

WYROK

z dnia 5 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie **4 czerwca 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **14 kwietnia 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane „CZĘSTOBUD” D. Ś., Częstochowa, Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL sp. z o.o. z siedzibą w Jaskrowie**

w postępowaniu pn. *Termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Kluczewsko* (nr postępowania B.271.2.2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Kluczewsko**

przy udziale wykonawcy: **Firma Remontowo-Budowlana SGBUD S. G., Kielce** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie w ten sposób, że nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności – wezwanie Firmy Remontowo-Budowlanej SGBUD S. G. z Kielc do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.1.2. ppkt 1) lit. a rozdziału V specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**
- 2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania**
 - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty**

postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Kielcach**.

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Kluczewsko prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp” lub „p.z.p.”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Kluczewsko* (nr postępowania B.271.2.2020).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 4 marca 2020 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 519882_N-2020.

Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

9 kwietnia 2020 r. Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Firmę Remontowo-Budowlaną SGBUD S. G. z Kielc {dalej również: „SGBUD”}.

14 kwietnia 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane „CZĘSTOBUD” D. Ś., Częstochowa, Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL sp. z o.o. z siedzibą w Jaskrowie {dalej: „Konsorcjum” lub „Odwołujący”} wnieśli w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności w zakresie części 1. i 2. zamówienia, a także od zaniechania wykluczenia SGBUD i zaniechania odrzucenia złożonej przez niego oferty w tych częściach zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 i 3 przez brak przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
2. Art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie wykluczenia SGBUD, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu zakresie zdolności zawodowej, co narusza zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, a także zaniechanie uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą.
{ewentualnie}
3. Art. 26 ust. 3 przez zaniechanie należytego badania i oceny ofert polegające na zaniechaniu wezwania SGBUD do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej z uwagi

na fakt, że w wykazie wskazano realizację podmiotu trzeciego, który faktycznie nie bierze udziału w postępowaniu.

4. Art. 89 ust. 1 pkt 2 przez brak wypełnienia treści oferty zgodnie z wymogami SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Wykluczenia SGBUD oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy.
3. Ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji wyboru oferty Odwołującego.

Ponadto w uzasadnieniu odwołania zbiorczo podniesiono następujące okoliczności.

Odwołujący stwierdził, że ponieważ wskazane w wykazie roboty budowlane wykonał podmiot trzeci, wykonawca nie posiada żadnego doświadczenia.

Według Odwołującego, po pierwsze, na podstawie złożonej oferty Zamawiający nie był w stanie ocenić czy podmiot trzeci podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż w treści załącznika nr 3 do SIWZ nie zostało złożone oświadczenie w tym zakresie. Odwołujący podał, że Zamawiający w treści SIWZ zobowiązał wykonawcę do złożenia oświadczenia również w stosunku do podwykonawców i podmiotów trzecich, które to oświadczenia zgodnie z wymogiem pkt 6.2. miały zostać złożone na piśmie wraz z ofertą.

Po drugie, zdaniem Odwołującego na podstawie dokumentów oferty SGBUD Zamawiający nie mógł stwierdzić, w jakim w jakim zakresie i w odniesieniu do których warunków podmiot trzeci udostępnia swoje zasoby.

Odwołujący zrelacjonował, że:

- w treści {wzoru} załącznika nr 4 Zamawiający zażądał wskazania zakresu udostępnionych zasobów w ramach warunków udziału w postępowaniu określonych w dwu obszarach: zdolności zawodowej, czyli tzw. posiadanego doświadczenia przy realizacji robót, oraz zdolności technicznej, czyli posiadania stosownego personelu;
- w załączniku nr 4 z oferty SGBUD zostało wskazane, że Wykonawca polega na zdolnościach technicznych J. C. PW „Janek”, a jednocześnie w wykazie osób nie zostało wskazane, czy osoby te stanowią zasoby własne czy zasoby podmiotu trzeciego;
- w załączniku nr 8 z oferty SGBUD – zobowiązaniu wskazano, że użyczenie dotyczy posiadanego doświadczenia, przy braku informacji o zakresie udostępnionych zasobów

Po trzecie, Odwołujący podniósł, że wymogiem ustawowym wynikającym z art. 22a ust. 4 pzp jest wykonywanie części przedmiotu zamówienia przez podmiot, który zasoby udostępnia w charakterze podwykonawcy.

Odwołujący zrelacjonował, że:

- Zamawiający zażądał w pkt 10. formularza ofertowego informacji na temat podwykonawstwa, w tym wartości lub procentowego określenia części zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcy, zastrzegając, że w razie braku podania tych danych

przyjmie, że wykonawca zrealizuje zamówienie samodzielnie.

- SGBUD zamieścił tylko informację, że w zakresie wymiany stolarki okiennej podwykonawcą będzie J. C. P.W. „JANEK”.

Odwołujący zarzucił, że już tylko z tego powodu zachodzi sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ.

Przede wszystkim według Odwołującego w sytuacji, gdy podmiot ten używa zasoby celem spełniania warunków udziału w postępowaniu, a tym samym dla realności udostępnienia musi realizować przedmiot zamówienia, brak podania tych danych skutkuje brakiem możliwości uznania spełniania warunków.

