

Sygn. akt: KIO 1041/23

WYROK
z dnia 27 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę Inare spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie przy ul. Łabędziej 9 (30-651 Kraków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Zakopane z siedzibą w Zakopanem przy ul. Kościuszki 13 (34-500 Zakopane)

przy udziale wykonawcy M. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą M. K. Malkow z siedzibą w Zakopanem przy ul. Droga na Antałówkę 14 (34-500 Zakopane), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Inare spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 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.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Miasto Zakopane, zwana dalej: „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie podstawowym z możliwością negocjacji treści ofert pn.: *Budowa i modernizacja stadionu sportowego przy ul. Orkana w Zakopanem* (nr referencyjny: BZP.271.10.2023), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 lutego 2023 r. pod numerem: 2023/BZP 00080505.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 12 kwietnia 2023 r. wykonawca Inare Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy M. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą M. K. Malkow z siedzibą w Zakopanem (zwanego dalej jako: „Malkow”), w sposób sprzeczny z Pzp.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 57 pkt 2 w zw. z art. 128 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 266 Pzp przez niezastosowanie tych przepisów i uznanie, że wykonawca Malkow spełnia warunki udziału w postępowaniu mimo, iż ze złożonych przez nią podmiotowych środków dowodowych w postaci referencji oraz złożonych wyjaśnień i uzupełnień nie wynikało, że spełniała ona stawiany przez zamawiającego wymóg w zakresie zdolności technicznej i zawodowej tj. posiadała doświadczenie w wykonaniu co najmniej 2 robót budowlanych w zakresie budowy lub przebudowy obiektów użyteczności publicznej o wartości co najmniej 7 000 000,00 zł brutto każda, określony w rozdziale XI pkt 3.1 specyfikacji warunków zamówienia (zwanej dalej jako: „SWZ”), co skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do treści złożonych podmiotowych środków dowodowych i wezwania wystosowanego przez zamawiającego na podstawie art. 128 ust. 1 i ust. 4 Pzp, czego konsekwencją było naruszenie art.17 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 57 pkt 2 w zw. z art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 Pzp przez dokonanie błędnej oceny, iż wykonawca Malkow uzupełnił podmiotowe środki

dowodowe i złożył wyjaśnienia pozwalające na uznanie, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu, określone w rozdziale XI pkt 3.1 SWZ, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 17 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości;

3) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 118 ust. 1 w zw. z art. 266 Pzp przez niezastosowanie tych przepisów w skutek zaniechania przez zamawiającego dokonania oceny zgodności oferty z warunkami zamówienia określonymi w rozdziale XII pkt 2 i 4 SWZ w sytuacji gdy z treści oferty wykonawcy Malkow wynikało, że podmiot trzeci, na którego zasoby wykonawca się powołał – firma „STRONG-BUD” Z. S., ma wykonywać jedynie roboty jedynie w zakresie „wykonywanie fundamentów w budynku A”, zaś sam wykonawca nie spełnia warunków w zakresie doświadczenia zawodowego, określonych w rozdziale XI pkt 3.1 SWZ, a zatem nie jest w stanie samodzielnie wykonać przedmiotu zamówienia w pozostałym zakresie.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o: unieważnienie dokonanej przez zamawiającego czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Malkow, nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny złożonych ofert w postępowaniu i odrzucenie oferty wykonawcy Malkow jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu, niezgodnej z warunkami zamówienia z przyczyn wskazanych w odwołaniu oraz zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz poniesionych kosztów, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania albowiem wadliwe, niezgodne z Pzp dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Malkow doprowadziło bezpośrednio do narażenia go na brak możliwości wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej, pozyskaniu zamówienia i w konsekwencji szkodę w postaci utraty zysku, który mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty. Tym samym odwołujący stwierdził, że wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający słusznie w piśmie z dnia 30 marca 2023 r. powziął wątpliwość, czy referencje wystawione przez Chochołowskie Termy Sp. z o.o. dla firmy „STRONG-BUD” Z. S. z dnia 17 lutego 2023 r., z których wynikało wykonanie robót budowlanych w ramach inwestycji w określonych zakresach: w pierwszym przypadku – „roboty konstrukcyjne, żelbetowe, murarskie” a w drugim przypadku – „roboty konstrukcyjne, żelbetowe, murarskie, żelbetowe basenów” odpowiadają wymogom postawionym przez zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego. W ocenie odwołującego z lektury obu dokumentów (referencji z

