

**WYROK**

**z dnia 1 września 2023 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

**Protokolant: Oskar Oksiński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 września 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie oraz NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Zarząd Morskiego Portu Gdańskiego S.A., z siedzibą w Gdańsku,**

przy udziale wykonawcy **PORR S.A., z siedzibą w Warszawie,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 i 3 ustawy Pzp dotyczącego nieprawidłowości zobowiązania do udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci przedłożonego przez wykonawcę PORR S.A. i nakazuje zamawiającemu: (i) unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) wezwać wykonawcę PORR S.A. do poprawienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 14.2.4 Specyfikacji Warunków Zamówienia; (iii) dokonać ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.
2. W pozostałym zakresie oddać odwołanie.

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego w części 1/2 i odwołującego w części 1/2 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 945 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy dziewięćset czterdzieści pięć złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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 poz. 1710 z późn. 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

W dniu 17 sierpnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie oraz NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Zarządowi Morskiego Portu w Gdańsku S.A. (dalej „Zamawiający”):

- 1) nieprawidłowej ocenie przez Zamawiającego oferty złożonej przez PORR S.A. z siedzibą w Warszawie („PORR”) oraz dokonaniu wyboru oferty PORR jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty PORR w sytuacji, gdy wykonawca ten polega na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby tj. AS BMGS z siedzibą w Rydze, spółki akcyjnej utworzonej na podstawie prawa Republiki Łotewskiej („AS BMGS”) przy spełnianiu warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 14.2.4 SWZ („Warunek udziału”) przy jednoczesnym braku wykazania, iż podmiot ten wykona roboty budowlane do realizacji których jego zdolność jest wymagana, a tym samym braku wykazania spełniania Warunku udziału; ewentualnie zaniechaniu wezwania PORR do poprawienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby AS BMGS poprzez przedłożenie zobowiązania, z którego wynikać będzie, iż AS BMGS wykona przedmiot zamówienia w zakresie odpowiadającym Warunkowi udziału;
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty PORR w sytuacji, gdy wykonawca ten polega na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby AS BMGS przy spełnianiu Warunku udziału, przy jednoczesnym braku wykazania, iż AS BMGS posiada rzeczywiście wiedzę i doświadczenie spełniające Warunek udziału; ewentualnie,
- 4) zaniechaniu wezwania PORR do wyjaśnień co do faktycznego udziału AS BMGS w realizacji prac wskazanych w wykazie robót w sytuacji, gdy z przedłożonych referencji wynika, iż prace objęte wykazem robót AS BMGS realizował nie samodzielnie, a wspólnie z innymi podmiotami;
- 5) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 118 ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 17 ust. 2 PZP poprzez nieprawidłową ocenę oferty PORR, skutkującą uznaniem, że wykonawca ten spełnia Warunek udziału, pomimo, iż (1) ze złożonego przez AS BMGS zobowiązania nie wynika, iż zrealizuje on roboty budowlane do realizacji których jego zdolności są wymagane, a więc w zakresie objętym Warunkiem udziału, (2) dodatkowo zaś ze złożonych przez PORR wyjaśnień oraz formularza oferty wynika, iż AS BMGS zrealizuje jedynie część zakresu robót stanowiących Warunek udziału, tj. część polegającą na pogrążeniu ścianki szczelnej stanowiącej jedynie fragment robót kafarowych;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP w zw. z art. 118 ust. 2 i 3 PZP oraz w zw. z art. 17 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PORR, pomimo iż analiza informacji zawartych w złożonych przez tego wykonawcę w toku Postępowania podmiotowych środkach dowodowych prowadzi do wniosku, iż PORR opierając się na zdolności podmiotu trzeciego w zakresie spełniania Warunku udziału przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego z którego wynika jednoznacznie, iż podmiot ten wykona jedynie część robót stanowiących zakres Warunku udziału, co oznacza, że tym samym PORR nie wykazał realności w dysponowaniu zasobem podmiotu trzeciego oraz spełniania Warunku udziału, co winno skutkować odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP; ewentualnie
- 3) art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 118 ust. 2 i 3 PZP poprzez zaniechanie wezwania PORR do poprawienia zobowiązania, o którym mowa w art. 118 ust. 3 PZP, poprzez przedłożenie zobowiązania, z którego wynikać będzie, że AS BMGS wykona przedmiot zamówienia udzielanego w Postępowaniu w zakresie robót wskazanych w treści Warunku udziału;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP w zw. z art. 118 ust. 2 i 3 PZP oraz w zw. z art. 17 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PORR, pomimo iż analiza informacji zawartych w złożonych przez tego wykonawcę w toku Postępowania: (1) wykazie robót, (2) referencjach (3) oświadczeniu, o którym mowa w art. 118 ust. 3 PZP oraz (4) wyjaśnieniach prowadzi do wniosku, iż PORR opierając się na zdolności podmiotu trzeciego w zakresie spełniania Warunku udziału nie wykazał, iż podmiot ten realizując roboty w ramach konsorcjum faktycznie nabył wiedzę i doświadczenie w zakresie Warunku udziału, a zatem nie wykazał spełniania Warunku udziału, co winno skutkować odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP; ewentualnie
- 5) art. 128 ust. 4 PZP w zw. z art. 118 ust. 2 i 3 PZP poprzez zaniechanie wezwania PORR do wyjaśnień, co do faktycznego udziału AS BMGS w realizacji prac

wskazanych w wykazie robót na potwierdzenie spełniania Warunku udziału w sytuacji, gdy z przedłożonych referencji wynika, iż prace objęte wykazem robót AS BMGS realizował nie samodzielnie, a wspólnie z innymi podmiotami.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny oferty PORR, a w jej następstwie odrzucenia oferty PORR ewentualnie, nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny oferty PORR oraz wezwanie tego wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień oraz poprawienia zobowiązania AS BMGS; przeprowadzenie dowodów z dokumentów, które zostaną złożone na rozprawie w celu wykazania faktów wskazanych w sformułowanych wówczas tezach dowodowych, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszt postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed („KIO”).

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów PZP właściwych dla postępowań o wartości równej lub wyższej niż progi unijne. Przedmiotem zamówienia udzielanego w Postępowaniu są roboty budowlane polegające na budowie uniwersalnego nabrzeża o konstrukcji płytowej z przednią ścianką szczelną oraz rusztem palowym wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Inwestycja obejmuje Nabrzeże Rudowe III (dł. 232,50 m) i fragment Nabrzeża Administracyjnego (dł. 18 m). Efektem inwestycji będzie uzyskanie stanowiska cumowniczego dla statków 30.000 DWT (i niepełnoładownych 100.000 DWT) o głębokości technicznej -11,20 m. Dowód: SWZ dla Postępowania (w aktach Postępowania).

