący odniósł swoje wyliczenia do całości zamówienia, a nie wyłącznie do robót budowlanych, w sytuacji gdy zamówienie ma być wykonywane w formule „zaprojektuj i wybuduj” i obejmuje swym zakresem także prace projektowe, dostawy materiałów i urządzeń, czy też zagospodarowanie terenu.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy,

uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, że cena oferty Odwołującego przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zatem Odwołujący nie mógłby liczyć na uzyskanie zamówienia w niniejszym postępowaniu pozostaje bez znaczenia dla kwestii interesu wykonawcy we wniesieniu odwołania. Jak wskazano powyżej, przesłanką materialnoprawną korzystania ze środków ochrony prawnej jest posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Każda z tych przesłanek została spełniona przez Odwołującego. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, a zatem posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Ewentualne nieprawidłowe czynności Zamawiającego, naruszenie przepisów ustawy, będą prowadziły do sytuacji, w której wykonawca poniesie szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Okoliczność, że kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jest niższa niż zaoferowana przez wykonawcę, nie stanowi przesłanki materialnoprawnej korzystania ze środków ochrony prawnej; z pewnością nie została wymieniona w powyżej zacytowanym artykule. Ponadto Zamawiający każdorazowo ma możliwość podjęcia decyzji o zwiększeniu kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do kwoty oferty najkorzystniejszej (przewyższającej kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia). Zatem na chwilę wniesienia odwołania, argumentacja Zamawiającego odnosząca się do niewystarczającej kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, nie tylko nie została przewidziana jako przesłanka materialnoprawna korzystania ze środków ochrony prawnej, ale także dotyczy sytuacji przyszłej niepewnej i jako taka pozostaje zupełnie bez znaczenia w niniejszej sprawie. Z tego względu argumentacja Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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.

Zamawiający w celu potwierdzenia przez wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu oczekiwał, że wykonawcy wykażą, iż zrealizowali zamówienie polegające na wykonaniu robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 7.000.000,00 zł (siedem milionów złotych) netto. Wykonawca Ebi Investment sp. z o.o. powołał się na zasoby podmiotu trzeciego Zakład Robót Drogowych W.O..

Z treści zobowiązania podmiotu trzeciego wynika jednoznacznie, że podmiot ten zamierza udostępnić Wykonawcy Ebi Investment sp. z o.o. zasoby i zamierza uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wyłącznie w zakresie robót żelbetowych oraz modernizacji instalacji wentylacyjnej. Powyższe zostało potwierdzone przez Wykonawcę Ebi Investment sp. z o.o. w formularzu ofertowym, z którego wynikało, że zamierza zlecić część zamówienia podwykonawcy, którym będzie podmiot trzeci Zakład Robót Drogowych W.O.. Zlecenie robót podwykonawcy dotyczyć ma zakresu, obejmującego roboty żelbetowe oraz modernizację instalacji wentylacyjnej.

Z powyżej zacytowanego przepisu wynika jednoznacznie, że podmiot udostępniający zasoby jest zobowiązany wykonać roboty budowlane lub usługi, które zostały wykazane jako potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Skoro treść warunku odnosiła się do robót budowlanych i Wykonawca Ebi Investment sp. z o.o. powołał się na spełnienie przez podmiot trzeci tego warunku, to zdolności w tym zakresie (tj. robót budowlanych) powinny zostać udostępnione. Treść warunku opisanego przez Zamawiającego w SWZ nie odnosiła się wyłącznie do wykonania robót żelbetowych i prac z zakresu wentylacji. Poza robotami żelbetowymi i instalacją wentylacji, w niniejszym postępowaniu pozostaje do wykonania szereg robót, jak np. wykonanie nowego pokrycia dachowego, dostawa i montaż stolarki i ślusarki okiennej i drzwiowej, wykonanie elewacji oraz szereg robót wykończeniowych, takich jak np. okładzin ścian, posadzek, niecek basenowych, sufitów podwieszanych, wykonanie specjalistycznych izolacji przeciwwilgociowych i przeciwwodnych. Jak wskazał Odwołujący, roboty żelbetowe i wentylacyjne nie są istotnym elementem ani w zakresie kwotowym, ani nie są najistotniejszym elementem zakresu wszystkich robót w przedmiotowym zamówieniu. Roboty wykończeniowe Wykonawca oszacował na 4 917 748,61 zł brutto, instalacje sanitarne na kwotę 2 941 528,20 zł brutto (nie licząc wentylacji), a roboty elektryczne na kwotę 3 605 489,65 zł brutto.

Skoro zatem Wykonawca powołał się na spełnienie przez podmiot trzeci warunku dotyczącego doświadczenia w realizacji robót budowlanych, to stosownie do powyżej zacytowanego przepisu, podmiot trzeci powinien realizować roboty budowlane w ramach realizacji niniejszego zamówienia. Zamówienie nie może być realizowane przez podmiot, który nie posiada doświadczenia. Skoro Zamawiający oczekiwał w treści warunku doświadczenia przy realizacji robót budowlanych, to Wykonawca powinien wykazać, że takie doświadczenie posiada i w takim właśnie zakresie (robót budowlanych) powinien brać udział w realizacji zamówienia. Zamawiający stawiając warunek oczekiwał, że zamówienie

będzie realizowane przez podmiot, który posiada doświadczenie.

Tymczasem podmiot trzeci oświadczył, że będzie realizował zamówienie jedynie w zakresie robót żelbetowych oraz wentylacyjnych. Jak wskazano powyżej, jest to jedynie ułamek robót budowlanych, jakie stanowią przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu. Nie można zatem uznać, że udostępnienie zasobów ma charakter realny i gwarantuje wykonawcy rzeczywisty dostęp do udostępnionych zasobów.

Bezzasadna jest argumentacja Zamawiającego, że Wykonawca Ebi Investment sp. z o.o. zaproponował w treści swojej oferty osobę Pana W.O. do sprawowania funkcji kierownika kontraktu. Kierownik kontraktu nie jest podmiotem wykonującym roboty budowlane, wykonuje zupełnie inne zadania, a to w tym zakresie (robót budowlanych) wymagane jest doświadczenie wykonawcy. Co więcej, treść zobowiązania podmiotu trzeciego jednoznacznie określała zakres zobowiązania.

W przedmiotowym postępowaniu roboty budowlane nie wypełniają całego zamówienia. Poza robotami budowlanymi, w zakres prac przedmiotowego zamówienia wchodzi także inne prace, takie jak prace projektowe, dostawy, prace z zakresu zagospodarowania terenu. Powyższe oznacza, że nie będzie miała miejsce sytuacja ewentualnego naruszenia art. 462 ustawy Prawo zamówień publicznych, na jaką powoływał się Przystępujący w piśmie procesowym, tj. że wykonawca powierzyłby całość zamówienia do realizacji podwykonawcom.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że podmiot Zakład Robót Drogowych W.O. spełnia warunek udziału w postępowaniu. Należało jednak uznać, że Wykonawca Ebi Investment sp. z o.o. nie wykazał prawidłowego udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego. W konsekwencji, za nieprawidłową została uznana czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty Wykonawcy Ebi Investment sp. z o.o., co oznacza, że zarzut postawiony przez Odwołującego jest zasadny.

W związku z powyższym w sentencji wyroku Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy Ebi Investment sp. z o.o. oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Zamawiający jest zobowiązany do dokonania ponownego badania i oceny ofert uwzględniającego powyższe, mając na uwadze treść oferty Wykonawcy Ebi Investment sp. z o.o., a także uwzględniając przepisy ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2b), § 7 ust. 1 pkt 2), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania, koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....