dnia 17 lutego 2023 r.) wynika wyraźnie, iż podmiot trzeci na zasoby którego powołuje się wykonawca zrealizował tylko pewien zakres prac dotyczących inwestycji w Chochołowie. Jednakże treść złożonych referencji, a także ich uzupełnienie (złożone przy piśmie wykonawcy z dnia 4 kwietnia 2023 r.) nie potwierdza, że „STRONGBUD” Z. S., na zasoby którego powołuje się wykonawca, wykonał rozbudowę budynku rekreacyjno-wypoczynkowego „Chochołowskie termy” czy zrealizował budowę miasteczka wodnego kompleks basenowy „Chochołowskie termy”. Podmiot trzeci, na którego zasoby powołuje się wykonawca nie wykonał bowiem wszystkich prac składających się na budowę rozumianą jako wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu (tak art. 3 pkt 6 Pr. bud.). Zamawiający zaś wymagał wykonania co najmniej dwóch robót budowlanych w zakresie przebudowy lub budowy obiektów użyteczności publicznej. Podkreślić przy tym należy, iż użyte przez zamawiającego w SWZ pojęcia „roboty budowlane”, „przebudowa” „budowa” zdefiniowane kolejno w art. 3 pkt 7, 7a i 6 ustawy Pr. budowlane, odwołują się do pojęcia „obektu budowlanego”, którego definicję znajdziemy w prawie budowlanym, jak i w Pzp. Zgodnie z art. 3 pkt 1 ustawy Pr. budowlane, przez obiekt budowlany należy rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych. Natomiast stosownie do art. 7 pkt 14 Pzp, przez obiekt budowlany należy rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Nie sposób zatem uznać, aby wykonanie robót konstrukcyjnych, żelbetowych czy murarskich stanowiło wykonanie obiektu budowlanego lub jego przebudowę. Wykonawca Malkow nie wykazał zatem, iż spełnił warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 3.1 Specyfikacji Warunków Zamówienia, tj. że nabył doświadczenie w wykonaniu co najmniej 2 (dwóch) obiektów budowlanych wymaganych przez zamawiającego lub ich przebudowie. Tym samym zamawiający winien był ustalić, iż wykonawca nie legitymuje się stosownym doświadczeniem w ramach warunku zdolności technicznej lub zawodowej i — w związku z wyczerpaniem procedury z art. 128 ust. 1 Pzp odrzucić ofertę wykonawcy Malkow. Odwołujący stwierdził, że działania zamawiającego polegające na ocenie złożonych podmiotowych środków dowodowych w postaci referencji wystawionych przez Chochołowskie Termy Sp. z o.o. dla firmy „STRONG-BUD” Z. S. z dnia 17 lutego 2023 r., ich uzupełnień i wyjaśnień oraz nieodrzućenie oferty Wykonawcy Malkow są błędne, i stanowią naruszenie przepisów Pzp, a w szczególności art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) w zw. z art. 57 pkt 2), w zw. z art. 128 ust. 1 i ust. 4 Pzp, w zw. z art. 266 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) w zw. z art. 57 pkt 2), w zw. z art. 128 ust. 1, w zw. z art. 266 Pzp. W ocenie odwołującego czynności te naruszały także jego interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż zamawiający

dokonał wyboru oferty wykonawcy nieposiadającego wiedzy i doświadczenia wymaganych przez zamawiającego, i istnieje możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów Pzp, prowadzącym do tego, że odwołujący się zamówienia może nie uzyskać. Niespełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie zmieniają także złożone po raz pierwszy przy piśmie z dnia z dnia 4 kwietnia 2023 r. referencje z dnia 23 grudnia 2021 r. dotyczące przebudowy skoczni K-85, K-65, K-35, K15, budowy skoczni K-23 wraz z infrastrukturą towarzyszącą w COS-OPO w Zakopanem, na której to inwestycji wykonawca Malkow miał być podwykonawcą Przedsiębiorstwa Kamieniarskiego „WOLSKI” K. W. z Kluszkowców. Referencje te potwierdzają, co najwyżej, wyłącznie wykonanie 1 (jednego) z 2 (dwóch) wymaganych robót budowlanych w zakresie przebudowy lub budowy obiektów użyteczności publicznej, o wartości co najmniej 7 000 000,00 PLN brutto każda. Roboty określone w ww. referencjach były realizowane na kilku obiektach a nie na jednym, jednakże nie można w sposób jednoznaczny ustalić, czy wartość robót była równa lub wyższa niż 7 000 000,00 zł brutto w odniesieniu do któregośkolwiek obiektu, gdyż podana wartość robót w wysokości 10.377.298,90 zł brutto dotyczyła całego zakresu robót (wszystkich obiektów). Tym bardziej, że jak wynika z Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 23 stycznia 2019 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę skoczni K-85, K-65, K-35, K-15, budowę skoczni K-23 wraz z infrastrukturą towarzyszącą w COS-OPO w Zakopanem, wartość kompletnego przedmiotu zamówienia wynosi 38.326.800,00 zł brutto. Mimo szerokiego zakresu opisanych prac, które miał wykonać wykonawca, ich wartość przesądza, że były to prace częściowe, stanowiące tylko ok 1/4 wartości całego zamówienia. Wątpliwość wzbudza przy tym posłużenie się przez wykonawcę Malkow referencjami wystawionymi bezpośrednio na niego a nie na podmiot trzeci – „STRONG-BUD” Z. S. — dopiero na etapie wezwania w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. Truizmem jest stwierdzenie, że wykonawca posiadający referencje potwierdzające (choćby częściowo) wymagane przez zamawiającego doświadczenie, wykorzysta je w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W rzeczonym postępowaniu, wykonawca postąpił wbrew zasadom logiki i doświadczenia życiowego, co jednak nie wzbudziło — choć powinno — u zamawiającego jakichkolwiek podejrzeń. W zakresie pierwotnie złożonych referencji z dnia 17 lutego 2023 r. od Chochołowskie Termy Sp. z o.o. dla Z. S., zamawiający pominął także treść złożonego wraz z ofertą wykonawcy zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów, zgodnie z którym firma Z. S. wykonać ma na przedmiotowym zadaniu jedynie fundamenty budynków. Zasadnym staje się zatem zarzut zaniechania przez zamawiającego dokonania oceny zgodności oferty z warunkami zamówienia, określonymi w rozdziale XII pkt. 2 i 4 SWZ. Skoro bowiem z treści oferty