Odwołujący wskazał, że w Postępowaniu oferty złożyli m.in. Odwołujący oraz PORR. W dniu 7 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty PORR jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu oraz jednocześnie poinformował o odrzuceniu ofert pozostałych wykonawców: (1) STRABAG Sp. z o.o., (2) BUDIMEX S.A oraz (3) Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o., w związku z czym oferty Odwołującego oraz PORR są jedynymi ofertami niepodlegającymi odrzuceniu w Postępowaniu. Powiadomienie nastąpiło przy pomocy środków komunikacji elektronicznej. Dowód: Informacja o odrzuceniu ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 7 sierpnia 2023 r. (w aktach Postępowania). Dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty PORR pozostaje w jawnej sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa z przyczyn szczegółowo wskazanych poniżej.

(1) UZASADNIENIE W ZAKRESIE ZARZUTÓW (1) - (3)

Odwołujący wskazał, że zarzuty (1)-(3) co do zasady dotyczą tej samej okoliczności – tj. kwestii oceny przez Zamawiającego spełniania przez PORR Warunku udziału. W tym zakresie wskazał, iż zgodnie z brzmieniem Warunku udziału (pkt 14.2.4 SWZ), Zamawiający żądał od wykonawców wykazania dysponowania niezbędnym doświadczeniem poprzez wykazanie, iż: „w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia przez Wykonawcę działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie oraz zgodnie z przepisami Prawa budowlanego i prawidłowo ukończył (tj. wskutek dokonania odbioru częściowego lub końcowego) co najmniej 2 roboty budowlane (co najmniej 2 inwestycje - umowy) polegające (każda z nich) na budowie lub przebudowie minimum 100 m odcinka nabrzeża (tj. łącznie co najmniej 200 m) z pograżeniem ścianki szczelnej do głębokości minimum 12 m.”

Odwołujący wskazał, że zgodnie z brzmieniem pkt 16.2 SWZ „w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”. Powyższa regulacja SWZ stanowi zresztą powtórzenie nakazu wynikającego z art. 118 ust. 2.

W celu wykonania nakazu wynikającego z pkt 16.2 SWZ oraz art. 118 ust. 2 PZP, na mocy pkt 16.3 SWZ, wykonawcy zobowiązani byli do złożenia wraz z ofertą zobowiązania 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. Dowód: SWZ dla Postępowania (w aktach Postępowania).

Odwołujący podkreślił, że pomimo, iż pkt 16.2 SWZ stanowił faktycznie powielenie dyspozycji przepisu art. 118 ust. 2 PZP, to Zamawiający poprzez pogrubienie czcionki wskazał, iż położył szczególny nacisk na kwestię wykazania przez podmioty trzecie udostępniające zasoby realizacji tych robót budowlanych, do których te zdolności są wymagane. Tym samym sygnalizował, iż materia ta będzie przez niego z badana ze szczególną uwagą w ramach oceny podmiotowej wykonawców. Dalszy tok czynności w Postępowaniu wskazuje jednak, iż ocena spełnienia Warunku udziału dokonana przez Zamawiającego nastąpiła wbrew przywołanym powyżej postanowieniom SWZ oraz przepisów prawa.

Odwołujący wskazał, że PORR, celem wykazania spełnienia Warunku udziału, wskazał w wykazie robót wykonanie następujących zadań inwestycyjnych:

- (1) „Rozwijanie infrastruktury na wyspie Krievu dla transferu robót portowych z centrum miasta”, w której długość wykonanego nabrzeża wynosiła 1180,52 m, zaś głębokość pogrążonej ścianki -27 m- inwestycja wykonana dla Zarządu Wolnego Portu Ryskiego;
- (2) „Przebudowę nabrzeży nr 67 i 68 przy ul. Nemuno G.2 w Kłajpedzie (Etapy II i III budowy)”, w której długość nabrzeża wyniosła 312,93, zaś głębokość pogrążonej ścianki 21 m- inwestycja wykonana dla Przedsiębiorstwa Państwowego Zarządu Państwowego Portu Morskiego Kłajpeda.

Na potwierdzenie wykonania przedmiotowych zadań inwestycyjnych PORR załączył:

- w odniesieniu do zadania inwestycyjnego wskazanego w pkt 1) - referencje Zarządu Wolnego Portu Ryskiego z dnia 13 stycznia 2016 r. wraz z tłumaczeniem na język polski, z których wynika, iż roboty budowlane objęte referencjami wykonało konsorcjum wykonawców w składzie „Skonto Buve” oraz „AS BMGS”;
- w odniesieniu do zadania inwestycyjnego wskazanego w pkt 2) opinię o wykonanych pracach w obiekcie Przedsiębiorstwa Państwowego Zarządu Państwowego Portu Morskiego Kłajpeda z dnia 20 kwietnia 2021 r. wraz z tłumaczeniem na język polski, z którego wynika, iż roboty budowlane wskazane w opinii wykonali wspólnie wykonawcy w składzie AS „BMGS” oraz UAB „Hidrostatyba”.

Dowód: wykaz robót złożony przez PORR (Załącznik nr 8 do Odwołania); referencje w języku łotewskim Zarządu Wolnego Portu Ryskiego (Załącznik nr 9 do Odwołania); tłumaczenie referencji Zarządu Wolnego Portu Ryskiego na język polski (Załącznik nr 10 do Odwołania); opinia Przedsiębiorstwa Państwowego Zarządu Państwowego Portu Morskiego Kłajpeda z dnia 20 kwietnia 2021r (Atsauksme 67-68 ar tulkojmu) (Załącznik nr 11 do Odwołania); tłumaczenie opinii Państwowego Zarządu Państwowego Portu Morskiego Kłajpeda z dnia 20 kwietnia 2021 r na język polski (Załącznik nr 12 do Odwołania);

Odwołujący wskazał, że ponieważ powyższe inwestycje nie zostały wykonane przez PORR, do oferty załączone zostało zobowiązanie podmiotu trzeciego (AS „BMGS) do oddania do dyspozycji PORR niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W treści oświadczenia wskazano, iż AS BMGS udostępnia swoje zasoby w zakresie wykonania co najmniej 2 robót budowlanych (co najmniej 2 inwestycje - umowy) polegających (każda z nich) na budowie lub przebudowie minimum 100 m odcinka nabrzeża (tj. łącznie co najmniej

200 m) z pograżeniem ścianki szczelnej do głębokości minimum 12 m. Oznacza to, iż AS BMGS udostępniła swoje zasoby w zakresie Warunku udziału. Jednocześnie w zobowiązaniu AS BMGS oświadczyła, iż udostępni swoje zasoby w zakresie „podwykonawstwa na czas niezbędny do zrealizowania zamówienia” na podstawie umowy podwykonawczej. W zobowiązaniu nie określono natomiast w ogóle zakresu rzeczowego podwykonawstwa AS BMGS ani tego na czym konkretnie będą polegać roboty realizowane przez ten podmiot. Dowód: zobowiązanie AS BMGS z dnia 14 września 2022 r. (Załącznik nr 13 do Odwołania).