Ponadto zdaniem Odwołującego w świetle orzecznictwa Izby wątpliwe jest, nawet gdyby został wskazany zakres podwykonawstwa, że dla wykazania spełnienia warunków udziału podmiot trzeci może realizować jedynie wycinek robót, m.in. w wyroku Izby z 29 kwietnia 2019 r. sygn. akt. KIO 711/19 czytamy: *Ustawodawca, w art. 22 ust. 4 p.z.p. ustanowił obowiązek realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby w postaci m.in. doświadczenia, w zakresie, w którym wykonawca ten, powołał się na zasoby podmiotu trzeciego. Nie można zatem uznać, iż podmiot wykazujący spełnienie warunku udziału w postępowaniu w całym wymaganym zakresie, będzie uczestniczył w realizacji tego zamówienia jedynie w pewnym, wybranym przez siebie zakresie, stanowiącym element a nie całość wykazywanego doświadczenia. W sytuacji kiedy podmiot trzeci udostępnia swoje zasoby, polegające na wykazaniu doświadczenia stanowiącego warunek udziału w postępowaniu, podmiot ten zobowiązany jest do osobistego wykonania tej części zamówienia, która była objęta warunkiem udziału w postępowaniu. Taka okoliczność stanowi wykazanie przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wykonawca polegający na zdolnościach innego/innych podmiotów musi udowodnić zamawiającemu (w szczególności przedstawiając zobowiązanie tego/tych podmiotów), że realizując zamówienie będzie dysponował zasobami tego/tych podmiotów, niezbędnymi na potrzeby realizacji zamówienia. Zobowiązanie to stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokonywanej przez Zamawiającego, Na podstawie treści złożonego zobowiązania, Zamawiający powinien uzyskać pewność, że wykonawca odwołujący się przy wykazywaniu swojej zdolności do realizacji zamówienia do zasobów innego podmiotu, realnie będzie uprawniony do korzystania z tych niezbędnych zasobów, na potrzeby realizacji zamówienia. Co więcej, zamawiający powinien uzyskać w ten sposób szczegółową wiedzę dotyczącą obszarów, w jakich realizacja zamówienia będzie odbywała się, Przy udziale zasobów innego podmiotu, umożliwiającą egzekwowanie poprawnej realizacji zamówienia, zgodnie z deklarowanym przez wykonawcę zobowiązaniem innego podmiotu. Tylko szczegółowe określenie zakresu*

i sposobu zobowiązania innego podmiotu, przedstawione przez wykonawcę, umożliwiają Zamawiającemu podjęcie decyzji w zakresie uznania kwalifikacji tego wykonawcy w odniesieniu do realizacji zamówienia, a co za tym idzie ocenę wykonawcy, w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W przekonaniu Odwołującego udostępnienie zasobów w tym postępowaniu polega jedynie na pożyczaniu dokumentu referencji, a nie realnym udostępnieniu zasobów podmiotu trzeciego na potrzeby udowodnienia, że przedmiot zamówienia będzie realizowany przez podmiot gwarantujący należytego jego wykonanie.

Odwołujący powołał się na to, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie wskazuje się, że inny podmiot ma nie tyle wziąć udział w realizacji zamówienia, a jest zobowiązany zrealizować zamówienie w zakresie, w jakim udostępnił własne zasoby, gdyż realne udostępnienie zasobów może polegać wyłącznie na wykonaniu przez podmiot udostępniający usług lub robót budowlanych, do których takie zdolności są wymagane, m.in. w wyroku Izby z 9 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2245/17 czytamy:

- 1. Użyte w art. 22a ust. 4 p.z.p. sformułowanie „podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi” jest pojęciem węższym od udziału tych podmiotów w realizacji zamówienia. Udział w realizacji zamówienia może przybrać rozmaite formy zaangażowania podmiotu trzeciego, może realizować się w postaci doradztwa, konsultacji, nadzoru, uczestniczenia przy wykonywaniu określonych czynności, etc. Natomiast wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą.*
- 2. Wykorzystanie zasobów, o których mowa w art. 22a p.z.p., musi być jednoznaczne i nie może być domysłem lub domniemaniem. Wykonawca ma obowiązek udowodnienia, a nie tylko uprawdopodobnienia, że dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wykonawca winien dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tylko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, ale także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełnienia danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia,*
- 3. Dyspozycja art. 22 ust. 4 p.z.p. wymaga, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domniemania. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu*

potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób innego podmiotu zostanie realnie udostępniony,

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 4 czerwca 2020 r. wniósł o jego oddalenie, następująco uzasadniając swoje stanowisko.

Zdaniem Zamawiającego z następujących powodów chybiony jest zarzut naruszenia przez niego art. 7 ust. 1 i 3 pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp.

W ocenie Zamawiającego SGBUD spełnia stawiane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Jak wynika z akt postępowania przetargowego, SGBUD wraz z ofertą złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego, J. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „JANEK” w Kielcach. W treści tego oświadczenia podmiot trzeci zobowiązał się do udostępnienia SGBUD wiedzy i doświadczenia nabytego przy realizacji zamówienia, wskazując, iż wiedza i doświadczenie (zdolność techniczna) zdobyta w trakcie realizacji zamówień będzie udostępnienia Wykonawcy przez cały okres realizacji zamówienia. Dodatkowo w zobowiązaniu podmiot trzeci oświadczył, iż zrealizuje zakres prac, których wskazane zdolności dotyczą.

Zamawiający opisał, że w oświadczeniu dotyczącym podstaw wykluczenia z postępowania, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ, wypełniona została pierwsza część oświadczenia, z której wynika, iż zarówno SGBUD, jak i podmiot udzielający mu zasobów nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie zostały natomiast wypełnione oświadczenia dotyczące poszczególnych podstaw wykluczenia, przy czym z treści wzoru oświadczenia dotyczącego podstaw wykluczenia jednoznacznie wynika, że należy je wskazać, gdyby zachodziły one w stosunku do wykonawcy lub podmiotu trzeciego.

Zamawiający domniemywa, że Odwołujący upatruje nieprawidłowości w braku wykreślenia niewypełnionej części oświadczenia, co jednak według Zamawiającego nie odnosi się do sfery merytorycznej tego oświadczenia, a jedynie ma wymiar formalny. Domaganie się od Wykonawcy wykreślenie niewypełnionych miejsc w oświadczeniu byłoby zbyt dalekim rygoryzmem i formalizmem. Natomiast brak wykreślenia w tym zakresie nie budzi żadnych wątpliwości co do treści oświadczenia, dlatego też całkowicie niezasadne są zarzuty w tym zakresie stawiane przez Odwołującego (podobnie Izba w wyrokach wydanych 15 stycznia 2020 r. sygn. akt KIO 2657/19 i 9 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO 2382/19).

