

Sygn. akt KIO 718/23

WYROK

z dnia 29 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2023 r. przez wykonawcę **EkoEnergia Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach** w postępowaniu prowadzonym przez wspólnego zamawiającego: **Uniwersytet Medyczny w Łodzi i Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Centralny Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego w Łodzi**

przy udziale wykonawcy **Budomal R. L. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 122 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **EkoEnergia Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **EkoEnergia Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od wykonawcy **EkoEnergia Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach** na rzecz wspólnego zamawiającego: **Uniwersytet Medyczny w Łodzi i Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Centralny Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego w Łodzi** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** tytułem zwrotu

kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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

Wspólny zamawiający: Uniwersytet Medyczny w Łodzi i Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Centralny Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Głęboka termomodernizacja strategicznego budynku kampusu CKD UM w Łodzi – wykonanie instalacji PV na konstrukcjach wsporczych wraz z instalacjami towarzyszącymi w formule zaprojektuj i wybuduj*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej „ustawa Pzp” lub „PZP”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 stycznia 2023 r. pod numerem 2023/S 003-006098.

W dniu 15 marca 2023 r. wykonawca EkoEnergia Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 253 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty Budomal R. L. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, dalej „BUDOMAL” jako najkorzystniejszej, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał się spełnieniem warunku zdolności technicznej warunku doświadczenia, ponieważ nie wykazał, że podmiot udostępniający zasoby w tym zakresie faktycznie udzieli mu niezbędnego doświadczenia;
2. art. 112 ust. 1, art. 118 ust. 2, 3 i 4 w zw. z art. 122 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy BUDOMAL, aby w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił podmiot udostępniający zasoby techniczne (doświadczenie) innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu w tym zakresie;
3. art. 119 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie przez Zamawiającego, polegające na dokonaniu błędnej oceny w zakresie spełnienia warunku doświadczenia wykonawcy BUDOMAL, który w tym zakresie posługuje się zasobami podmiotu trzeciego, w sytuacji gdy załączone zobowiązanie podmiotu trzeciego nie pozwala na uznanie, że wykonawca spełnia warunek doświadczenia;
4. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a polegające na dokonaniu wyboru wykonawcy, który nie spełnia warunku podmiotowego udziału w postępowaniu - warunku doświadczenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwania wykonawcy BUDOMAL w trybie art. 122 ustawy Pzp, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Budomal R. L. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, dalej również „Przystępujący”.

Zamawiający pismem z dnia 23 marca 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Pismo procesowe złożył również Przystępujący, także wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oferty Przystępującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 27 marca 2023 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie w formule zaprojektuj i wybuduj instalacji PV na konstrukcjach wsporczych wraz z instalacjami towarzyszącymi, budowa abonenckiej stacji transformatorowej SO2, przebudowa stacji C14, przebudowa linii kablowych SN-15kV oraz linii kablowych nN-0,4kV w ramach projektu „Głęboka termomodernizacja strategicznego budynku kampusu Centrum Kliniczno-Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi” (nr POIS.01.03.01-00-0004/22) w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020, Osi priorytetowej I Zmniejszenie emisyjności gospodarki, Działania 1.3 Wspieranie efektywności energetycznej w budynkach, Poddziałanie 1.3.1 Wspieranie efektywności energetycznej w budynkach użyteczności publicznej.

Stosownie do pkt 4.1.1 programu funkcjonalno-użytkowego, dalej „PFU”, w celu realizacji danej inwestycji niezbędne jest podjęcie działań z zakresu: • Prac projektowych wraz z niezbędnymi uzgodnieniami • Robót budowlano-montażowych • Prac organizacyjnych.

Zgodnie z pkt 5.3.4-5.9 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”,

4) *Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w ust. 5.2 pkt 1 lit. d) SWZ, jeżeli Wykonawca wykaże, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:*

a) *wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie instalacji fotowoltaicznej o mocy co najmniej 400 kWp na czynnych budynkach należących do klasy 1264 PKOB - Budynki szpitali i zakładów opieki medycznej,*

oraz, że

b) *wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie elektrowni fotowoltaicznych o mocy zainstalowanej łącznie nie mniejszej niż 650kWp,*

oraz, że

c) *wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie stacji transformatorowej – o mocy znamionowej co najmniej 1MW,*

oraz, że

d) *wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą budowie linii kablowej SN o wartości co najmniej 350.000,00 zł brutto.*

(Zamawiający zastrzega, iż przez jedną robotę rozumie wartość robót budowlanych wykonanych przez wykonawcę w ramach jednej umowy),

w przypadku, gdy wartość robót budowlanych wyrażona będzie w walucie innej niż PLN, Zamawiający do oceny spełnienia warunku przez danego Wykonawcę przeliczy podane wartości po średnim kursie tej waluty w stosunku do PLN publikowanym przez NBP w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Jeżeli w dniu publikacji ogłoszenia postępowania NBP nie opublikuje kursu walut, Zamawiający przyjmie kurs opublikowany w pierwszym dniu roboczym po tej dacie

co potwierdzi przedstawiając dowody określające, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone,

5.4. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w ust. 5.3 SWZ, 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 nim stosunków prawnych.