Odwołujący zwrócił uwagę, iż zakres podwykonawstwa określony został przez PORR w formularzu oferty, gdzie w odniesieniu do przewidzianego podwykonawstwa AS BMGS wskazano:

Lp.	Część zamówienia	Nazwa (firma podwykonawcy)
1.	Część robót kafarowych	AS 'BMGS'
2.	Roboty instalacyjne	Nazwy firm podwykonawców nie są
3.	Część robót rozbiórkowych, konstrukcyjnych, drogowych, torowych	znane na etapie składania oferty
4.	Roboty czerpalne	

Pomimo, iż w ocenie Odwołującego już z lektury formularza oferty oraz złożonego zobowiązania podmiotu jednoznacznie wynikało, iż AS BMGS dedykowany będzie w realizacji zamówienia do wykonania jedynie części robót kafarowych, a tym samym podmiot ten realizować będzie jedynie część robót objętych Warunkiem udziału, to Zamawiający w dniu 4 lipca 2023 r. wezwał PORR do następujących wyjaśnień: „Prosimy o wskazanie zakresu, jaki zostanie powierzony podwykonawcy AS „BMGS”. Wykonawca PORR S.S. w złożonym formularzu oferty w pkt 8 oświadczył, że zamierza powierzyć podwykonawcy AS „BMGS” wykonanie części robót kafarowych, Podmiot AS „BMGS: w treści dokumenty – „Zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia oświadczył, że jako podwykonawca będzie wykonywał roboty podwykonawcze. Zarówno w oświadczeniu Wykonawcy PORR S.A., jak i podwykonawcy



brak jednoznacznego wskazania jaki zakres (część) zamówienia zostanie powierzona do wykonania podwykonawcy AS „BMGS”. Dowód: wezwanie do wyjaśnień z dnia 4 lipca 2023 r. skierowane przez Zamawiającego do PORR (Załącznik nr 15 do Odwołania);

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie PORR złożył wyjaśnienia z dnia 10 lipca 2023 r., w których w pkt 1 potwierdził „wykonawca wskazuje, że AS „BMGS” będzie uczestniczył jako podwykonawca w realizacji robót budowlanych nabrzeża w zakresie robót kafarowych polegających na pogrążeniu ścianki szczelnej”. Tym samym PORR jednoznacznie przesądził i potwierdził, iż AS BMGS zrealizuje jedynie pewien zakres robót budowlanych polegający na wykonaniu części robót kafarowych, nie zaś cały zakres prac objęty Warunkiem udziału, tj. w zakresie w jakim rzekomo nastąpiło udostępnienie zdolności. Dowód: wyjaśnienia PORR z dnia 10 lipca 2023 r. (Załącznik nr 16 do Odwołania).

Odwołujący podkreślił, że warunek udziału obejmował wykonanie co najmniej 2 robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie odcinka nabrzeża wraz z pogrążeniem ścianki szczelnej. Już sama redakcja treści Warunku udziału wskazuje, iż pogrążenie ścianki szczelnej stanowi jedynie część robót wymaganych przez Zamawiającego celem wykazania zdolności technicznej i zawodowej. Roboty, które ma wykonywać AS BMGS, czyli roboty kafarowe polegają na pogrążaniu ścianki szczelnej oraz na wykonaniu różnego typu pali wykorzystywanych w budownictwie do zabezpieczenia i wzmocnienia konstrukcji. Roboty kafarowe stanowią jedynie część robót budowlanych związanych z budową /przebudową nabrzeża najczęściej w proporcji ok. 62% w odniesieniu do wartości robót realizowanych dla całego nabrzeża. Z kolei roboty związane z pogrążeniem samej ścianki szczelnej, którą jak wskazał PORR w swoich wyjaśnieniach z 10 lipca 2023 r. zamierza powierzyć AS BMGS stanowią już tylko 15,6% wartości samych robót kafarowych i jedynie 10,8% w odniesieniu do wartości robót realizowanych dla całego nabrzeża.

Jak wynika chociażby z formularza ofertowego PORR, czy specyfikacji technicznych dla Postępowania, pozostałe roboty związane z budową nabrzeża obejmują prace instalacyjne (w tym instalacje elektryczne wraz z przyłączami energetycznymi, instalacje wodociągowo - kanalizacyjne), rozbiórkowe, konstrukcyjne, budowę nawierzchni drogowej, prace torowe, roboty czerpalne itd. Dodatkowo występują prace przygotowawcze, montaż wyposażenia, a często również szereg innych robót budowlanych, w zależności od stopnia skomplikowania inwestycji. Przede wszystkim jednak stanowią one jedynie pewną fazę technologiczną budowy lub przebudowy nabrzeża, a nie wykonanie skończonego obiektu budowanego (budowli), jakim jest nabrzeże, a takiego właśnie doświadczenia oczekiwał Zamawiający w

treści Warunku udziału i w takim zakresie podmiot udostępniający zasoby winien wziąć udział w realizacji zamówienia.

W ocenie Odwołującego, w świetle powyższego z całą pewnością nie sposób jest uznać równoznaczności wykonania robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie odcinka nabrzeża z wykonaniem samych robót kafarowych. Taka konstatacja pozwala zaś na jednoznaczne stwierdzenie, iż AS BMGS realizując roboty związane jedynie z pogrążeniem ścianki szczelnej wykonywanej w ramach robót kafarowych nie będzie realizowała prac w zakresie w jakim udostępnia swoje zdolności (tj. wykonania co najmniej 2 robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie odcinka nabrzeża.), a jedynie ich część.