Według Zamawiającego nietrafny jest również zarzut dotyczący wypełnienia treści oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ.

Dla Zamawiającego niezrozumiałe jest przyporządkowanie przez Odwołującego poszczególnych warunków udziału odrębnie do zdolności zawodowej i technicznej, gdyż w ustawie pzp brak jest legalnej definicji zdolności technicznej lub zawodowej (w art. 22 ust. 1b pzp wyróżnione zostały grupy warunków, które mogą być stawiane, bez wydzielania podgrup). Również w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie dokonuje się grupowania poszczególnych rodzajów dokumentów do zdolności technicznej lub zawodowej. Stąd nie można się zgodzić z Odwołującym, że pod pojęciem zdolności technicznej należy rozumieć wyłącznie dysponowanie personelem zdolnym do wykonania zamówienia, gdyż jest to również umiejętność realizacji danego zamówienia zdobyta w ramach posiadanej wiedzy i doświadczenia. Także w rozdziale V 5.1. pkt 1.2. ppkt 3) SIWZ Zamawiający nie dokonał takiego przyporządkowania. Tym samym wpisanie w oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu informacji, że Wykonawca będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego w zakresie zdolności technicznej, jednoznacznie potwierdza, że chodzi o powyższy warunek.

Zamawiający podkreślił również, że przy dokonywaniu analizy oferty należy brać pod uwagę całokształt dokumentów składających się na treści oferty. Dla Zamawiającego nie budzi wątpliwości, iż zakres polegania na zasobie podmiotu trzeciego przez Wykonawcę został doprecyzowany w zobowiązaniu podmiotu trzeciego. Jak wynika z prezentowanej linii orzeczniczej Izby, jeżeli całokształt dokumentów składających się na treść oferty pozwala Zamawiającemu na ustalenie właściwej treści złożonej oferty, ewentualne wątpliwości w zakresie złożonego oświadczenia (Zamawiający podkreślił, że nie miał tych wątpliwości) mają jedynie wymiar formalny, co do formy prezentacji określonej informacji, nie zaś merytoryczny. Sama zaś forma przedstawienia informacji nie może stanowić podstawy wyeliminowania z postępowania danego wykonawcy (podobnie Izba w wyrokach z: 17 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 1276/19, 8 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 468/19).

Zdaniem Zamawiającego nieuprawnione jest stanowisko Odwołującego, że dla spełnienia normy art. 22a ust. 4 pzp konieczne jest, aby podmiot udostępniający zasoby występował w charakterze podwykonawcy.

Zgodnie z art. 22a ust. 1 pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Zamawiający wywiódł, że poleganie na zdolnościach podmiotu trzeciego instytucją wspomagającą wykonawcę w wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności

technicznych lub zawodowych, sytuacji finansowej lub ekonomicznej. Ustawodawca podkreśla, że charakter prawny stosunków łączących wykonawcę i podmiot udostępniający zasoby jest z punktu widzenia tej instytucji nieistotny i nie podlega badaniu przez zamawiającego. Ważne jest również to, że ich współpraca może przybrać postać bardzo szeroką i różnorodną. Takim stosunkiem prawnym może przykładowo okazać się umowa o dzieło lub inna umowa cywilnoprawna.

Zamawiający powołał się również na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które akcentuje konieczność zapewnienia realnej realizacji zamówienia przez podmiot trzeci, co jednak nie musi oznaczać podwykonawstwa. W wyroku z 4 września 2017 r. sygn. akt KIO 1755/17 Izba uznała, że obowiązek zrealizowania robót budowlanych przez podmiot udostępniający zasoby, wynikający z art. 22a ust. 4 ustawy pzp, oznacza, że wykonawca powołujący się na obce zasoby obowiązany jest do zaangażowania podmiotu trzeciego w realizację przedmiotu zamówienia tak, aby poleganie na potencjale podmiotu trzeciego było realne.

Zamawiający zwrócił również uwagę na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-324/14 (Partner A.). TSUE w wyroku tym sformułował zasadę, zgodnie z którą wykonawca ma prawo polegania na zdolnościach innych podmiotów, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że w rzeczywistości będzie dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania odnośnego zamówienia. Przedmiotowe orzeczenie TSUE wydane zostało w oparciu m.in. o art. 48 ust. 3 Dyrektywy 2004/18. Przy czym Dyrektywa 2014/24 analogicznie określa, że wykonawca może polegać na zdolności innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań (art. 63 ust. 1). Wobec tego za w pełni aktualne należy uznać twierdzenie TSUE z powyższego wyroku C-324/14, że *o ile oferent musi udowodnić, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów, które to zasoby nie stanowią jego własności, a są niezbędne do wykonania odnośnego zamówienia, to jednak ma on swobodę wyboru, po pierwsze, charakteru prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z innymi podmiotami, na których zdolnościach polega w celu wykonania tego zamówienia, i po drugie środka dowodowego na wykazanie istnienia tych powiązań*. Reasumując, dla udostępnienia zasobu doświadczenia przez podmiot trzeci, zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy pzp konieczne jest wykazanie rzeczywistego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego i realizacja robót przez ów podmiot samodzielna lub wspólnie z wykonawcą. Jak wskazał również TSUE w powyższym wyroku *w praktyce, jak słusznie zauważyła Komisja Europejska, wydaje się trudne, a wręcz niemożliwe, aby wykonawca mógł przewidzieć a priori wszystkie możliwe przypadki wykorzystania zdolności innych podmiotów*. Należy zatem uznać, że dopuszczalne jest udzielenie zasobu doświadczenia w sytuacji realizacji robót przez podmiot niezależnie

od tego, w jakim charakterze podmiot ów będzie te roboty realizował o ile nie uczyni to udostępnienia zasobów pozornym.

W ocenie Zamawiającego nie budzi wątpliwości, że zarówno udział w robotach budowlanych, jaki i nadzór nad osobami fizycznie wykonującymi roboty budowlane oraz udzielanie wykonawcy konsultacji na budowie jest realną formą udostępnienia doświadczenia (zakres tych prac nie ma charakteru fikcyjnego), zapewniającą rzetelne wykonanie robót. Ponadto obecność podmiotu trzeciego w całym okresie realizacji robót gwarantuje prawidłowość i rzetelność ich realizacji, co potwierdzają również załączone do oferty referencje dla podmiotu trzeciego. Zamawiający podkreślił, że wiążące są zobowiązania, jakie wykonawca składa w ofercie, które w ocenie Zamawiającego nie budzą wątpliwości (tak Izba w wyroku z 20 lipca 2018 r. sygn. akt KIO 1336/18).

Zamawiający podał, że w zobowiązaniu załączonym do oferty SGBUD podmiot trzeci zobowiązał się do przekazania Wykonawcy wiedzy i doświadczenia nabytego przy realizacji zamówienia przez cały okres realizacji zamówienia, jak również zobowiązał się do realizacji tego zakresu prac, czyli brania udziału w realizacji wszystkich czynności na etapie realizacji całego zamówienia.

Dla Zamawiającego powyższe zobowiązanie jest jednoznaczne i potwierdza, iż przez cały czas podmiot trzeci (jak to określił Zamawiający „będący zasobem”) będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Takiego rozumienia zobowiązania nie zmienia również fakt, że co w zakresie realizacji części zamówienia podmiot trzeci będzie działała jako podwykonawca.

Zamawiający wywiódł, że ponieważ charakter stosunków łączących wykonawcę z podmiotem trzecim z punktu widzenia tej instytucji jest nieistotny i nie podlega badaniu przez zamawiającego, może mieć również charakter mieszany, w części oparty na podwykonawstwie, a w części np. na umowie określającej zakres współpracy pomiędzy podmiotami przy realizacji danego zamówienia.

Na marginesie Zamawiający zauważył, że pierwotnie określony zakres podwykonawstwa może ewoluować w okresie realizacji przedmiotu umowy, zarówno w kierunku jego rozszerzenia, jak i zmniejszenia, a nawet całkowitej zmiany podwykonawcy, nawet w sytuacji, gdy jest to podmiot, na którego zasobach polega wykonawca. Taką zmianę dopuszcza art. 36b ust. 4 ustawy pzp, zgodnie z którym w tym ostatnim przypadku wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający wywiódł, że skoro zakres podwykonawstwa może ulegać zmianie,

nie można domagać się wykluczenia wykonawcy za ewentualne nieprecyzyjne określenie zakresu podwykonawstwa.

Według Zamawiającego uznanie za zasadne stanowiska Odwołującego, że w przypadku powoływania się na zasób podmiotu trzeciego, może on być wyłącznie podwykonawcą, wypacza całkowicie sens tej instytucji w przypadku tzw. jednoosobowej działalności gospodarczej, gdyż prowadzioby do wniosku, że osoba ta ma samodzielnie fizycznie wykonać całość robót budowlanych.

Odnosząc się do zarzutu sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, Zamawiający podniósł, że ustawa pzp nie przewiduje żadnych sankcji za brak wskazania podwykonawców w ofercie, w tym brak jest podstaw do niedopuszczenia zlecenia podwykonawstwa na etapie realizacji zamówienia, nawet gdyby w treści oferty zadeklarowano wykonanie zamówienia wyłącznie siłami własnymi. Obowiązek określony w art. 36b ust. 1 pzp, z uwagi na to, że przepis ten wskazuje jedynie na zamiar, a nie stanowcze oświadczenie o powierzeniu konkretnym podwykonawcom konkretnego zakresu zamówienia, jest obowiązkiem wyłącznie o charakterze informacyjnym. Na taką interpretację wskazuje też art. 36ba ust. 1 pzp, pozwalający na powierzenie podwykonawcy wykonania części zamówienia w trakcie realizacji zamówienia. Nie ma uzasadnienia dla różnicowania sytuacji wykonawców, którzy na etapie składania ofert jeszcze nie znają podwykonawców, ale już planują część zamówienia powierzyć innym podmiotom, od tych, którzy dopiero na etapie realizacji zamówienia zdecydują się na powierzenie części zamówienia innemu podmiotowi. Brak w ofercie informacji dotyczącej części zamówienia, jaką wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy, nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ., a w konsekwencji nie występuje przesłanka do odrzucenia oferty określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp (tak np. Izba w wyroku sygn. akt KIO 1073/18).

Zamawiający podsumował, że biorąc pod uwagę powyższe, niepełne wskazanie zakresu podwykonawstwa (bez określenia jego wartości lub procentowej części) nie daje podstaw do odrzucenia oferty, zwłaszcza że sformułowanie zamieszczone w ofercie SGBUD umożliwia określenie procentowej części zamówienia w porównaniu do całości robót objętych przedmiotem zamówienia.

Pismem z 22 kwietnia 2020 r. Zamawiający poinformował Izbę, że kopię odwołania przekazał pozostałym wykonawcom drogą elektroniczną lub doręczono rąk własnych 16 kwietnia 2020 r.

21 kwietnia wpłynęło do Prezesa Izby w formie pisemnej zgłoszenie przez Firmę Remontowo-Budowlaną SGBUD S. G. z Kielc przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec wpłynięcia tego zgłoszenia do Prezesa Izby w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp), Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

W zgłoszeniu przystąpienia Przystępujący podał, że funkcjonuje na rynku od 2018 r. i w tym czasie realizował zamówienia, których przedmiotem również była termomodernizacja (urząd gminy w Pierzchnicy oraz budynek Gminnego Ośrodka Pomocy Społecznej w Piekoszowie). Z powodzeniem prowadzi termomodernizacje budynków użyteczności publicznej w Kazimierzy Wielkiej czy budynku ZUS w Busku Zdroju.