wykonawcy Malkow wynika, iż podmiot trzeci, na którego zasoby wykonawca się powołuje — firma „STRONG-BUD” Z. S., ma wykonywać jedynie roboty w zakresie „wykonanie fundamentów w budynku A”, zaś sam wykonawca, nie spełnia warunków w zakresie doświadczenia zawodowego określonych w rozdziale XI pkt 3.1, a zatem nie jest w stanie samodzielnie wykonać przedmiotu zamówienia w pozostałym zakresie, wybrana przez zamawiającego oferta winna zostać odrzucona na zasadzie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 118 ust. 1 w zw. z art. 266 Pzp. Zgodnie bowiem z art. 118 ust. 4 pkt 3 Pzp, w zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby, podmiot trzeci oprócz informacji o dostępnych zasobach powinien określić, czy i w jakim zakresie zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą. Wynika to również wprost z rozdziału XII pkt 2 SWZ. Są to dwa osobne oświadczenia: 1) oświadczenie wiedzy o zakresie posiadanych zasobów i 2) oświadczenie woli wskazujące na zakres robót, które ma realizować podmiot trzeci. Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się z poglądem, wyrażonym w komentarzu do art. 118 Prawa zamówień publicznych pod red.: Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak. Zgodnie z nim wymóg wykonania części zamówienia, z którym wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznej realizacji 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. Takie rozwiązanie uzasadnia specyfika tych zasobów, jako integralnie związanych z danym podmiotem. Określone kwalifikacje lub wykształcenie świadczą o posiadaniu wiedzy wymaganej dla należytego wykonania zamówienia, doświadczenie zaś — o posiadaniu odpowiednich, praktycznych umiejętności, wyuczonych i ugruntowanych w praktyce. Ich realne wykorzystanie na etapie realizacji takiego zamówienia możliwe jest wyłącznie przez wykonanie robót budowlanych lub usług, do realizacji których określone zdolnością są w postępowaniu wymagane. Mając zatem na uwadze powyższe, odwołujący stwierdził, że nie sposób uznać, aby wykonanie samych fundamentów budynków przez podmiot trzeci, na którego zasoby i niezbędne w postępowaniu doświadczenie określone w warunkach udziału w postępowaniu (rozdz. XI pkt 3.1 Specyfikacji Warunków Zamówienia) powołał się wykonawca było kompatybilne z wymaganiami zamawiającego w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Wybranie przez zamawiającego oferty podlegającej odrzuceniu pociąga więc za sobą konieczność unieważnienia dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty. Pozostawienie dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty nie pozwoliłoby bowiem zawrzeć ważnej umowy. Nadrzędną zasadą rządzącą postępowaniem o udzielenie zamówienia jest zasada równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także wynikający z art. 17 ust. 2 Pzp obowiązek udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą. W świetle

przedstawionych rozważań odwołujący doszedł do przekonania, że czynność zamawiającego polegająca na ocenie oferty wykonawcy Malkow i uznanie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu jest niezgodna z obowiązującymi w tym zakresie przepisami Pzp i jako taka winna zostać unieważniona. W ocenie odwołującego powyższe czyniło również w pełni zasadnym zawarte w treści odwołania żądania.

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca M. K. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą M. K. Malkow z siedzibą w Zakopanem.

W dniu 25 kwietnia 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której zawarł argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Tego samego dnia również wykonawca zgłaszający przystąpienie wniósł pismo procesowe wraz z dowodami, w którym zawarł stanowisko popierające wniosek o oddalenie odwołania.

W dniu 26 kwietnia 2023 r. odwołujący złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym podtrzymał zarzuty i wnioski podniesione w treści odwołania oraz ustosunkował się do pisemnych stanowisk zamawiającego oraz wykonawcy zgłaszającego przystąpienie.

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

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę M. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą M. K. Malkow z siedzibą w Zakopanem (zwanego dalej jako: „przystępujący”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

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

W tym kontekście należało wskazać, że Izba stwierdziła niezasadność, zgłoszonego na posiedzeniu niejawnym wniosku przystępującego, który został poparty przez zamawiającego, o uznanie zarzutu wskazanego w pkt 3 *petitum* odwołania w całości jako spóźnionego. Na poparcie swojego stanowiska przystępujący wskazał, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w procedurze krajowej w trybie podstawowym z przewidzianymi negocjacjami, natomiast zarzut z pkt 3 odnosił się do treści oferty przystępującego i okoliczności z nim związane powinny być znane odwołującemu na

wcześniejszym etapie. Tym samym termin na stawienie zarzutu w przedmiotowej kwestii upłynął 5 dni po zaproszeniu wykonawcy do negocjacji.