Powyższe stoi zaś w oczywistej sprzeczności zarówno z brzmieniem art. 118 ust. 2 PZP, jak i z postawionym przez Zamawiającego wymaganiami zawartym w pkt 16.2 SWZ. Zgodnie bowiem z dyspozycją cytowanego przepisu oraz w kontekście wymagań opisanych przez Zamawiającego przesądzone zostało, iż jeżeli podmiot trzeci udostępnia swoją wiedzę i doświadczenie w zakresie budowy /przebudowy nabrzeża, to całość tych prac powinna zostać wykonana przez ten podmiot, a nie tylko pewna część prac związanych z budową lub przebudową nabrzeża (w tym przypadku – jedynie w postaci części robót kafarowych). Tak wąskie udostępnienie zasobu nie daje bowiem Zamawiającemu gwarancji realnego dysponowania przez wykonawcę zasobem podmiotu trzeciego w postaci wiedzy i doświadczenia wymaganego w treści Warunku udziału. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej („KIO” lub „Izba”) został wypracowany jednolity pogląd określający zakres realizacji prac przez podmiot udostępniający swoje zasoby, wymagający, aby podmiot taki zrealizował zakres rzeczowy, który jest objęty warunkiem udziału w postępowaniu. Bogate jest orzecznictwo ugruntowane na podstawie przepisu art. 22a ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, którego brzmienie było identyczne z obecnie obowiązującym przepisem art. 118 ust. 2 PZP, co pozwala ukształtowaną wówczas judykaturę KIO odnieść do aktualnego stanu prawnego. Jak wskazuje KIO, „podmiot, który użycza swoich zasobów w zakresie np. doświadczenia, musi następnie rzeczywiście realizować te roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zasoby są wymagane. Po to bowiem zamawiający opisuje warunki udziału w postępowaniu, aby sprawdzić zdolność wykonawców do należytej realizacji zamówienia. Gdyby podmiot trzeci jedynie formalnie udostępniał swoje zasoby, ale w rzeczywistości nie wykonywał tych robót lub usług, do których wykonania jego zasoby (np. doświadczenie) są potrzebne, opisywanie warunków udziału w postępowaniu i wykazywanie ich spełnienia miałoby charakter wyłącznie pozorny i w żadnym wypadku nie służyłoby należytej realizacji zamówienia. Dlatego tak ważne jest, aby podmioty udostępniające swoje zasoby rzeczywiście wykonywały zamówienie w

zakresie, w którym - w myśl opisanych warunków - niezbędne jest posiadanie odpowiedniego doświadczenia, wykształcenia czy kwalifikacji zawodowych” (wyrok KIO z dnia 4 marca 2021 r. sygn. akt KIO 442/21). Odwołujący powołał się na wyrok KIO 711/19 oraz wyrok KIO z dnia 9 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2245/17, wyrok z dnia 6 sierpnia 2020 r. o sygn. akt 1506/20, wyrok KIO z dnia 4 września 2017 r., sygn. akt KIO 1755/17.

W ocenie Odwołującego, na podstawie art. 118 ust. 2 PZP oraz w świetle pkt 16.2 SWZ Zamawiający powinien dokonać uważnej analizy, czy wskazany w zobowiązaniu AS BMGS potencjał udostępniony został w sposób realny i czy ta realność została zachowana zarówno w ofercie oraz w zobowiązaniu, jak i na etapie realizacji zamówienia, a następnie w wyniku analizy stwierdzić, iż udostępnienie to nie nastąpiło skutecznie. Tymczasem sposób postępowania Zamawiającego wskazuje na rażące zaniedbania w tym zakresie. Dysponując bowiem zarówno złożonym w formularzu oferty oświadczeniem PORR, iż podmiot AS BMGS wykona jedynie część prac kafarowych, a nie budowę nabrzeża (co jednoznacznie zostało potwierdzone zostało przez PORR wyjaśnieniami złożonymi w dniu 10 lipca 2023 r.). Zamawiający niezasadnie uznał, iż PORR może dysponować zdolnościami AS BMGS w zakresie Warunku udziału, pomimo, iż podmiot ten nie wykona całości robót objętych treścią Warunku udziału. Co więcej Zamawiający nie zbadał w ogóle, kto w takim razie będzie posiadał doświadczenie do wykonania pozostałych robót objętych Warunkiem udziału, w tym: robót instalacyjnych, robót rozbiórkowych, konstrukcyjnych, drogowych, torowych, roboty czepalnych. Znamienne jest to, iż PORR nie zadeklarował zarówno samodzielnej realizacji tych prac, a także wskazał, iż powierzy go bliżej nieznanym podwykonawcom. Tym samym nie sposób uznać jest realności w dysponowaniu zasobem wiedzy i doświadczenia w realizacji całokształtu robót budowlanych związanych z budową /przebudową nabrzeża.

W ocenie Odwołującego, prowadzi to do jednoznacznej konkluzji, iż Warunek udziału nie został wykazany, co powinno prowadzić do odrzucenia oferty PORR na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP. Odwołujący pragnie w tym miejscu wskazać, iż w jego ocenie treść złożonych przez PORR oświadczeń (tj. oferty i wyjaśnień) jednoznacznie przesądziła o zakresie prac, które w ramach zamówienia ma wykonać AS BMGS. Z uwagi na pełną zgodność oferty i udzielonych przez PORR wyjaśnień nie powinno pozostawiać żadnych wątpliwości, iż nie jest to pełny zakres prac objętych Warunkiem udziału. Tym samym jakiegokolwiek wezwanie do dalszych wyjaśnień bądź uzupełnienia/poprawienia zobowiązania podmiotu trzeciego AS BMGS w trybie art. 128 ust. 1 PZP powinno być niedopuszczalne, jako prowadzące do sprzeczności w treści dokumentów podlegających ocenie w ramach zdolności podmiotowej wykonawcy oraz treści tych dokumentów z treścią oferty.

W konsekwencji Odwołujący jedynie z ostrożności podnosi zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 PZP polegający na tym, iż Zamawiający dysponując jedynie bardzo ogólnym zobowiązaniem AS BMGS oraz posiadając wątpliwości co do rzeczywiście udostępnianego zakresu nie wezwał do poprawienia zobowiązania w sposób bezsprzecznie wykazujący, iż podmiot ten wykona roboty budowlane, do realizacji których jego zdolności są wymagane, tj. w zakresie Warunku udziału. Jak wskazuje bowiem jednoznacznie orzecznictwo KIO, „wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu jest zobowiązany udowodnić, że stosunek łączący go z podmiotem udostępniający swoje zasoby gwarantuje rzeczywisty do nich dostęp. (...) W przypadku robót budowlanych zobowiązanie powinno zawierać oświadczenie co do tego czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby zrealizuje roboty, do realizacji których te zdolności są wymagane” (wyrok KIO z dnia 20 marca 2023 r., sygn. akt KIO 596/23).