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

5.6. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa powyżej, 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

5.7. Zamawiający oceni, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe, lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4 a także bada, czy nie zachodzą, wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

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

5.9. 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.

W postępowaniu ofertę złożył m.in. Przystępujący, który załączył do oferty zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia o następującej treści:

Telenerg-Bis sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Dolinna 27, 94-111 Łódź, KRS 0000288146, NIP 7272711167 (dalej: „Telenerg-Bis”) zobowiązuje się niniejszym do oddania do dyspozycji Wykonawcy – BUDOMAL R. L. Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, al. Włókniarzy 221/225, 90-642 Łódź, KRS 0000856856, NIP 7272844626, (dalej: „Spółce”)

na czas udziału Spółki w realizacji zamówienia pn.: „Głęboka termomodernizacja strategicznego budynku kampusu CKD UM w Łodzi – wykonanie instalacji PV na konstrukcjach wsporczych wraz z instalacjami towarzyszącymi w formule zaprojektuj i wybuduj”, numer sprawy: ZP/155/2022

własnych zasobów w postaci zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia, umożliwiających realizację zamówienia i potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 5.3 ppkt 4 lit. a-c SWZ, tj. że nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

- wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie instalacji fotowoltaicznej o mocy zainstalowanej łącznie nie mniejszej niż 400 kWp oraz że*
- wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie stacji transformatorowej – o mocy znamionowej co najmniej 1MW oraz że*
- wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą budowie linii kablowej SN o wartości co najmniej 350.000,00 zł brutto.*

Telenerg-Bis oświadcza, iż:

1. udostępnia Spółce ww. zasoby w następującym zakresie:

- na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 5.3 ppkt 4 lit. a SWZ:*

doświadczenie nabyte przez Telenerg-Bis przy realizacji robót budowlanych polegających na budowie instalacji fotowoltaicznej w ramach realizacji projektu „Budowa elektrowni fotowoltaicznej o mocy 0,78 MW w miejscowości Woźniki”, zrealizowanych na rzecz Elbud Bełchatów Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Rusieckiej 50A, 97-438 Rusiec, KRS 0000366671

- na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 5.3 ppkt 4 lit. b SWZ:*

doświadczenie nabyte przez Telenerg-Bis przy realizacji robót budowlanych polegających na budowie linii kablowej SN 15kV oraz abonenckiej stacji transformatorowej 15kV dla zasilania odbiorców przy ul. Duńskiej 1, zrealizowanych na rzecz TB Energia sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Wróblewskiego 86, 94-103 Łódź, KRS 0000593593

– na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 5.3 ppkt 4 lit. c SWZ:

doświadczenie nabyte przez Telenerg-Bis przy realizacji robót budowlanych polegających na budowie linii kablowej SN 15kV relacji RPZ Drewnowska-Ogrodowa 8 w Łodzi przy ulicy Drewnowskiej, Zachodniej i Ogrodowej dla zasilania budynku biurowego wraz z parkingami podziemnymi i infrastrukturą techniczną, zrealizowanych na rzecz TB Energia sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Wróblewskiego 86, 94-103 Łódź, KRS 0000593593

2. Sposób wykorzystania udostępnionych przez Telenerg-Bis zasobów będzie następujący: udział Telenerg-Bis w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy.

3. Zakres i okres udziału Telenerg-Bis przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: cały okres realizacji zamówienia oraz okres ubiegania się o udzielenie zamówienia. Telenerg-Bis będzie uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie robót budowlanych, do realizacji których wymagane są udostępnione zasoby.

4. Telenerg-Bis potwierdza, że zrealizuje roboty budowlane, których dotyczą udostępniane zasoby, a na których polega Spółka.

Zamawiający w dniu 10 marca 2023 r. poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Następnie, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze co do zarzutu naruszenia art. 122 ustawy Pzp podlega umorzeniu, wobec wycofania na posiedzeniu przez Odwołującego wyżej wskazanego zarzutu.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów zasługiwało na oddalenie.

Odwołujący podnosił, że zobowiązanie podmiotu trzeciego załączone do oferty Przystępującego nie wykazuje w jakim konkretnym zakresie podmiot trzeci będzie realizował zamówienie publiczne w tym postępowaniu. W konsekwencji zobowiązanie nie potwierdza, że wykonawca będzie realnie dysponował niezbędnym doświadczeniem podmiotu trzeciego w całym okresie realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego, z treści zobowiązania wynika, że wykonawca samodzielnie w żadnym zakresie nie spełnia warunku udziału doświadczenia w postępowaniu. Odwołujący podnosił, że zarzut nie podważa doświadczenia jakie może posiadać Telereng-BIS ale fakt, że podmiot ten nie udzielił w wystarczającym stopniu nabytego doświadczenia na potrzeby realizacji tego konkretnego zamówienia, a w konsekwencji wykonawca BUDOMAL nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W myśl art. 112 ust. 1 ustawy 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.

Zgodnie z art. 118 ustawy Pzp 1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia 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. 2. 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. 3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. 4. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3,

potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
- 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
- 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Stosownie do art. 119 ustawy Pzp zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

Istotą sporu w niniejszym postępowaniu odwoławczym jest rozstrzygnięcie, czy Przystępujący powołując się na zasoby podmiotu trzeciego w ramach warunku wiedzy i doświadczenia udowodnił, że udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci nosi cechy realności a Telenerg Bis Sp. z o.o. będzie uczestniczył w wykonaniu prac w takim zakresie, jak udostępniono zasób potwierdzający posiadanie wymaganego doświadczenia.

W ocenie Izby, zarzut Odwołującego, iż treść zobowiązania Telenerg Bis Sp. z o.o. jest wadliwa i nie potwierdza realnego dysponowania potencjałem dotyczącym wiedzy i doświadczenia nie ma odzwierciedlenia w przedłożonych przez Przystępującego dokumentach.

Zobowiązanie podmiotu trzeciego zawiera wszystkie elementy określone w art. 118 ust. 4 ustawy Pzp. Na realność wykonania zamówienia wskazuje pkt 3 zobowiązania, który określa, że udostępnienie dotyczy uczestniczenia w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie robót budowlanych, do realizacji których wymagane są udostępnione zasoby. Natomiast zakres udostępnionych zasobów został wyszczególniony w pkt 1 zobowiązania. Zakres ten jest zbieżny z zakresem określonym w warunkach udziału w postępowaniu w pkt 5.3 ppkt 4 lit. a-c SWZ.

Izba zwraca uwagę, że treść zobowiązania podlega ocenie w świetle warunków zamówienia określonych w SWZ. Zdaniem Izby zarówno oświadczenie zawarte w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów oraz informacje zawarte w wykazie wykonanych

robót budowlanych w powiązaniu z wymogami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia wskazują na realne wykonywanie robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia przez podmiot trzeci. Z przedłożonego przez Przystępującego zobowiązania wynika, że podmiot trzeci posiada wymagane postanowieniami SWZ doświadczenie na potwierdzenie określonych warunków udziału w postępowaniu (pkt 1 zobowiązania). Z treści zobowiązania wynika również, że zaangażowanie spółki w realizację budowy będzie miało miejsce w formule podwykonawstwa (pkt 2 zobowiązania).

Ponadto, jak słusznie zauważył Zamawiający, sam fakt, że w zobowiązaniu podmiotu trzeciego pojawia się sformułowanie, że weźmie on udział w realizacji zamówienia poprzez wykonanie jako podwykonawca zakresu robót budowlanych do realizacji których wymagane są udostępnione zasoby, nie może być interpretowane w oderwaniu od całej treści zobowiązania. Nie będzie więc tak, że zaangażowanie podmiotu trzeciego będzie miało charakter ograniczony do bliżej nieokreślonej części robót budowlanych. Tym bardziej, że zobowiązanie podmiotu trzeciego, przedkładane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ma charakter oświadczenia woli, do którego referuje art. 65 Kodeksu cywilnego, który nakazuje jego wykładnię w sposób, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Zdaniem Izby na podstawie treści przedłożonego zobowiązania możliwym jest jednoznacznie odczytanie intencji podmiotu trzeciego, który potwierdza, że oddaje do dyspozycji wykonawcy zasoby niezbędne do jego realizacji i zdaniem Izby nie ma podstaw, by odmówić temu zobowiązaniu waloru realności. Z treści zobowiązania wynika bowiem, że w odniesieniu do doświadczenia, na którym polega Przystępujący, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, podmiot trzeci zobowiązuje się do realizacji robót budowlanych w następującym zakresie: budowie instalacji fotowoltaicznej, budowie linii kablowej, stacji transformatorowej, a których wskazane zdolności dotyczą.

Dlatego też Izba uznała, że zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów jest jasne i nie budzi wątpliwości co do zakresu czynności jakie powierzone zostaną w ramach podwykonawstwa. Podmiot trzeci, którego doświadczenie, jak sam twierdzi Odwołujący, nie jest podważane, w wystarczającym stopniu wskazał w jakim zakresie udzieli Przystępującemu nabytego doświadczenia.

Równocześnie skład orzekający podziela stanowisko Przystępującego, że argument Odwołującego dotyczący niedopuszczalności powierzenia podwykonawcy realizacji całego przedmiotu zamówienia jest nietrafiony, gdyż podwykonawstwo podmiotu trzeciego wynikające z konieczności faktycznej realizacji przedmiotu zamówienia, w odniesieniu, do którego udostępnił zasoby, dotyczy robót budowlanych. Tymczasem pkt 4.1.1. PFU wskazuje, że w celu realizacji danej inwestycji niezbędne jest podjęcie działań z zakresu: •

Prac projektowych wraz z niezbędnymi uzgodnieniami • Robót budowlano-montażowych • Prac organizacyjnych. Samo zatem przekazanie podwykonawcy robót budowlanych nie wyczerpuje przedmiotu zamówienia.

Pozostałe zarzuty odwołania Izba uznała za niezasadne stwierdzając, iż zamawiający prawidłowo dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a postępowanie prowadzone jest z zachowaniem zasad wynikających z przepisu art. 16 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący: