

## WYROK

Warszawa, dnia 18 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński .....

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2025 r. przez Odwołującego wykonawcę Handel i Usługi Budowlane „ER-BRUK” K.A.

w postępowaniu, w którym Zamawiającym jest Szpital Lipno spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lipnie przy udziale uczestnika wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe TYMBUD W. Szgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

### orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i w jego toku odrzucenie oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe TYMBUD W.S..

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w wysokości 18 600 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą równowartość kwoty wpisu od odwołania oraz kosztów poniesioną przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt:KIO 2003/25

## Uzasadnienie

Szpital Lipno spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lipnie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), (zwanej dalej: „Pzp” lub „ustawa Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Przebudowa pomieszczeń Pracowni Diagnostycznych w budynku B Szpital Lipno Sp. z o.o. w Lipnie*. Numer postępowania: ZP.372.6.2025 (dalej „postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 26 lutego 2025 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00122366.

W dniu 20 maja 2025 r. wykonawca Handel i Usługi Budowlane „ER-BRUK” K.A. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na wadliwym wyborze oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe TYMBUD W.S..

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców w związku z naruszeniem:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe TYMBUD W.S. (ul. Dębowa 37, 09-400 Maszewo Duże) mimo że Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w dziale B rozdział II pkt 2 ppkt 4 lit. a SWZ, bowiem w zakresie warunku dotyczącego doświadczenia powołał się w całości na zasoby podmiotu trzeciego, jednak z oferty Wykonawcy oraz zobowiązania podmiotu trzeciego wynika, że podmiot ten nie wykona 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.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert - i w ramach tej czynności nakazanie odrzucenia oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe TYMBUD W.S. (ul. Dębowa 37, 09-400 Maszewo Duże) (dalej „Wykonawca TYMBUD” z postępowania.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów przez Zamawiającego, z uwagi na to, że oferta Odwołującego uzyskała drugą pod względem kolejności liczbę punktów, a co za tym idzie w przypadku wyeliminowania oferty poprzedzającej Odwołujący może spodziewać się uzyskania dla siebie zamówienia. Tym samym Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym udzieleniem zamówienia i może utracić korzyści związane z realizacją przedmiotowego zamówienia. Wskazać należy bowiem, że interes we wniesieniu odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty posiada każdy Wykonawca, który został sklasyfikowany w rankingu ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający postawił w dziale B rozdział II pkt 2 ppkt 4 lit. a SWZ warunek dot. doświadczenia wykonawcy, który brzmi:

*Odnośnie podmiotowego warunku Zamawiający wymaga, by Wykonawca wykazał, iż: wykonał w sposób należyty oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali w sposób należyty oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończyli co najmniej 2 roboty polegające na budowie, przebudowie, rozbudowie w budynku służby zdrowia o kubaturze co najmniej 1000 m<sup>3</sup> oraz wartości min. 2.000.000,00 zł brutto każda, wraz z podaniem wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących wykonanych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty.*

W celu potwierdzenia spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu Wykonawca TYMBUD zadeklarował w ofercie, że spełnia ten warunek za pomocą wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, załączając do oferty zobowiązanie od firmy S.P. (ul. Targowa, nr 37, 09-200 Sierpc, NIP 7761235157). W treści tego zobowiązania znajdują się informacje, że podmiot trzeci udostępni Wykonawcy TYMBUD zasoby w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - doświadczenie, zaś jego udział w realizacji zamówienia ma polegać na doradztwie i konsultacjach świadczonych na rzecz Wykonawcy TYMBUD. W części obejmującej oświadczenie w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą, podmiot trzeci oświadczył

*Zasoby niezbędne do realizacji zamówienia, w szczególności w postaci:*

*Pozytywnej opinii/referencji innych Zamawiających, dla których firma S.P. wykonał roboty budowlane obejmujące budowę lub rozbudowę lub przebudowę lub roboty remontowe – budowlane w zakresie obiektów/placówek szpitalnych, na cały okres wykonywania umowy zawartej przez Wykonawcę z Zamawiającym.*

*Dla potwierdzenia w/w opinii firma S.P. przedstawi referencje wykonanych robót.*

*Zobowiązanie ma charakter realny, a stosunek łączący Wykonawcę z podmiotem udostępniającym powyższe zasoby gwarantuje rzeczywisty do nich dostęp, firma S.P. zobowiązuje się do delegowania powyższych zasobów przez cały okres realizacji zamówienia.*

W ocenie Odwołującego z treści tego zobowiązania nie wynika realny udział podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotu zamówienia, bowiem doradztwo i konsultacje nie mogą zostać uznane za realny udział w realizacji robót budowlanych, o których stanowi warunek udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 22 kwietnia 2025 roku Zamawiający wezwał Wykonawcę TYMBUD na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do przedstawienia dokumentu potwierdzającego udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał, że podmiot trzeci przedłożył zobowiązanie udostępniające zasoby w zakresie doradztwa i konsultacji jako swoje zaangażowanie w realizację zamówienia, zaś przykładowym dokumentem potwierdzającym taki udział może być np. umowa między Wykonawcą TYMBUD a podmiotem udostępniającym zasoby na doradztwo i konsultacje.

Pismem z dnia 25 kwietnia 2025 roku Wykonawca TYMBUD wskazał, że dokumentem potwierdzającym udział podmiotu trzeciego S.P. jest złożone wraz z ofertą zobowiązanie oraz że nie była podpisywana dodatkowa umowa o

doradztwo i konsultacje pomiędzy Wykonawcą a podmiotem udostępniającym zasoby.

Pismem z dnia 6 maja 2025 roku Zamawiający skierował do Wykonawcy wezwanie, w którym wskazał, że w dniu 5 maja 2025 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo podmiotu trzeciego S.P., w którym podmiot ten wycofał udostępnienie zasobów w niniejszym postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 122 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę TYMBUD do zastąpienia tego podmiotu innym lub wykazania, że samodzielnie spełnia wymagane warunki.

W odpowiedzi na to wezwanie, Wykonawca TYMBUD przedstawił nowe zobowiązanie podmiotu trzeciego – firmy EURODOM Sp. z o.o. (ul. Witolda Zglenickiego 18, 09-400 Płock, KRS: 0000874473) W treści tego zobowiązania znajdują się informacje, że podmiot trzeci udostępni Wykonawcy TYMBUD zasoby w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - doświadczenie, zaś jego udział w realizacji zamówienia ma polegać na doradztwie technicznym i konsultacjach świadczonych na rzecz Wykonawcy TYMBUD. W części obejmującej oświadczenie w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą, podmiot trzeci oświadczył

*Zasoby niezbędne do realizacji zamówienia, w szczególności w postaci:*

*Pozytywnej opinii/referencji innych Zamawiających, dla których firma EURODOM sp. z o. o. wykonał roboty budowlane obejmujące budowę lub rozbudowę lub przebudowę lub roboty remontowe – budowlane w zakresie obiektów/placówek szpitalnych, na cały okres wykonywania umowy zawartej przez Wykonawcę z Zamawiającym.*

*Dla potwierdzenia w/w opinii firma EURODOM sp. z o. o. przedstawi referencje wykonanych robót.*

*Zobowiązanie ma charakter realny, a stosunek łączący Wykonawcę z podmiotem udostępniającym powyższe zasoby gwarantuje rzeczywisty do nich dostęp, firma EURODOM sp. z o. o. zobowiązuje się do delegowania powyższych zasobów przez cały okres realizacji zamówienia.*

Dodatkowo Wykonawca TYMBUD dołączył również umowę współpracy na doradztwo i konsultacje nr 1/2025, z której wynika zakres powierzonych podmiotowi trzeciemu czynności o charakterze doradztwa i konsultacji, które miały obejmować:

*W ramach współpracy Podmiot udostępniający zasoby zobowiązuje się do świadczenia usług doradztwa i konsultacji polegających w szczególności na:*