#### UZASADNIENIEWZAKRESIEZARZUTÓW (4) - (5)

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w toku badania i oceny oferty zaniechał także jakimkolwiek weryfikacji, czy podmiot udostępniający PORR swoje zasoby w ogóle brał udział w realizacji robót budowlanych wymienionych w wykazie robót, a zatem czy w faktycznie posiada wiedzę i doświadczenie niezbędne do spełnienia Warunku udziału. Na potwierdzenie spełniania Warunku udziału PORR złożył:

- (1) w odniesieniu do zadania inwestycyjnego „Rozwijanie infrastruktury na wyspie Krievu dla transferu robót portowych z centrum miasta”, w której długość wykonanego nabrzeża wynosiła 1180,52 m, zaś głębokość pogrążonej ścianki 27 m- inwestycja wykonana dla Zarządu Wolnego Portu Ryskiego - referencje Zarządu Wolnego Portu Ryskiego z dnia 13 stycznia 2016r. wraz z tłumaczeniem na język polski, z których wynika, iż roboty budowlane objęte referencjami wykonało konsorcjum wykonawców w składzie „Skonto Buve” oraz „AS BMGS”;
- (2) w odniesieniu do zadania inwestycyjnego „Przebudowa nabrzeży nr 67 i 68 przy ul. Nemuno G.2 w Kłajpedzie (Etapy II i III budowy)”, w której długość nabrzeża wyniosła 312,93, zaś głębokość pogrążonej ścianki 21 m - inwestycja wykonana dla Przedsiębiorstwa Państwowego Zarządu Państwowego Portu Morskiego Kłajpeda opinię o wykonanych pracach w obiekcie Przedsiębiorstwa Państwowego Zarządu Państwowego Portu Morskiego Kłajpeda z dnia 20 kwietnia 2021 r. wraz z tłumaczeniem na język polski, z którego wynika, iż roboty budowlane wskazane w opinii wykonali wspólnie wykonawcy w składzie AS „BMGS” oraz UAB „Hidrostatyba.

Dowód: wykaz robót złożony przez PORR (Załącznik nr 8 do Odwołania); referencje w języku łotewskim Zarządu Wolnego Portu Ryskiego (Załącznik nr 9 do Odwołania); tłumaczenie referencji Zarządu Wolnego Portu Ryskiego na język polski; opinia Przedsiębiorstwa Państwowego Zarządu Państwowego Portu Morskiego Kłajpeda z dnia 20 kwietnia 2021r (Atsauksme 67-68 ar tulkojmu) (Załącznik nr 11 do Odwołania); tłumaczenie opinii Państwowego Zarządu Państwowego Portu Morskiego Kłajpeda z dnia 20 kwietnia 2021 r na język polski (Załącznik nr 12 do Odwołania).

Odwołujący wskazał, że z wyżej wymienionych dokumentów wynika jedynie, iż wskazane inwestycje AS BMGS realizowała wspólnie z innymi wykonawcami, nie wynika, jednakże z nich, jaki zakres prac w ramach inwestycji wykonał ten podmiot, ani nawet czy faktycznie wziął udział w realizacji tych zadań inwestycyjnych. Co najbardziej istotne, nie wiadomo przede wszystkim, czy wykonał roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie minimum 100 m odcinka nabrzeża (tj. łącznie co najmniej 200 m) z pogrążeniem ścianki szczelnej do głębokości minimum 12m, a więc czy skutecznie nabył wiedzę i doświadczenie w zakresie objętym treścią Warunku udziału. Wątpliwości te pogłębia okoliczność, iż PORR jednoznacznie i konsekwentnie oświadczał Zamawiającemu w trakcie Postępowania, że zamierza skierować AS BMGS jako podwykonawcę jedynie do realizacji części prac kafarowych. Nie jest wiadome zatem, czy AS BGMS posiada nawet wystarczające kwalifikacje do realizacji pozostałych robót związanych z budową/przebudową nabrzeża.

Odwołujący wskazał, iż możliwość posługiwania się doświadczeniem zdobytym w związku realizacją robót w ramach konsorcjum jest uzależniona od faktycznej realizacji zakresów rzeczowych, na które powołuje się wykonawca będący w przeszłości członkiem konsorcjum. Zagadnienie to było szeroko analizowane w orzecznictwie, zaś na jego gruncie zapadł fundamentalny wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”) z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-131/14 (Esaprojekt), w którym to TSUE podkreślił m.in., iż:

- wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie przez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców;
- wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału.

Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 26 maja 2017 r. połączone sprawy KIO 905/17, KIO 925/17, KIO 933/17, wyrok KIO z dnia 7 lipca 2022r.r. sygn. akt KIO 1602/22, wyrok KIO z dnia 7 lipca 2022 r. sygn. akt KIO 1602/22).

W ocenie Odwołującego w świetle cytowanych przepisów oraz powołanego orzecznictwa celem rzetelnej oceny spełnienia przez PORR Warunku udziału Zamawiający bezsprzecznie zobligowany był do zbadania, czy faktycznie AS BMGS, działając w ramach konsorcjów wykonał zakres robót budowlanych wymagany do wykazania spełnienia Warunku udziału. Tym samym analiza wszystkich dokumentów złożonych dotychczasowo w Postępowaniu przez PORR nie potwierdza posiadania przez AS BMGS wiedzy i doświadczenia niezbędnej do wykazania Warunku udziału. To zaś prowadzi do konstatacji, iż w takiej sytuacji oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP.

Odwołujący również w tym przypadku wskazuje, iż nawet jeżeli przyjąć interpretację przepisów bardziej korzystną dla wykonawcy PORR, tj., iż odnośnie zakresu robót wykonanych przez AS BMG w ramach inwestycji:

(1) „Rozwijanie infrastruktury na wyspie Krievu dla transferu robót portowych z centrum miasta”, w której długość wykonanego nabrzeża wynosiła 1180,52 m, zaś głębokość pogrążonej ścianki -27 m- inwestycja wykonana dla Zarządu Wolnego Portu Ryskiego;

(2) „Przebudowa nabrzeży nr 67 i 68 przy ul. Nemuno G.2 w Kłajpedzie (Etapy II i III budowy)”, w której długość nabrzeża wyniosła 312,93, zaś głębokość pogrążonej ścianki 21 m- inwestycja wykonana dla Przedsiębiorstwa Państwowego Zarządu Państwowego Portu Morskiego Kłajpeda.

- istnieją dające się usunąć wątpliwości, to Zamawiający zaniechał co najmniej dokonania wezwania do wyjaśnień w przedmiotowym zakresie, czym naruszył dyspozycję art. 128 ust. 4 PZP.

W ocenie Odwołującego, z całokształt analizowanych w niniejszym odwołaniu dokumentów bezsprzecznie wskazuje, iż wykonawca PORR nie wykazał realności w dysponowaniu zasobem, za pomocą którego wykazuje Warunek udziału, co prowadzi do jednoznacznej konstatacji, iż spełnianie tego Warunku nie zostało w ogóle udowodnione. Pomimo postawienia tak skomplikowanego warunku udziału w postępowaniu, jakim jest doświadczenie w budowie/przebudowie nabrzeża (obejmujące roboty kafarowe, instalacyjne, rozbiórkowe, montażowe, dotyczące nawierzchni itd.) nie zostało w ogóle wykazane, czy podmiot trzeci AS BMGS w ogóle nabył wiedzę i doświadczenie w tak szerokim zakresie prac, a zatem czy w ogóle mógł realnie udostępnić swoją wiedzę i doświadczenie w zakresie

Warunku udziału, ale co więcej z dokumentów złożonych przez PORR wynika wprost, iż podmiot ten wykona część robót kafarowych, stanowiące jedynie fragment robót związanych z budową/przebudową nabrzeża. Wobec powyższego nie jest sposób uznać, iż wykonawca w ogóle dysponuje wiedzą i doświadczeniem pozwalającą na stwierdzenie spełnienia Warunku udziału.

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są roboty budowlane polegające na budowie uniwersalnego nabrzeża o konstrukcji płytowej z przednią ścianką szczelną oraz rusztem palowym wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Inwestycja obejmuje Nabrzeże Rudowe III (dł. 232,50 m) i fragment Nabrzeża Administracyjnego (dł. 18 m) (dalej „Postępowanie”). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w Opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ oraz załączonej do niego dokumentacji.

Izba ustaliła, że w pkt 14.2.4.SWZ zdolności technicznej lub zawodowej, tj.: w zakresie doświadczenia Wykonawcy, Zamawiający wskazał:

„Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że dysponuje niezbędnym doświadczeniem i w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia przez Wykonawcę działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie oraz zgodnie z przepisami Prawa budowlanego i prawidłowo ukończył (tj. wskutek dokonania odbioru częściowego lub końcowego) co najmniej 2 roboty budowlane (co najmniej 2 inwestycje - umowy) polegające (każda z nich) na budowie lub przebudowie minimum 100 m odcinka nabrzeża (tj. łącznie co najmniej 200 m) z pogrążeniem ścianki szczelnej do głębokości minimum 12 m.

Warunek nie podlega sumowaniu poprzez kumulację doświadczenia (długości budowanego lub przebudowywanego odcinka nabrzeża) z inwestycji (umów), które obejmowały odcinki budowanego lub przebudowywanego nabrzeża krótsze niż 100 m.

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia bądź polegających na zdolnościach innych podmiotów doświadczeniem w wykonaniu dwóch robót musi wykazać się jeden podmiot.

Izba ustaliła, że w pkt 15.2 SWZ Zamawiający wskazał: Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, jak niżej: na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu żąda złożenia:

W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający żąda, następujących podmiotowych środków dowodowych:

- 1) Wykaz wykonanych robót budowlanych, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których świadczenia te zostały wykonane (wzór dokumentu stanowi Załącznik nr 4 do SWZ) zgodnie z zapisami w pkt 14.2.4 SWZ, oraz załączeniem dowodów określających, czy te świadczenia zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego świadczenia te zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty (dotyczy robót budowlanych) lub oświadczenie Wykonawcy (dotyczy usług).

Ponadto Izba ustalił, że w pkt 16.2 SWZ Zamawiający wskazał, że „w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”.

W celu wykonania nakazu wynikającego z pkt 16.2 SWZ oraz art. 118 ust. 2 PZP, na mocy pkt 16.3 SWZ, wykonawcy zobowiązani byli do złożenia wraz z ofertą zobowiązania 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.



Izba ustaliła, że wykonawca PORR (dalej „Przystępujący”, „PORR”) złożył ofertę w Postępowaniu. Izba ustaliła, że do oferty załączone zostało zobowiązanie podmiotu trzeciego („AS BMGS”) do oddania do dyspozycji PORR niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W treści oświadczenia wskazano, iż AS BMGS udostępniła swoje zasoby w zakresie wykonania co najmniej 2 robót budowlanych (co najmniej 2 inwestycje - umowy) polegających (każda z nich) na budowie lub przebudowie minimum 100 m odcinka nabrzeża (tj. łącznie co najmniej 200 m) z pogrążeniem ścianki szczelnej do głębokości minimum 12 m. Oznacza to, iż AS BMGS udostępniła swoje zasoby w zakresie Warunku udziału. Jednocześnie w zobowiązaniu AS BMGS oświadczyła, iż udostępniła swoje zasoby w zakresie „podwykonawstwa na czas niezbędny do zrealizowania zamówienia” na podstawie umowy podwykonawczej.

Izba ustaliła również, że zakres podwykonawstwa określony został przez PORR w formularzu oferty, gdzie w odniesieniu do przewidzianego podwykonawstwa AS BMGS wskazano:

Lp.	Część zamówienia	Nazwa (firma podwykonawcy)
1.	Część robót kafarowych	AS BMGS
2.	Roboty instalacyjne	Nazwy firm podwykonawców nie są
3.	Część robót rozbiórkowych, konstrukcyjnych, drogowych, torowych	znane na etapie składania oferty

Izba ustaliła, że pismem z dnia 13 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, zgodnie z pkt 15.2 SWZ do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. wykazu wykonanych robót, zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący złożył Wykaz robót – Załącznik nr 4, wskazując na następujące doświadczenie:

(1) „Rozwijanie infrastruktury na wyspie Krievu dla transferu robót portowych z centrum miasta”, w której długość wykonanego nabrzeża wynosiła 1180,52 m, zaś głębokość pogrążonej ścianki -27 m- inwestycja wykonana dla Zarządu Wolnego Portu Ryskiego;

(2) „Przebudowę nabrzeży nr 67 i 68 przy ul. Nemuno G.2 w Kłajpedzie (Etapy II i III budowy)”, w której długość nabrzeża wyniosła 312,93, zaś głębokość pogrążonej ścianki 21 m- inwestycja wykonana dla Przedsiębiorstwa Państwowego Zarządu Państwowego Portu Morskiego Kłajpeda.

Na potwierdzenie wykonania przedmiotowych zadań inwestycyjnych Przystępujący załączył:

- w odniesieniu do zadania inwestycyjnego wskazanego w pkt 1) - referencje Zarządu Wolnego Portu Ryskiego z dnia 13 stycznia 2016 r. wraz z tłumaczeniem na język polski, z których wynika, iż roboty budowlane objęte referencjami wykonało konsorcjum wykonawców w składzie „Skonto Buve” oraz „AS BMGS”;
- w odniesieniu do zadania inwestycyjnego wskazanego w pkt 2) opinię o wykonanych pracach w obiekcie Przedsiębiorstwa Państwowego Zarządu Państwowego Portu Morskiego Kłajpeda z dnia 20 kwietnia 2021 r. wraz z tłumaczeniem na język polski, z którego wynika, iż roboty budowlane wskazane w opinii wykonali wspólnie wykonawcy w składzie AS „BMGS” oraz UAB „Hidrostatyba”

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 4 lipca 2023 r. wezwał wykonawcę PORR do złożenia wyjaśnień: „Prosimy o wskazanie zakresu, jaki zostanie powierzony podwykonawcy AS „BMGS”. Wykonawca PORR S.S. w złożonym formularzu oferty w pkt 8 oświadczył, że zamierza powierzyć podwykonawcy AS „BMGS” wykonanie części robót kafarowych, Podmiot AS „BMGS: w treści dokumenty – „Zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia oświadczył, że jako podwykonawca będzie wykonywał roboty podwykonawcze. Zarówno w oświadczeniu Wykonawcy PORR S.A., jak i podwykonawcy brak jednoznacznego wskazania jaki zakres (część) zamówienia zostanie powierzona do wykonania podwykonawcy AS „BMGS”.

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia z dnia 10 lipca 2023 r., w których w pkt 1 potwierdził „wykonawca wskazuje, że AS „BMGS” będzie uczestniczył jako podwykonawca w realizacji robót budowlanych nabrzeża w zakresie robót kafarowych polegających na pogrążeniu ścianki szczelnej”.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 7 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego.

***Izba zważyła co następuje:***

W ocenie Izby, zarzuty podniesione przez Odwołującego okazały się częściowe zasadne. Zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 i 3 ustawy Pzp dotyczącego zakresu udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci w kontekście warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 14.2.4 SWZ.

Izba wskazuje w pierwszej kolejności, że 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. Określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający zawsze zobowiązany jest przestrzegać zasad wynikających z art. 16 ustawy Pzp tj. zasady przejrzystości, proporcjonalności i równego traktowania wykonawców. Należy podkreślić, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni, która polega na ustaleniu znaczenia tekstu przez odwołanie się do kontekstu językowego terminów, zwrotów czy wyrażeń zawartych SWZ. Innymi słowy, ocena wymagań określonych przez zamawiającego w SWZ dokonywana jest poprzez ustalenie językowego znaczenia, sensu postanowień opisujących warunki udziału w postępowaniu. Dla zrozumienia czego wymaga zamawiający wystarczająca jest znajomość reguł sensu języka. Jeżeli na gruncie języka potocznego można przypisać wyrażeniom użytym w SWZ kilka znaczeń, to należy wybrać takie znaczenie, które jest najbardziej oczywiste. Zaznaczyć przy tym należy, że jeżeli określony termin należy do terminów specyficznych w określonej dziedzinie wiedzy lub praktyki społecznej, to należy przyjąć znaczenie, jakie termin ten ma w tej właśnie dziedzinie (tzw. domniemanie znaczenia specjalnego). W przypadku jednak sporu pomiędzy wykonawcami i zamawiającym dotyczącego sposobu rozumienia wymagań określonych przez zamawiającego, ustalenie znaczenia zakresu wymagań zamawiającego odbywa się z uwzględnieniem kontekstu systemowego i funkcjonalnego, jako subsydiarnych narzędzi służących odkodowaniu treści zwartej w SWZ. Kontekst systemu oznacza zakaz przypisywania postanowieniom SWZ znaczenia, które prowadziłoby do sprzeczności z zasadami systemu zamówień publicznych, określonymi m.in. w art. 16 ustawy Pzp.

W analizowanej sprawie stanowisko Odwołującego zasługuje na aprobatę. Zamawiający w sporny warunku udziału w postępowaniu wskazał, że wykonawca ma posiadać doświadczenie obejmujące co najmniej 2 roboty budowlane (co najmniej 2 inwestycje - umowy) polegające (każda z nich) na budowie lub przebudowie minimum 100 m odcinka nabrzeża (tj. łącznie co najmniej 200 m) z pogrążeniem ścianki szczelnej do głębokości minimum 12 m. Przystępujący w celu wykazania spełnienia powyższego warunku powołał się na zasoby podmiotu trzeciego tj. AS BMGS. Jednocześnie z formularza oferty złożonego przez Przystępującego wynika, że AS BMGS dedykowany będzie w realizacji zamówienia do wykonania jedynie części robót kafarowych, a tym samym podmiot ten realizować będzie

jedynie część robót objętych warunkiem udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby analiza oświadczeń złożonych przez Przystępującego nie daje jednoznacznej odpowiedzi jaki będzie udział podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotowego zamówienia. Roboty kafarowe stanowią wyłącznie część robót objętych warunkiem udziału w postępowaniu, z kolei z treści zobowiązania podmiotu trzeciego wynika, że podmiot ten udostępnia swoje doświadczenie w zakresie całego zakresu prac objętych warunkiem udziału w postępowaniu.

Zdaniem Izby warunek udziału obejmował wykonanie co najmniej 2 robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie odcinka nabrzeża wraz z pograżeniem ścianki szczelnej. Wyładnia literalna warunku udziału wskazuje, iż pograżenie ścianki szczelnej stanowi jedynie część robót wymaganych przez Zamawiającego celem wykazania zdolności technicznej i zawodowej. Warunek dotyczy budowy lub przebudowy minimum 100 m odcinka nabrzeża (tj. łącznie co najmniej 200 m), którego elementem było pograżenie ścianki szczelnej do głębokości minimum 12 m. Interpretacja spornego warunku udziału przedstawiona przez Przystępującego nie zasługuje na uwzględnienie. Zdaniem Izby nie ma podstaw, aby wykonanie wyłącznie robót kafarowych utożsamiać w budowę/przebudowę nadbrzeża. Gdyby Zamawiający oczekiwał doświadczenie tylko w zakresie robót kafarowych, to tak sformułowałby warunek udziału w postępowaniu. Tymczasem w analizowanym stanie faktyczny, Zamawiający wymagał realizacji zadania polegającego na budowie lub przebudowanie nadbrzeża i z treści dokumentów winno wynikać, że wykonawca legitymuje się właśnie takim doświadczeniem i takie doświadczenie będzie udostępnione przez podmiot trzeci. Przystępujący zatem winien wskazać, jakie prace składały się na budowę/przebudowę nadbrzeża, tak by jednoznacznie ze złożonych oświadczeń wykonawcy Zamawiający mógł ustalić spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zgodzić się należy z Przystępującym, że Zamawiający nie sprecyzował w SWZ rodzaju nadbrzeża jakie podlegało przebudowie/budowie, niemniej jednak Izba wskazuje, że wykonawca winien wykazać jakie elementy na budowę/przebudowę nadbrzeża zostały wykonane w ramach realizacji spornego zadania, tak aby Zamawiający mógł ocenić czy rzeczywiście doszło do budowy/przebudowy nadbrzeża, o wymaganej długości. Ponadto, Izba zgadza się z Przystępującym, że nie zawsze zakres prac dla zamówienia objętego postępowaniem i opisanych w dokumentacji projektowej pokrywa się z zakresem prac wynikającym z warunku udziału w postępowaniu. Niemniej jednak, o zakresie warunku decyduje zamawiający w SWZ i zamawiający może te zakresy ze sobą utożsamiać. Ponadto, warunki udziału w zamówieniu służą weryfikacji doświadczenia wykonawcy w kontekście zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia. Zatem zakres prac objętych przedmiotem zamówienia jest jedną z wytycznych interpretacyjnych treści warunku udziału w postępowaniu w przypadku sporu co do jego zakresu, znaczenia. W przedmiotowym postępowaniu warunek

dotyczy budowy/przebudowy nadbrzeża. I choć Zamawiający nie określił zakresu prac jakie składają się na budowę/przebudowę nadbrzeża, to jednak przyjęcie interpretacji prezentowanej przez Przystępującego, że wystraszające jest powołanie się na wykonanie robót kafarowych jest nieuprawnione, bowiem nie wynika to z treści warunku. Wykonawca ma obowiązek wykazania doświadczenia w zakresie budowy/przebudowy, którego elementem jest pogrążenie ścianki szczelnej. Wykonawca winien zatem wskazać zakres prac jaki składał się na budowę/przebudowę nadbrzeża.

Izba zgadza się z Odwołującym, że z treści złożonych dokumentów przez Przystępującego wynika niedookreślony zakres doświadczenia udostępnianego przez podmiot trzeci AS BMGS. Jeśli AS BMGS będzie realizował jedynie roboty związane z pogrążeniem ścianki szczelnej wykonywanej w ramach robót kafarowych i nie będzie realizowała prac w zakresie w jakim udostępnia swoje zdolności (tj. wykonania co najmniej 2 robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie odcinka nabrzeża.), to nie będzie to wypełniało w pełni warunku udziału w Postępowaniu. W ocenie Izby, Zamawiający na podstawie art. 118 ust. 2 ustawy pzp oraz w świetle pkt 16.2 SWZ zaniechał dokonać uważnej analizy, czy wskazany w zobowiązaniu AS BMGS potencjał udostępniony został w sposób realny i czy ta realność została zachowana zarówno w ofercie oraz w zobowiązaniu, jak i na etapie realizacji zamówienia. Zamawiający dysponował jedynie bardzo ogólnym zobowiązaniem AS BMGS. Dlatego zdaniem Izby zasadne było nakazanie Zamawiającemu wezwanie Przystępującego do poprawienia zobowiązania w sposób jednoznacznie wykazujący, iż podmiot trzeci wykona roboty budowlane, do realizacji których jego zdolności są wymagane, tj. w zakresie warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem Izby niezasadny jest zarzut naruszenie: (i) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 17 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PORR, pomimo iż analiza informacji zawartych w złożonych przez tego wykonawcę w toku postępowania tj.: (1) wykazie robót, (2) referencjach (3) oświadczeniu, o którym mowa w art. 118 ust. 3 PZP oraz (4) wyjaśnieniach prowadzi do wniosku, iż Przystępujący opierając się na zdolności podmiotu trzeciego w zakresie spełniania warunku udziału nie wykazał, iż podmiot ten realizując roboty w ramach konsorcjum faktycznie nabył wiedzę i doświadczenie w zakresie Wspornego warunku udziału, a zatem nie wykazał spełniania warunku udziału, co winno skutkować odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp oraz (ii) zarzut ewentualny naruszenie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnień, co do faktycznego udziału AS BMGS w realizacji prac wskazanych w wykazie robót na potwierdzenie spełniania spornego

warunku udziału w sytuacji, gdy z przedłożonych referencji wynika, iż prace objęte wykazem robót AS BMGS realizował niesamodzielnie, a wspólnie z innymi podmiotami.

W analizowanym stanie faktycznym istota argumentacji Odwołującego sprowadza się do twierdzenia, że Zamawiający winien odrzucić ofertę Przystępującego, gdyż wykonawca nie wykazał, że realizując roboty w ramach konsorcjum faktycznie nabył wiedzę i doświadczenie w zakresie spornego warunku udziału w Postępowaniu. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Zdaniem Izby Przystępujący postąpił zgodnie z wytycznymi zawartymi w SWZ w zakresie sposobu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, zaś Odwołujący próbuje w sposób nieuprawniony narzucić wykonawcy obowiązek składania dodatkowych dokumentów, poza zakres wynikający z postanowień SWZ i w sytuacji braku jakiegokolwiek uprawdopodobnienia, że oświadczenia złożone przez Przystępującego są nieprawdą. Izba w pełni popiera w tym zakresie stanowisko Przystępującego przedstawione w piśmie procesowym. Po pierwsze, zgodnie z pkt 15.2 SWZ Przystępujący złożył Wykaz robót, w którym zawarł informacje wymagane przez Zamawiającego. Zatem, Przystępujący, zgodnie z instrukcją Zamawiającego zawartą w SWZ, złożył dokument, który Zamawiający wymagał na potwierdzenie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Po drugie, Izba wskazuje, że Odwołujący sformułował zarzut wyłącznie na podstawie faktu, iż roboty referencyjne przywołane w Wykazie robót Przystępującego były realizowane przez AS BMGS w ramach konsorcjum. Innymi słowy, zarzuty postawione są bez przywołania jakiegokolwiek argumentacji faktycznej, z której mogłoby wynikać, że AS BMGS nie legitymuje się wymaganym doświadczeniem. Po trzecie, Odwołujący nie przywołał żadnego postanowienia SWZ, które nakładłoby na Przystępującego obowiązek przedkładania dokumentów, innych niż Wykaz robót, potwierdzających zakres robót wykonanych w ramach konsorcjum. Zakres tych robót Przystępujący sprecyzował w Wykazie robót. W treści formularza Wykazu robót Zamawiający zawarł następującą instrukcję, które jednocześnie stanowi oświadczenie składane przez wykonawcę: Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych wykonywanych wspólnie z innymi Wykonawcami, wykaz dotyczy robót budowlanych, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył. Po czwarte, do akt sprawy nie wpłynął żaden dowód na podstawie, którego oświadczenia złożone przez Przystępującego w Wykazie robót mogłyby być w jakikolwiek sposób zakwestionowane. Z treści odwołania nie wynikają żadne okoliczności faktyczne, które miałyby uzasadniać lub choćby uprawdopodobniać tezę o braku legitymowania przez AS BMGS wymaganym doświadczeniem. Po piąte, złożone przez Przystępującego oświadczenia do akt sprawy, choć datowane po dacie złożenia oferty, potwierdzają oświadczenia złożone przez Przystępującego w Wykazie robót. W konsekwencji, Izba uznała zarzut za niezasadny. Zdaniem Izby nie ma również przesłanek

do wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień co do Wykazu robót. Wykonawca złożył wymagany dokument, w prawidłowej formie, określił zakres doświadczenia/prac wykonanych przez podmiot trzeci.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:.....**