Skład orzekający uznał powyższą argumentację za niezasadną, ponieważ proces badania i oceny oferty przystępującego był prowadzony także po zaproszeniu wykonawcy do negocjacji i to w zakresie dotyczącym spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Na moment zaproszenia do negocjacji przystępujący nie był wzywany do składania podmiotowych środków dowodowych, co oznacza, że nie złożył na tamten moment wykazu robót oraz referencji, przez co nie można było wtedy ostatecznie stwierdzić w jakim zakresie będzie powoływał się na doświadczenie podmiotu trzeciego przy wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tym samym Izba uznała, że termin na podnoszenie zarzutów w tym zakresie wyznaczała data wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

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

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 25 kwietnia 2023 r., w tym w szczególności:
 - specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej jako: „SWZ”) wraz z załącznikami;
 - ofertę złożoną przez przystępującego w tym zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia;
 - wykaz robót wraz referencjami złożony przez przystępującego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 21 marca 2023 r.;
 - wezwanie do wyjaśnień z dnia 30 marca 2023 r. skierowane do przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 i 4 Pzp;
 - pismo z dnia 3 kwietnia 2023 r. skierowane od przystępującego do zamawiającego;
 - odpowiedź przystępującego z dnia 4 kwietnia 2023 r. na powyższe wezwanie wraz z załącznikami;
 - informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 7 kwietnia 2023 r.;
- 2) załączoną do odwołania informację o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 23 stycznia 2019 r. dotyczącą postępowania na przebudowę skoczni K-85, K-65, K-35, K-15, budowę skoczni K-23 wraz z infrastrukturą towarzyszącą w COS-OPO w Zakopanem;
- 3) załączone do pisma procesowego przystępującego:

- oświadczenie pochodzące od podmiotu Chochołowskie Termy Sp. z o.o. dotyczące budynku rekreacyjno-wypoczynkowego;
 - oświadczenie pochodzące od podmiotu Chochołowskie Termy Sp. z o.o. dotyczące miasteczka wodnego;
 - umowę przedwstępną z dnia 10 lutego 2023 r.;
- 4) materiał złożony na rozprawie przez przystępującego.

Izba ustaliła co następuje

W rozdziale XI pkt 3.1 SWZ zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w następujący sposób:

3. Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykaże, że:

1) w zakresie doświadczenia zawodowego: w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonał co najmniej 2 roboty budowlane w zakresie przebudowy lub budowy obiektów użyteczności publicznej, o wartości co najmniej 7 000 000,00 PLN brutto każda, potwierdzone dowodami określającymi, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty,

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku wykonawcy zobowiązani zostali do złożenia wykazu robót budowlanych (załącznik nr 6 do SWZ) wykonywanych w ciągu ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, spełniających warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego, potwierdzone dowodami określającymi, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty.

W rozdziale XII pkt 2 i 4 SWZ zamawiający wskazał:

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

(...)

4. Zamawiający ocenia, czy udostępniane Wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby, zdolności techniczne lub zawodowe, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę

spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem Wykonawcy.

Przystępujący złożył wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zobowiązanie to zostało wystawione przez Z. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z. S. Strong-Bud z siedzibą w Zębie. W treści zobowiązania wskazano:

Ja niżej podpisany Z. S.

(nazwa podmiotu oddającego potencjał do dyspozycji Wykonawcy)

zobowiązuje się do oddania swoich zasobów: wiedza i doświadczenie

(określenie zasobu - wiedza i doświadczenie, potencjał kadrowy, potencjał techniczny, potencjał ekonomicznofinansowy)

do dyspozycji Wykonawcy Malkow M. K. Droga na Antałówkę 14,

34-500 Zakopane

(nazwa Wykonawcy)

przy wykonywaniu zamówienia BZP.271.10.2023 na rzecz Gminy Miasto Zakopane na wykonanie robót budowlanych w ramach zadania „Budowa i modernizacja stadionu sportowego przy ul. Orkana w Zakopanem”, oświadczam, iż:

1) *udostępniam Wykonawcy wyżej wymienione zasoby, w następującym zakresie doświadczenie podmiotu udostępniającego wykonaniu robót budowlanych polegających na ROZBUDOWA BUDYNKU REKREACYJNO- WYPOCZYNKOWEGO „ CHOCHOŁOWSKIE TERMY O ” W CHOCHOŁOWIE oraz ROZBUDOWA MIASTECZKA WODNEGO - KOMPLEKS BASENOWY,„ CHOCHOŁOWSKIE TERMY ” W CHOCHOŁOWIE*