Przystępujący zauważył, że w rozdziale V SIWZ pkt 5.1.3 Zamawiający uwarunkował udział w postępowaniu doświadczeniem wyrażonym w wartości wykonywanych robót.

Stąd Przystępujący wykazał, że takie doświadczenie posiada, wykazując roboty dotyczące kompleksowej modernizacji energetycznej budynku przeznaczonego na działalność hotelową w Kielcach przy ul. Urzędniczej 13. tj. termomodernizację budynku polegającą na ociepleniu elewacji i dachu budynku wraz z wymianą stolarki okiennej, wymianą instalacji elektrycznej wewnętrznej, instalacji CO, węzłów ciepłych oraz instalacji wod.-kan. Ponadto montaż instalacji fotowoltaicznej o mocy 40 kW.

Jednocześnie Przystępujący zaznaczył, że według rozdział V pkt 5.5. SIWZ wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

W piśmie z 4 czerwca 2020 r. Przystępujący dodatkowo wskazał na niezrozumienie przez Odwołującego treści zobowiązania złożonego przez J. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „JANEK” z Kielc, będącego podmiotem trzecim, na którego zasoby Przystępujące powołał się składając ofertę.

Przystępujący podał, że w treści zobowiązania załączonego do oferty jednoznacznie wskazano, że podmiot trzeci udostępnił mu zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia nabyte przy realizacji zamówień, a w związku z tym zrealizuje prace, których wskazane zdolności dotyczą. Jednocześnie podmiot trzeci wskazał, że swoją zdolność techniczną będzie udostępniał przez cały okres realizacji zamówienia. Współdziałanie Przystępującego z podmiotem trzecim zostało w części dotyczącej stolarki okiennej doprecyzowane jako podwykonawstwo. Natomiast pozostałe zakresy robót realizowane będą na zasadzie współdziałania, współpracy, gdzie zasób trzeci będzie uczestniczył w realizacji zamówienia

przez cały okres.

Przystępujący oświadczył, że zasady współpracy w pozostałym zakresie zostaną pomiędzy stronami określone, jednak żadne regulacje prawne nie wymagają załączenia do złożonej oferty umowy współpracy z podmiotem trzecim będącym zasobem.

Według Przystępującego potwierdzeniem jego zapewnień jest fakt, że jest wykonawcą część 3 przedmiotowego zamówienia (w odniesieniu do której nie wniesiono odwołania), realizowanej przy faktycznym współudziale zasobu trzeciego, który uczestniczy w robotach budowlanych na zasadzie współdziałania (do pisma załączono umowę o współpracy). Tożsama zasada będzie obowiązywać w przypadku podpisania z Zamawiającym umowy na realizację zamówienia w zakresie części 1 i 2.

Zdaniem Przystępującego istotne jest również, że na etapie składania ofert określa się jedynie zakres podwykonawstwa i to o tyle, o ile podwykonawca jest znany.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie, podczas której Zamawiający podtrzymał dotychczasowe stanowisko, a w imieniu Przystępującego nikt się nie stawił.

Natomiast Odwołujący, choć podtrzymał zarzuty, żądania i argumentację odwołania, podkreślił, że jego stanowisko zasadza się na interpretacji treści oferty, w tym odnośnie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w kontekście postanowień specyfikacji, a zatem nieadekwatne jest stanowisko Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, które obszernie wypowiada się na temat możliwości realnego udostępnienia zasobów nie tylko poprzez podwykonawstwo. W tym przypadku to Wykonawca, który złożył ofertę i podmiot 3 określili, że udostępnienie będzie przez podwykonawstwo, a jednocześnie zakres podwykonawstwa został zawężony do stolarki okiennej. Stąd z ostrożności Odwołujący wskazał naruszenie art. 26 ust 3 pzp, co oznacza, że Zamawiający powinien co najmniej wezwać Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów do spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu i dalszym piśmie, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia i dalszym piśmie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę, ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie jako wykonawca kwestionujący zaniechanie wykluczenia, względnie zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów wykonawcy, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą, wykazał, że może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Niesporne było, że Zamawiający nie zastrzegł żadnej części tego zamówienia jako kluczowej, która musi być osobiście wykonana przez wykonawcę.

Jednocześnie w toku rozprawy okazało się niesporne, że prace związane z wymianą stolarki okiennej w części 1. i 2. zamówienia stanowią ok. 7-8% wartości każdej z tych części.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że w ofercie Energiki pośrednio został wskazany w przybliżeniu % część zamówienia, jaką zamierza powierzyć podwykonawcy.

Z uwagi na powyższe nie było podstaw, aby Zamawiający zastosował przewidzianą przez siebie w treści formularza oferty fikcję prawną, że w przypadku braku takiego wskazania przyjmie, że wykonawca zrealizuje zamówienie samodzielnie. Niezależnie od powyższego takie zastrzeżenie o potencjalnie daleko idących skutkach należy uznać za nieznajdujące oparcia w przepisach ustawy pzp i regułach wykładni oświadczeń woli wynikających z Kodeksu cywilnego.

Druk oświadczenia dotyczącego podstaw wykluczenia z postępowania zostało tak zredagowane przez Zamawiającego (jako załącznik nr 3 do s.i.w.z.) i wypełniony przez SGBUD w taki sposób, że w przypadku zaznaczenia w pierwszym oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-22 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 i 8 ustawy pzp (jak to nastąpiło w odniesieniu do SGBUD i J. C. P.W. „Janek” z Kielc}, nie było potrzeby wypełnienia dalszej części druku odnoszącej się już do sprecyzowania podstaw wykluczenia, które zachodzą i wskazania ewentualnie podjętych środków naprawczych w ramach tzw. samooczyszczenia.

Zgodnie ze skróconym opisem przedmiotu zamówienia z ogłoszenia o tym zamówieniu [m.in. załącznik I informacje dot. ofert częściowych w pkt 1) dla części 1. i 2.] jego zakres zarówno w części 1., jak i 2. obejmuje wykonanie następujących robót budowlanych:

1. Instalacje sanitarne demontaż istniejącej kotłowni olejowej, demontaż zbiorników na olej, demontaż istniejących instalacji CO (grzejników i przewodów), montaż kotła na biomasę, montaż instalacji CO (przewody, grzejniki, głowice termostatyczne), zasilanie instalacji CWU w ciepło technologiczne, montaż pompy ciepła powietrze-woda, demontaż kotła olejowego wraz ze zbiornikami oleju w kotłowni hali sportowej {tylko część. 2.}, montaż kotła na biomasę w kotłowni hali sportowej {tylko część 2.}.
2. Instalacje elektryczne demontaż istniejących opraw oświetleniowych, wyznaczenie miejsc zamontowania nowych opraw, przygotowanie podłoża do montażu przewodów, zamocowanie przewodów do podłoża, wymiana uszkodzonych łączników instalacyjnych, montaż nowych opraw oświetleniowych, podłączenie i sprawdzenie instalacji oświetleniowej, pomiary rezystancji instalacji oświetleniowej, pomiary natężenia oświetlenia na stanowisku roboczym, - wyznaczenie trasy linii zasilającej pompy ciepła, montaż listwy instalacyjnej PCV, układanie w listwach przewodów zasilających pompę ciepła, podłączenie urządzeń i pomiary elektryczne.
3. Instalacja fotowoltaiczna budowa instalacji fotowoltaicznej o mocy 15,60 kWp {część 2. 11,10 kWp} (konstrukcja wsporcza montowana na dachu, trasy kablowe prowadzone w rurkach osłonowych oraz korytach elektroinstalacyjnych, wewnątrz pomieszczeń w listwach instalacyjnych, falownik o mocy 15,0 kWp {część 2. 10 kWp}, rozdzielnice wraz z wyposażeniem, moduły fotowoltaiczne o mocy 300 Wp montowane na dachu, łączone szeregowo, ochrona od porażenia, przeciwprzepięciowa, przed zwarciami i przewężeniami, sprawdzenie i odbiór robót).
4. Roboty ogólnobudowlane demontaż starych obróbek blacharskich i podokienników zewnętrznych, demontaż rynien i rur spustowych, przełożenie instalacji odgromowej (demontaż i ponowny montaż po zakończeniu robót na elewacji i dachu), przełożenie elementów mocowanych do elewacji tablice, uchwyty do flag (demontaż i ponowny montaż po zakończeniu robót dociepleniowych), demontaż krat okiennych {tylko część 2.}, prostowanie, uzupełnianie i malowanie zdemontowanych krat okiennych, montaż po zakończeniu ocieplania ścian {tylko część 2.}, wymiana okien wg zestawienia stolarki (z uwzględnieniem nawiewników higrosterowalnych), wymiana drzwi zewnętrznych wg zestawienia stolarki, roboty związane z przygotowaniem podłoża ścian do docieplenia, ocieplenie ścian nieocieplonych (część stara) płytami styropianowymi grub. 14 cm oraz ścian budynku rozbudowy płytami grub. 8 cm {część 2. ściany budynku rozbudowy, w tym sala gimnastyczna, płytami grub. 6 cm} oraz hali sportowej grub. 6 cm {dotyczy tylko części 1.} wraz z wyprawą tynkiem silikatowo-silikonowym, cokół tynk mozaikowy, ocieplenie stropu od spodu podcieni przy wejściach płytami styropianowymi grub. analogicznie jak elewacje {tylko część 1.}, demontaż istniejącej opaski przyściennej

w zakresie niezbędnym dla wykonania ocieplenia ścian piwnic (poniżej terenu) i ścian fundamentowych (na głęb. do 1 m poniżej terenu), wykonanie opaski przyściennej z kostki brukowej gr. 6 cm z zabezpieczeniem obrzeżem betonowym, roboty ziemne wykopy i zasypy przy ociepleniu ścian piwnic i ścian fundamentowych, przygotowanie powierzchni i izolacja przeciwwilgociowa pionowa ścian piwnic oraz ścian fundamentowych, ocieplenie ścian piwnic i ścian fundamentowych przy użyciu styropianu wodoodpornego grub. 12 cm oraz zabezpieczenie folią kubełkową, demontaż istniejącego i montaż nowego daszku nad wejściem do kotłowni {tylko część 2.}, renowacje istniejących zadaszeń nad drzwiami zewnętrznymi, renowacja balkonów {tylko część 2.}, naprawa betonowych schodów i podestów zewnętrznych, naprawa murów oporowych i ścian przy drzwiach zewnętrznych {tylko część 2.}, naprawa studzienek doświetlających {tylko część 2.}, naprawa komina wolnostojącego {tylko część 2.}, wykonanie i uszczelnienie dylatacji między poszczególnymi segmentami budynku, montaż nowych obróbek blacharskich i podokienników zewnętrznych, montaż nowych rynien i rur spustowych z blachy powlekanej gr. 0,7 mm, drobne naprawy i gruntowanie pokrycia dachowego z papy (stropodach nad salą gimnastyczną i łącznikiem) {tylko część 2.}, ocieplenie stropodachu nad budynkiem rozbudowy (skrzydło wschodnie i część zachodniego) z użyciem wełny mineralnej gr. 22 cm. {część 2. nad salą gimnastyczną i łącznikiem z użyciem styropapy gr. 26 cm), wykonanie pokrycia dachowego z papy termozgrzewalnej wraz z wykonaniem niezbędnych obróbek przy ścianach i kominach (budynek rozbudowy wraz z salą gimnastyczną) {część 2. sala gimnastyczna i łącznik}, wykonanie pokrycia dachowego z papy termozgrzewalnej wraz z wykonaniem niezbędnych obróbek przy ścianach i kominach (sala gimnastyczna i łącznik) {tylko część 2.}, docieplenie kominów ponad dachem (i w przestrzeniach poddaszy nieogrzewanych) oraz ścianek attykowych (od strony dachu) styropianem gr. 5 cm, z wyprawą tynkarską analogicznie jak elewacji {tylko część 2.}, ocieplenie stropu poddasza nieużytkowego budynku (skrzydło południowe) {część 2. poddasza nieużytkowego budynku głównego) wełną mineralną grub. 22 cm, wykonanie zabezpieczenia izolacji z wełny poprzez wykonanie podłogi z płyt OSB grub. 22 mm na legarach drewnianych.