- 2.1. Przeszkoleniu kadry zarządzającej i pracowników ze specyfiką prac w obiektach służby zdrowia,*
- 2.2. Udostępnienie schematów organizacyjnych koniecznych do wdrożenia podczas prowadzenia prac oraz przekazywanie niezbędnej wiedzy technicznej,*
- 2.3. Stałym udzielaniu konsultacji i doradztwa w trakcie już prowadzonego procesu budowlanego.*
- 2.4. Doradztwo w wyborze dostawców materiałów budowlanych spełniających wymagania do zastosowania w obiektach służby zdrowia,*
- 2.5. Udzielanie konsultacji dotyczących przygotowywanych do akceptacji wniosków materiałowych, 2.6. Doradztwo w przygotowaniu wykonanego zadania do procedury odbioru końcowego,*
- 2.7. Konsultacje w przygotowaniu i opracowaniu dokumentacji powykonawczej zadania.*

*Wartość wynagrodzenia za przedmiotowe usługi została określona na 30 000 zł netto.*

Jednocześnie Wykonawca TYMBUD złożył wykaz robót budowlanych oraz referencje, z których wynika, że to podmiot trzeci w całości spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia (warunek wskazany w dziale B rozdział II pkt 2 ppkt 4 lit. a SWZ). Warunek udziału w postępowaniu odnosi się do wykonania robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie, rozbudowie w budynku służby zdrowia o kubaturze co najmniej 1000 m<sup>3</sup> oraz wartości min. 2 000 000,00 zł brutto. Z treści zobowiązania oraz umowy o współpracy zaś wynika, że podmiot trzeci nie będzie realizował żadnego zakresu zamówienia, żadnych robót budowlanych zgodnych z treścią warunku, a wyłącznie będzie świadczył usługi doradztwa i konsultacji o wartości 30 tys. zł (podczas gdy wartość oferty Wykonawcy to 2 863 440,00 zł).

W konsekwencji zdaniem Odwołującego stwierdzić należy, że całość robót budowlanych, czyli całość przedmiotu zamówienia wykona inny podmiot aniżeli ten, który legitymuje się posiadaniem doświadczenia. Odwołujący wskazał, że udzielenie zasobów w postaci doświadczenia jest w tym postępowaniu pozorne i ma służyć jedynie potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie faktycznej realizacji zamówienia przed podmiotem doświadczonej.

W przypadku powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego wykonawca musi wykazać, że podmiot ten rzeczywiście będzie brał udział w realizacji robót budowlanych, a stopień i zakres zaangażowania będą adekwatne do postawionego żądania wykazania się określonymi zdolnościami (art. 118 ust. 2 ustawy Pzp). Jeżeli zatem wykonawca w celu spełnienia całości warunku w zakresie doświadczenia powołał się na zdolności innego podmiotu, to zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, podmiot ten powinien bezpośrednio uczestniczyć w realizacji zamówienia zgodnie z deklaracją, czyli w stosunku do istotnych elementów związanych z wykonaniem robót budowlanych, o których stanowi ten warunek. Doradztwo i konsultacje to nie wykonanie robót budowlanych.

Z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp bezspornie 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 udostępnił swoje zasoby, ale w rzeczywistości nie wykonywał tych robót, do których wykonania jego zasoby (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 (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).

To podmiot trzeci powinien zatem co do zasady realizować przedmiotowe zamówienie, jeśli nie w całości, to w znacznej części. Nie można zaś uznać, że powierzenie podmiotowi trzeciemu usług doradztwa i konsultacji jest wystarczające dla wykazania realności korzystania z zasobów podmiotu trzeciego. Jeśli Wykonawca chce samodzielnie wykonywać zamówienie to winien samodzielnie wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, czego jednakże nie uczynił.

Odwołujący przywołał na poparcie swojego stanowiska rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej m. in. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO/KD 29/20, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 922/23 czy też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3056/23

W tym stanie rzeczy, zdaniem Odwołującego nie mamy do czynienia z realnym udostępnieniem zasobów podmiotu trzeciego, a co za tym idzie Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji powyższego, oferta Wykonawcy powinna zostać odrzucona z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp – i to bez kierowania dalszych wezwań do Wykonawcy, bowiem Wykonawca przedstawił dwa zobowiązania podmiotu trzeciego (oba wyłącznie na doradztwo i konsultacje), a zatem był już wzywany przez Zamawiającego na podstawie art. 128 ust. 1 oraz art. 122 ustawy Pzp. Tym samym, nie ma już możliwości wezwania Wykonawcy do jakiegokolwiek zmiany lub uzupełnienia złożonych dokumentów i oświadczeń, bowiem procedura została wyczerpana.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe TYMBUD W.S. W dniu 16 czerwca 2025 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości i przedstawił argumentację na poparcie takiego wniosku.

W dniu 13 czerwca 2025 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

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

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe TYMBUD W.S. (zwanego dalej jako: „Przystępujący”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 118 ust. 2 ustawy Pzp – *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.*
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.*

Izba biorąc pod uwagę zgromadzone w sprawie materiały dowodowe oraz stanowiska stron i uczestników

postępowania odwoławczego uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo ocenił zobowiązanie podmiotu trzeciego złożone w postępowaniu przez Przystępującego uznając realność udostępnienia zasobów, co skutkowało wyborem oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący podnosił, że z zobowiązania podmiotu trzeciego wynika, że podmiot ten nie wykona 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.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia treści oświadczenia podmiotu trzeciego wskazuje, że udostępnienie zasobów ma charakter realny o czym świadczy treść oświadczenia woli podmiotu trzeciego.

Jak wynika z treści art. 118 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. W celu wykazania, że rzeczywiście dysponuje odpowiednimi zasobami wykonawca przedstawia zamawiającemu odpowiednie podmiotowe środki dowodowe, w szczególności zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;

2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;

3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Izby, zobowiązanie podmiotu trzeciego musi być konkretne, precyzyjnie wskazywać wszystkie elementy wymagane w art. 118 ust. 3 ustawy Pzp,

a jego zakres nie może ulegać rozszerzeniu w toku postępowania. Izba stoi na stanowisku, że również sposób udostępnienia zasobów powinien być możliwy do ustalenia na podstawie dokumentów złożonych przez wykonawcę i nie może być nazbyt ogólny. Z drugiej jednak strony ustawa nie określa jednego właściwego sposobu udostępniania zasobów, zatem sposób ten i forma udziału lub współudziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia podlega ocenie ad casum.

Z treści zobowiązania podmiotu trzeciego złożonego w przedmiotowym postępowaniu wynika jednoznacznie, że podmiot ten zamierza udostępnić Przystępującemu zasoby i zamierza uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wyłącznie w zakresie doradztwa technicznego i konsultacji. Powyższe zostało potwierdzone przez w treści dołączonej przez Przystępującego do zobowiązania umowy współpracy, która dookreślała zakres obowiązków podmiotu trzeciego w ramach udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia.

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 Przystępujący powołał się na spełnienie przez podmiot trzeci tego warunku, to zdolności w tym zakresie (tj. robót budowlanych) powinny zostać udostępnione, zaś 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 doradztwa technicznego i konsultacji. Przedmiotowe usługi w jakimkolwiek stopniu nie sposób uznać za realizację 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.

Co więcej nawet w zakresie tego zakresu, do którego realizacji zobowiązał się podmiot trzeci, wskazał, iż udostępni zasoby w postaci *Pozytywnej opinii/referencji innych Zamawiających, dla których firma EURODOM sp. z o. o. wykonał roboty budowlane obejmujące budowę lub rozbudowę lub przebudowę lub roboty remontowe – budowane w zakresie obiektów/placówek szpitalnych, na cały okres wykonywania umowy*

*zawartej przez Wykonawcę z Zamawiającym.*

Tym samym z przedmiotowego zobowiązania nie wynika jakiegokolwiek realne udostępnienie zasobów poza udostępnieniem opinii czy też referencji. Złożone przez Przystępującego zobowiązanie nie może zatem stanowić podstawy do uznania należytego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Mając na uwadze treść tego dokumentu oraz argumentację Zamawiającego i Przystępującego Izba uznała, że jest to przykład pozornego udostępnienia i przykład posłużenia się "zasobem" podmiotu trzeciego, jedynie w celu formalnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W konsekwencji, za nieprawidłową została uznana czynność Zamawiającego polegająca na zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego, co oznacza, że zarzut postawiony przez Odwołującego jest zasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący :.....