2) *sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów będzie realizowany w następujący sposób: Nabyte oświadczenie w ROZBUDOWA BUDYNKU REKREACYJNO- WYPOCZYNKOWEGO „ CHOCHOŁOWSKIE TERMY O ” W CHOCHOŁOWIE oraz ROZBUDOWA MIASTECZKA WODNEGO – KOMPLEKS BASENOWY,„ CHOCHOŁOWSKIE TERMY ” W CHOCHOŁOWIE zostanie przekazane wykonawcy w toku realizacji zamówienia publicznego pn.: „Budowa i modernizacja stadionu sportowego przy ul. Orkana w Zakopanem” w ten sposób, że podmiot udostępniający będzie podwykonawcą przy budowie fundamentów budynku co gwarantuje rzeczywisty dostęp wykonawcy do doświadczenia podmiotu udostępniającego*

3) *zakres mojego udziału przy realizacji zamówienia będzie polegał na: wykonanie fundamentów budynku*

4) *charakter stosunku łączącego mnie z Wykonawcą będzie następujący: Umowa na podwykonawstwo*

5) *okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: cały okres wykonania zamówienia publicznego*

Pismem z dnia 21 marca 2023 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych w tym m. in. wykazu robót budowlanych wraz z dowodami.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący złożył wykaz robót budowlanych, który zawierał dwie pozycje wykonane na rzecz podmiotu Chochołowskie Termy Sp. z o.o. Do wykazu robót budowlanych przystępujący załączył dwie referencje z dnia 17 lutego 2023 r. wystawione przez Chochołowskie Termy Sp. z o.o. dla wykonawcy Z. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z. S. Strong-Bud z siedzibą w Zębie. Pierwszy dokument dotyczył zadania pn.: Rozbudowa budynku rekreacyjno-wypoczynkowego, obejmował zakres robót konstrukcyjnych, żelbetowych i murarskich, wartość robót wynosiła 11 035 000,00 zł i została wykonana od stycznia 2021 do grudnia 2022 r. W treści referencji wystawca wskazał, że roboty zostały wykonane terminowo, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz z należytą starannością. Drugi dokument dotyczył zadania pn.: Rozbudowa miasteczka wodnego – kompleks basenowy, obejmował zakres robót konstrukcyjnych, żelbetowych, murarskich i żelbetowych basenów, wartość robót wynosiła 9 670 000,00 zł i została wykonana od stycznia 2019 do grudnia 2020 r. W treści referencji wystawca wskazał, że roboty zostały wykonane terminowo, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz z należytą starannością.

Pismem z dnia 30 marca 2023 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 i ust. 4 Pzp m. in. do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów o informacje potwierdzające, że wykonawca posiada doświadczenie w wykonaniu co najmniej 2 robót budowlanych w zakresie przebudowy lub budowy obiektów użyteczności publicznej, o wartości co najmniej 7 000 000,00 PLN brutto każda. W treści wezwania zamawiający wskazał, że *ma wątpliwości czy wykonane zakresy robót w ramach ww. inwestycji odpowiadają wymogom postawionym przez Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego.*

Przystępujący w pierwszej kolejności przekazał zamawiającemu pismo z dnia 3 kwietnia 2023 r., w którym wyjaśnił, że *spełnione zostały warunki zawarte w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia w kwestii zdolności technicznej i zawodowej.* W dalszej części pisma przystępujący poprosił zamawiającego o sprecyzowanie braków w zakresie spełnienia warunku jeżeli w dalszym ciągu posiada wątpliwości.

W dalszej kolejności przystępujący złożył pismo z dnia 4 kwietnia 2023 r., w którym wskazał, że nie otrzymał informacji zwrotnej od zamawiającego z prośbą o ustosunkowanie się. Ponadto do ww. pisma przystępujący załączył m. in.: uzupełnienie do przedstawionych

referencji oraz dodatkowe referencje. Uzupelnienie do przedstawionych referencji zawieralo stwierdzenie podmiotu Chocholowskie Termy Sp. z o.o., ze Firma „STRONG-BUD” brala wiodacy udzial w projekcie Rozbudowa budynku rekreacyjno wypoczynkowego Chocholowskie Termy oraz rozbudowa miasteczka wodnego- kompleks basenowy Chocholowskie Termy w Chocholowie. Dodatkowe referencje dotyczyly przystepujacego jako podwykonawcy w zadaniu inwestycyjnym Przebudowa skoczni K-85, K-65, K-35, K-15, budowa skoczni K-23 wraz z infrastruktura towarzyszaca w COS-OPO w Zakopanem, i zostaly wystawione w dniu 23 grudnia 2021 r. przez wykonawce ww. inwestycji.

W dniu 7 kwietnia 2023 r. zamawiajacy dokonol wyboru najkorzystniejszej oferty w postepowaniu. Zgodnie z informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, jako najkorzystniejsza zostala wybrana oferta przystepujacego, natomiast oferta odwolujacego zostala sklasyfikowana na drugim miejscu.