Z godnie z brzmieniem ogłoszenia o zamówieniu [sekcja III pkt 1.3]] i s.i.w.z. [rozdział V pkt 5.1.1.2) ppkt 3) lit. a)] Zamawiający wymagał w ramach zdolności technicznej lub zawodowej, aby wykonawca: *nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie wykonali należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na termomodernizacji budynku lub dociepleniu budynku z montażem lub wymianą instalacji CO lub źródła ciepła*

o wartości robót: - dla części 1 nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto - dla części 2 nie mniejszej niż 500.000,00 zł brutto - dla części 3 nie mniejszej niż 450.000,00 zł brutto. UWAGA: Wykonawca składający ofertę dla dwóch lub trzech części zobowiązany jest zsumować podane powyżej wartości wymagane dla części na które składa ofertę i wykazać się minimum jedną robotą polegającą na termomodernizacji budynku lub dociepleniu budynku wraz z montażem i wymianą instalacji CO lub źródła ciepła o wartości stanowiącej co najmniej sumę tych kwot wskazanych dla części na które składa ofertę.

{w lit. b) został sformułowany warunek dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania tego zamówienia}.

Reasumując, w wykonaniu dyspozycji art. 22 ust. 1a pzp Zamawiający uznał, że wymagane od wykonawcy tego zamówienia wiedzy i doświadczenia wynikających z uprzednio zrealizowanych należycie robót budowlanych dotyczących termomodernizacji budynku lub dociepleniu budynku, w tym obejmujących montaż lub wymianę instalacji CO lub źródła ciepła, o określonej przez siebie (za pomocą określenia min. progu wartości tych robót w zł) skali, umożliwi mu ocenę zdolności do należytego wykonania tego zamówienia.

Przy czym niesporne było, że Zamawiający w s.i.w.z. [rozdział V pkt 5.5.] powiecił brzmienie art. 22a ust. 1 pzp, czyli wskazał, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosowanych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

SGBUD, jak pośrednio wynika z pisma Przystępującego, z uwagi na wymaganą wartość dotychczas zrealizowanych robót w przypadku ubiegania się o więcej niż jedną część zamówienia, skorzystał z tej możliwości i w treści przygotowanego przez Zamawiającego druku (jako załącznik nr 4 do s.i.w.z.) oświadczenia, że *w celu wypełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych przez zamawiającego w Rozdziale V 5.1. pkt 1.2.) SIWZ, polegam na zasobach następującego/ych podmiotu/ów.*, wpisał Jana Chlebowskiego P.W. „Janek” z Kielc, wskazując, że dotyczy to zakresu *zdolności technicznych*.

Z kolei ów podmiot w szczególności w następujący sposób wypełnił przygotowany przez Zamawiającego (jako załącznik nr 8 do s.i.w.z.), oświadczając:

- po pierwsze (odnośnie zakresu udostępnionych zasobów), że chodzi o wiedzę i doświadczenie;
- po drugie (odnośnie sposobu wykorzystania przez wykonawcę udostępnionych zasobów przy wykonywaniu zamówienia) że będzie to podwykonawstwo;
- po trzecie (odnośnie zakresu i okresu jego udziału przy wykonywaniu zamówienia),

że zdolność techniczna będzie udostępniana przez cały okres realizacji zamówienia.

Jednocześnie SGBUD w pkt 10. formularza oferty dotyczącej podwykonawstwa dla każdej z 3 części wskazał jako podwykonawcę J. C. P.W. „Janek” z Kielc, a w rubryce przeznaczonej na podanie wartości lub procentowej części zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcy, wpisał wymianę stolarki okiennej.

Niesporne było, że J. C. P.W. „Janek” z Kielc w okresie od 4 lipca do 31 grudnia 2017 r. wykonał należycie na rzecz „Turystyki” sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach kompleksową modernizację energetyczną budynku przeznaczonego na działalność hotelową w Kielcach termomodernizację budynku polegającą na ociepleniu budynku z wymianą stolarki okiennej, wymianą instalacji elektrycznych wewnętrznych oraz instalacji CO, węzłów cieplnych oraz instalacji wod.-kan., a także montaż instalacji fotowoltaicznej o mocy 40kW opiewającą łącznie na kwotę ponad 3 mln zł {co wynika wprost ze złożonych na wezwanie Zamawiającego wykazu robót i referencji}, czyli posiada wiedzę i doświadczenie wymaganą w tym postępowaniu w przypadku ubiegania się o udzielenie zamówienia we wszystkich trzech częściach zamówienia łącznie.

Reasumując:

Po pierwsze nie następuje trudności stwierdzenie, że przez „zdolności techniczne”, które wpisał SGBUD do oświadczenia złożonego na wzorze z załącznika nr 4 do s.i.w.z., należy rozumieć „wiedzę i doświadczenie” podmiotu trzeciego (a nie jego potencjał osobowy), gdyż tylko taka kategoria zasobów została wprost wskazana w treści sporządzonego na wzorze z załącznika nr 8 do s.i.w.z. zobowiązania tego podmiotu. Nie ma zatem znaczenia, że z teoretycznoprawnego punktu widzenia uzasadniony jest postulat odróżniania używanych w aktualnym brzmieniu art. 22 ust. 1b pzp desygnatów pojęć „zdolności zawodowej” (jako wg nomenklatury dawnego art. 22 ust. 1 pzp „wiedzę i doświadczenie”) i „zdolności technicznej” (jako wg nomenklatury dawnego art. 22 ust. 1 pzp „osoby zdolne do wykonania zamówienia”). Nie sposób jednak nie dostrzec, że obecna nomenklatura, choć jest tożsama z używaną w dyrektywach UE dotyczących zamówień publicznych, z punktu widzenia reguł znaczeniowych języka polskiego jest znacznie mniej naturalna i zrozumiała niż określenia poprzednio funkcjonujące w ustawie pzp.

Po drugie nawet przy najbardziej przychylniej interpretacji treści zobowiązania, tj. uwzględniającej wszystkie pozostałe przywołane powyżej dokumenty, nie sposób jednoznacznie stwierdzić, w jaki sposób wykorzystana zostanie udostępniona wiedza i doświadczenie ani, jaki będzie zakres udziału podmiotu udostępniającego przy wykonywaniu zamówienia.

Literalnie odczytując treść zobowiązania w oderwaniu od treści pozostałych dokumentów oferty, a biorąc pod uwagę złożony następnie wykaz robót i referencję, można

by uznać, że J. C. P.W. „Janek” z Kielc będzie podwykonawcą wszystkich robót objętych zarówno treścią warunku udziału w postępowaniu, jak i zakresem przedmiotu zamówienia, czyli dotyczących ocieplenia budynku i wymiany instalacji CO, dzięki nabytym przy realizacji robót ujętym w wykazie wiedzy i doświadczeniem.

Jednakże biorąc pod uwagę treść zawartego w ofercie oświadczenia dotyczącego zakresu podwykonawstwa którego zakres został ograniczony do wymiany okien, czyli elementu irrelevantnego z punktu widzenia oceny zdolności do wykonania przedmiotowego zamówienia podtrzymanego w pisemnym stanowisku Przystępującego i tak odczytanego przez Zamawiającego, nie wiadomo, w jaki konkretnie sposób i w jakim konkretnie zakresie podmiot trzeci weźmie udział w realizacji przedmiotowego zamówienia w zakresie wskazanych w poprzednim akapicie robót budowlanych, do których realizacji wymagane było posiadanie wiedzy i doświadczenia objętych treścią warunku udziału w tym postępowaniu.

W konsekwencji Zamawiający nie miał żadnych podstaw faktycznych, aby stwierdzić, że J. C. P.W. „Janek” z Kielc zobowiązał się do zarówno udziału w robotach budowlanych, jaki i nadzoru nad osobami fizycznie wykonującymi roboty budowlane oraz do udzielania Przystępującemu specjalistycznych porad na budowie dzięki obecności przez cały okres wykonywania robót.

W szczególności za bez znaczenia dla sprawy należy uznać zgłoszony przez Zamawiającego i Przystępującego dowód z „Umowy o współpracy” pomiędzy SGBUD a P.W. „Janek”, dotyczącej realizacji trzeciej części tego zamówienia, już choćby tego powodu, że została ona zawarta 20 kwietnia 2020 r., a zatem nie mogła obiektywnie być podstawą do oceny spełniania warunku udziału, w tym wykazania realnego polegania na zasobach podmiotu trzeciego przez Przystępującego.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest w pełni zasadne w zakresie alternatywnie podniesionego zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów w związku z niewykazaniem spełniania warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia wymaganych treścią warunku określonego w s.i.w.z. do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Z art. 24 ust. 2 pkt 12 pzp wynika, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z kolei art. 24 ust. 4 pzp stanowi, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Jednocześnie art. 26 ust. 3 pzp stanowi w szczególności, że jeżeli wykonawca nie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1

(czyli m.in. potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z pkt 1), są one niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Wreszcie zgodnie z art. 22a ust. 4 pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeżeli podmioty te zrealizują roboty budowlane, do których te zdolności są wymagane.

Izba wzięła pod uwagę, że zbliżenie na rozprawie stanowisk Odwołującego i Zamawiającego co do tego, że w świetle art. 22a ust. 4 pzp nie jest konieczne, aby w okolicznościach tego postępowania podmiot udostępniający zasoby uczestniczył w realizacji tego zamówienia jako podwykonawca wszystkich robót objętych treścią powyżej przywołanego warunku udziału w postępowaniu, uczyniło zbędnym rozstrzygnięcie sporu, który, jak się okazało miał jedynie wymiar teoretyczny.

Jednocześnie skoro Odwołujący dopuścił możliwość zastosowania względem Przystępującego art. 26 ust. 3 pzp na potwierdzenie spełniania warunków udziału, tym samym zdawał sobie sprawę, że zarysowany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp oparty jest na wątplych podstawach faktycznych, które nie wskazują na wypełnienie się hipotezy tego przepisu. W tym zakresie Izba w pełni podziela bowiem stanowisko wyrażone przez Zamawiającego z powołaniem się na orzecznictwo Izby, że w takich okolicznościach, jak powyżej ustalone (brak zastrzeżenia kluczowej części zamówienia do osobistego wykonania), nawet błędne oznaczenie zakresu podwykonawstwa samo w sobie nie przesądza o niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., która dopuszczała je bez ograniczeń.

Jednakże niewątpliwie kwestia podwykonawstwa lub uczestniczenia na innej zasadzie podmiotu udostępniającego zasoby ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia możliwości pozytywnego zweryfikowania spełniania przez Przystępującego warunku udziału w tym postępowaniu, stąd konieczne jest w tym zakresie, aby Zamawiający wezwał go do uzupełnienia złożonych w tym zakresie dokumentów.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 12 i art. 22a ust. 4 pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak

w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które uwzględniono, w wysokości 3600 zł, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.