Treść przepisów dotyczacych zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp – *Zamawiajacy odrzuca ofertę, jezeli zostala zlozona przez wykonawce:*

(...)

b) niespeiniajacego warunkow udzialu w postepowaniu, lub

c) ktory nie zlozyl w przewidzianym terminie oswiadczenia, o ktorym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego sredka dowodowego, potwierdzajacych brak podstaw wykluczenia lub speiniajanie warunkow udzialu w postepowaniu, przedmiotowego sredka dowodowego, lub innych dokumentow lub oswiadczen;

- art. 57 pkt 2 Pzp – *O udzielenie zamowienia moga ubiegać się wykonawcy, ktory speiniaja warunki udzialu w postepowaniu, o ile zostaly one okreslone przez zamawiajacego.;*

- art. 128 ust. 1 i ust. 4 Pzp – *1. Jezeli wykonawca nie zlozyl oswiadczenia, o ktorym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych sredkow dowodowych, innych dokumentow lub oswiadczen skladanych w postepowaniu lub sa one niekompletne lub zawieraja błędy, zamawiajacy wzywa wykonawce odpowiednio do ich zlozenia, poprawienia lub uzupelnienia w wyznaczonym terminie, chyba ze:*

1) wniosek o dopuszczenie do udzialu w postepowaniu albo oferta wykonawcy podlegaja odrzuceniu bez względu na ich zlozenie, uzupelnienie lub poprawienie lub

2) zachodza przeslanki uniewaznienia postepowania.

(...)

4. Zamawiajacy moze zadan od wykonawcow wyjasnień dotyczacych treści oswiadczenia, o ktorym mowa w art. 125 ust. 1, lub zlozonych podmiotowych sredkow dowodowych lub innych dokumentow lub oswiadczen skladanych w postepowaniu.;

- art. 266 Pzp – *Do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88–90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132–188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej.;*

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;*

- art. 118 ust. 1 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.;*

- art. 17 ust. 1 Pzp – *Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:*

1) *najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz*

2) *uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.*

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzuty odnoszące się do spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale XI pkt 3.1 SWZ. Na wstępie rozważań skład orzekający uznał za zasadne wskazać, że zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Określenie przez zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu przetargowym ma na celu cenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tak aby zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku formułowania warunków w taki sposób, który odzwierciedla przedmiot zamówienia, lecz pozostawił zamawiającym swobodę w tym zakresie, stwierdzając jedynie, że warunki udziału w postępowaniu muszą być określone przez zamawiającego w sposób

proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Należy podkreślić, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności wykładni językowej, która polega na ustalaniu znaczenia tekstu przez odwołanie się do kontekstu językowego terminów, zwrotów czy wyrażeń zawartych w SWZ. Innymi słowy, ocena wymagań określonych przez zamawiającego w SWZ dokonywana jest poprzez ustalenie językowego znaczenia, sensu postanowień opisujących warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli na gruncie języka potocznego można przypisać wyrażeniom użytym w SWZ kilka znaczeń, to należy wybrać takie znaczenie, które jest najbardziej oczywiste. W przypadku jednak, gdy wykładnia językowa nie daje podstaw do ustalenia jednoznacznego znaczenia postanowień SWZ, ustalenie znaczenia zakresu wymagań zamawiającego odbywa się z uwzględnieniem kontekstu systemowego i funkcjonalnego, jako subsydiarnych narzędzi służących odkodowaniu treści zwartej w SWZ. Kontekst systemowy oznacza zakaz przypisywania postanowieniom SWZ znaczenia, które prowadziłyby do sprzeczności z zasadami systemu zamówień publicznych, określonymi m.in. w art. 16 Pzp. Kontekst zaś funkcjonalny oznacza ustalenie funkcji, jaką dane postanowienie ma pełnić w procesie udzielania zamówienia publicznego.

W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że posiada doświadczenie w wykonaniu co najmniej dwóch robót budowlanych w zakresie przebudowy lub budowy obiektów użyteczności publicznej, o wartości co najmniej 7 000 000,00 PLN brutto każda. W ocenie składu orzekającego, warunek został sformułowany przez zamawiającego w sposób na tyle zrozumiały, że do jego odkodowania wystarczające było zastosowanie wykładni językowej. Ponadto warunek ustanowiony przez zamawiającego został zakreślony dość ogólnikowo, co należało interpretować w ten sposób, że jego zakres został podany bardzo szeroko. Dodatkowo zamawiający nie podał w SWZ własnych definicji lub rozumienia na potrzeby postępowania określeń zawartych w treści ww. warunku. W związku z tym Izba stwierdziła, że zamawiający bardzo szeroko zakreślił przedmiotowy warunek, a przy jego konstrukcji użył sformułowań, które były zrozumiałe na gruncie języka potocznego. Reasumując skład orzekający stwierdził, że zamawiający konstruując warunek udziału w postępowaniu posłużył się określeniem obiektu użyteczności publicznej i wymagał, aby doświadczenie wykonawcy dotyczyło robót budowlanych w zakresie przebudowy lub budowy takich obiektów.

W wyniku dokonanych ustaleń oraz mając na uwadze stan faktyczny przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, że zamawiający słusznie uznał, że przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale XI pkt 3.1 SWZ. Po pierwsze nie było sporu pomiędzy stronami co do tego, że roboty budowlane wskazane w wykazie robót złożonym przez przystępującego dotyczyły obiektów użyteczności publicznej. Odwołujący nie kwestionował

tej okoliczności i nie podnosił jej w swojej argumentacji, zatem pozostawała ona poza rozstrzygnięciem, przez co Izba nie była zobowiązana do ustalania czy roboty wskazane przez przystępującego dotyczyły obiektów użyteczności publicznej. Po drugie zdaniem Izby, przystępujący wykazał spełnienie spornego warunku udziału w postępowaniu, bowiem doświadczenie wskazane przez tego wykonawcę, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, należało uznać za obejmujące wykonanie dwóch robót budowlanych w zakresie przebudowy lub budowy obiektów użyteczności publicznej. Przyjęcie stanowiska odwołującego i prezentowanej przez niego wykładni postanowień SWZ było, w ocenie Izby, niezasadne. Odwołujący zaprezentował wykładnię, która w sposób niedopuszczalny zawęziła zakres dopuszczalnego doświadczenia. Odwołujący próbował forsować *de facto* celowościową wykładnię ww. warunku, która odwoływała się do opisu przedmiotu zamówienia. Jak wskazano powyżej Izba uznała, że do interpretacji przedmiotowego warunku wystarczająca była wykładnia językowa. Zastosowanie natomiast wykładni celowościowej, prowadziłoby do ustalenia nowego brzmienia warunku udziału w postępowaniu, polegającego na znacznym zawężeniu zakresu dopuszczonego doświadczenia wykonawcy w stosunku do pierwotnie określonego przez zamawiającego w SWZ. Dopuszczenie takiej wykładni na etapie badania i oceny ofert stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ponadto co istotne z referencji wynikało, że obie wskazane przez przystępującego w wykazie robót budowlanych roboty dotyczyły rozbudowy budynków, a wartość prac tych robót przekraczała minimum wskazane w warunku. W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można było uznać, aby podane przez przystępującego roboty, które miały charakter rozbudowy nie kwalifikowały się jako roboty budowlane w zakresie przebudowy lub budowy w rozumieniu kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu. Po raz kolejny należało wskazać, że zamawiający nie zdefiniował na potrzeby postępowania określeń użytych w treści warunku, zatem podane przez przystępującego rozbudowy, należało uznać za spełniające wymóg roboty budowlane w zakresie przebudowy lub budowy obiektów użyteczności publicznej. Na marginesie skład orzekający wskazał, że ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U z 2023 r. poz. 553) w art. 3 pkt 6 definiuje budowę m. in. jako rozbudowę obiektu budowlanego, stąd też przystępujący mógł słusznie zakładać, że wskazane przez niego roboty budowlane obejmujące rozbudowy spełniają warunek określony przez zamawiającego.

Odwołujący w swojej argumentacji podkreślał, że zamawiający zmienił rozumienie spornego warunku, ponieważ najpierw miał wątpliwości co do jego spełnienia przez przystępującego, czego efektem było pismo z dnia 30 marca 2023 r., a następnie uznał, że przystępujący jednak spełnił ten warunek, ponieważ wybrał ofertę tego wykonawcy. Jak ustaliła Izba

zamawiający w wezwaniu z dnia 30 marca 2023 r. wskazał, że *ma wątpliwości czy wykonane zakresy robót w ramach ww. inwestycji odpowiadają wymogom postawionym przez Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego*. Jednakże treść tego wezwania jak i podniesione wątpliwości zostały sformułowane w sposób niejednoznaczny. W ocenie składu orzekającego nie wiadomo było czego dokładnie dotyczyły wątpliwości zamawiającego w kontekście spełnienia warunku określonego w rozdziale XI pkt 3.1 SWZ, na co uwagę zwrócił przystępujący pismem z dnia 3 kwietnia 2023 r. Izba doszła do przekonania, że nawet jeśli powyżej zacytowany zwrot dotyczył wątpliwości odnoszącej się do tego czy podane przez przystępującego roboty można uznać za przebudowy lub budowy w rozumieniu warunku, to i tak nie miały one znaczenia w kontekście treści samego warunku, która dopuszczała szeroki zakres rozumienia ww. określeń. Stąd też mając na uwadze treść warunku oraz dokumenty złożone przez przystępującego na jego spełnienie, zamawiający nie miał możliwości zakwestionowania podanych przez przystępującego robót na spełnienie warunku, a odwołujący wyciągał zbyt daleko idące wnioski w stosunku do wezwania z dnia 30 marca 2023 r.

Ponadto w uzasadnieniu odwołania podana została argumentacja odnosząca się do sprawy związanej z wyrokiem z dnia 20 września 2021 r. sygn. akt KIO 2263/21. W ocenie składu orzekającego stan faktyczny ww. sprawy nie odpowiadał stanowi faktycznemu ustalonemu w przedmiotowej sprawie, przez co argumentacja odwołująca się do tamtego wyroku była nieuzasadniona. W sprawie o sygn. akt KIO 2263/21 warunek udziału w postępowaniu dotyczył konkretnego, wyraźnie wskazanego obiektu budowlanego tj. przedszkola lub żłobka lub przedszkola ze żłobkiem o kubaturze 3 500 m³. Ponadto wykonawca w tamtej sprawie wykonane przez siebie prace zidentyfikował jako budowę nowej siedziby przedszkola, a Izba ustaliła, że treść złożonej referencji nie potwierdzała, aby wykonawca wybudował przedszkole. W okolicznościach przedmiotowej sprawy treść warunku nie została tak szczegółowo określona, a ze złożonych przez przystępującego dokumentów wynikało, że podawane przez nie go roboty dotyczyły rozbudowy, co wpisywało się zakres warunku.

Tym samym Izba uznała, że przystępujący przez wskazanie robót zawartych w wykazie, spełnił warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale XI pkt 3.1 SWZ. Nie miała przy tym znaczenia referencja złożona przez przystępującego w dniu 4 kwietnia 2023 r., ponieważ przystępujący wykazał spełnienie ww. warunku przez złożenie podmiotowych środków dowodowych tj. wykazu robót wraz z załącznikami, zatem niespełnienie wymogów określonych w warunku w zakresie tej dodatkowej referencji, nie miało wpływu na wynik postępowania. Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 57 pkt 2 w zw. z art. 128 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 266 Pzp, a w

konsekwencji art. 17 ust. 1 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 57 pkt 2 w zw. z art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 Pzp, a w konsekwencji art. 17 ust. 1 Pzp.

W odniesieniu do ostatniego zarzutu Izba stwierdziła, że w odwołaniu argumentacja odnosząca się do tego zarzutu była bardzo ogólnikowa i mało konkretna. Ponadto odwołujący zdecydował się w zakresie przedmiotowego zarzutu na wskazanie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 118 ust. 1 Pzp, czyli połączył przepis dotyczący przesłanki odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia z ogólną normą wskazującą na możliwość udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie. Tak przedstawiony i opisany zarzut czynił argumentację odwołującego jeszcze bardziej niezrozumiałą. W ocenie składu orzekającego z argumentacji zawartej w odwołaniu można było wywnioskować, że odwołujący kwestionuje realność udostępnianych zasobów przez wskazanie, że nie można było uznać, aby wykonanie samych fundamentów budynków przez podmiot trzeci, na którego zasoby i niezbędne w postępowaniu doświadczenie określone w warunkach udziału w postępowaniu powołał się przystępujący było kompatybilne z wymaganiami zamawiającego w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Izba ustaliła, że odwołujący dopiero w piśmie procesowym złożonym w dniu 26 kwietnia 2023 r., czyli w dniu otwarcia rozprawy, dokonał konkretyzacji argumentacji dotyczącej przedmiotowego zarzutu. Co więcej odwołujący w tym piśmie znacznie rozszerzył swoją argumentację w stosunku do stanowiska zawartego w uzasadnieniu odwołania, co należało uznać za niedopuszczalne. Odwołujący w przedmiotowym piśmie zwrócił uwagę na szereg nowych argumentów, które odnosiły się do art. 118 ust. 2 Pzp oraz art. 123 Pzp. Stanowisko w tym zakresie Izba uznała za spóźnione i pozostawiła je bez rozpoznania. Tym samym Izba rozpoznała przedmiotowy zarzut wyłącznie w zakresie określonym w odwołaniu, czyli w kontekście realności udostępnienia zasobów.

W analizowanym stanie faktycznym przystępujący w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowania określonego w rozdziale XI pkt 3.1 SWZ powołał się na zasoby podmiotu trzeciego tj. Z. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z. S. Strong-Bud z siedzibą w Zębie. Przystępujący złożył wraz z ofertą zobowiązanie tego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W ocenie składu orzekającego przedłożone przez przystępującego zobowiązanie spełniało wymagania określone w art. 118 ust. 4 Pzp oraz pozostawało w zgodności z treścią oświadczenia złożonego przez przystępującą w treści oferty. Udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci nie ograniczało się do ogólnie określonego doradztwa czy też konsultacji. Podmiot trzeci udostępniający zasoby w sposób wyraźny zobowiązał się do uczestnictwa w wykonaniu zamówienia, w postaci wykonania części robót budowlanych, co pozwalało uznać udzielone

udostępnienie jako realne. Ponadto Izba wzięła pod uwagę dowód załączony do pisma procesowego przystępującego, który dotyczył umowy przedwstępnej z dnia 10 lutego 2023 r. zawartej pomiędzy przystępującym, a podmiotem trzecim. Jak wynikało z treści przedmiotowej umowy określa ona zakres robót, który jest zbieżny z zakresem wskazanym w ofercie, jak również wartość przyszłej umowy o roboty budowlane. Tym samym Izba nie znalazła powodów do uznania, że świadczenie wynikające z zobowiązania podmiotu trzeciego miało charakter świadczenia pozornego, przez co należało przyjąć, że udostępnienie zasobów zostanie zrealizowane w sposób faktyczny i realny. W konsekwencji Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 118 ust. 1 w zw. z art. 266 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet przedmiotowego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący: