

JÓZEF EDMUND NOWICKI

Poleganie na zdolnościach
technicznych lub zawodowych
lub sytuacji finansowej
lub ekonomicznej podmiotów
udostępniających zasoby

Wybrane zagadnienia

Lipiec 2023

Materiały edukacyjne



Wprowadzenie

Na podstawie art. 118 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby (tzw. „podmiotów trzecich”), niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

Z treści art. 118 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, co w praktyce oznacza, że udział podmiotu trzeciego polegający wyłącznie na prowadzeniu działalności o charakterze doradczym lub szkoleniowym, nie gwarantuje, że wykonawcy zostaną rzeczywiście udostępnione zasoby niezbędne do wykonania zamówienia. Przepis art. 118 ust. 2 Pzp wyraźnie wskazuje, że „W odniesieniu do warunków dotyczących (...) doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane (...), do realizacji których te zdolności są wymagane.” Użyty w art. 118 ust. 2 Pzp zwrot „jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane (...), do realizacji których te zdolności są wymagane” oznacza, że w przypadku przekazania przez podmiot trzeci swojego doświadczenia, podmiot trzeci musi być podwykonawcą robót budowlanych lub usług, do których zobowiązał się w sytuacji, gdy wymaganego przez zamawiającego doświadczenia nie posiada wykonawca. „Wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu w sytuacjach określonych art. 118 ust. 2 ustawy Pzp zobowiązany jest zatem do zaangażowania podmiotu trzeciego w sposób rzeczywisty i bezpośredni w realizację tego przedmiotu zamówienia. Celem ww. przepisu jest, aby udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie został wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia. Wskazać należy, iż przepisy ustawy Pzp wymagają zatem, 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. 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." (wyrok z dnia 24 września 2021 r., KIO 2353/21).

Na podstawie art. 119 ustawy Pzp zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. W przypadku negatywnej weryfikacji wykonawcy na podstawie art. 119 ustawy Pzp, zamawiający na podstawie art. 122 ustawy Pzp żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu (zob. art. 122 ustawy Pzp).

Na podstawie art. 120 ustawy Pzp podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, odpowiada solidarnie z wykonawcą, który polega na jego sytuacji finansowej lub ekonomicznej, za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów podmiot ten nie ponosi winy. Przepis art. 120 ustawy Pzp nie odnosi się do przypadków, gdy podmiot trzeci udostępnił lub zobowiązał się udostępnić potencjał finansowy lub ekonomiczny, a wykonawca z takiego potencjału nie skorzystał. Zakres solidarnej odpowiedzialności podmiotu trzeciego z wykonawcą ogranicza się tylko odpowiedzialności cywilnoprawnej, a więc do roszczeń odszkodowawczych, jakie powstały wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania przez wykonawcę zamówienia, w wskutek nieudostępnienia wykonawcy przez podmiot trzeci zasobów finansowych lub ekonomicznych.

Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby

Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego

zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów (art. 118 ust. 3 ustawy Pzp).

Zobowiązanie podmiotów trzecich jest podmiotowym środkiem dowodowym i stanowi jedną z form udowodnienia, że wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz że stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Wykonawca może zamiast zobowiązania przedłożyć umowę tworzącą pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim stosunek prawny, na jakim oparto uprawnienie wykonawcy do dysponowania niezbędnymi zasobami podmiotu trzeciego.

Treść zobowiązania podmiotu trzeciego została określona w art. 118 ust. 4 ustawy Pzp. Podmiot trzeci w zobowiązaniu wskazuje między innymi zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego, sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia, a także czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Treść zobowiązania podmiotu trzeciego musi potwierdzać, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotem trzecim lub podmiotami trzecimi gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów podmiotu trzeciego.

Użyte w art. 118 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp wyrażenie „zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą” nie oznacza, że wykonawca nie może polegać na zasobach podmiotów trzecich w przypadku dostaw. Użyte w art. 118 ust. 4 ustawy Pzp wyrażenie „określa w szczególności” oznacza, że katalog informacji zawartych w zobowiązaniu podmiotu trzeciego jest otwarty. Zgodnie z art. 7 pkt 4 ustawy Pzp dostawa to nabywanie produktów, którymi są rzeczy ruchome, energia, woda oraz prawa majątkowe, jeżeli mogą być przedmiotem obrotu, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację.

Warto również zauważyć, że na podstawie art. 116 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki

dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Przepis art. 116 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy każdego rodzaju zamówień.

W przypadku, gdy dostawa obejmuje dodatkowo rozmieszczenie lub instalację produktu (np. dostawa z rozmieszczeniem i instalacją aparatury medycznej) może okazać się, że w celu należytego wykonania zamówienia konieczne będzie żądanie od wykonawcy dysponowania osobą skierowaną przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, odpowiedzialną za instalację urządzeń medycznych, posiadającą doświadczenie w takiej instalacji. W takim przypadku zamawiający będzie uprawniony do żądania dysponowania taką osobą, a wykonawca do polegania na zasobach podmiotów trzecich w zakresie dysponowania osobą skierowaną do instalacji np. aparatury medycznej. Tak, jak w przypadku dysponowania osobą skierowaną do kierowania budową lub robotami budowlanymi, może to być dysponowanie bezpośrednie lub dysponowanie pośrednie.

Jeżeli tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami skierowanymi do instalacji dostarczonego produktu będzie stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą, na której dysponowaniem wykonawca się powołuje (np. umowa zlecenie), mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. W takim przypadku nie mamy do czynienia z podmiotem udostępniającym zasoby, o którym mowa w art. 118 ustawy Pzp (podmiotem trzecim), gdyż nie występują tu żadne zasoby takiego podmiotu (podmiotu trzeciego).

Z dysponowaniem pośrednim mamy do czynienia w sytuacji, gdy stosunek prawny łączy wykonawcę z podmiotem, który dysponuje osobą, która będzie skierowana do instalacji dostarczonego produktu. W takim przypadku wykonawca zawiera umowę z podmiotem, w którego władaniu (dyspozycji) znajduje się osoba zdolna (skierowana) do wykonania zamówienia i ten podmiot zobowiązuje się do udostępnienia tej osoby wykonawcy.

O przypadkach pośredniego dysponowania osobą lub osobami zdolnymi do wykonania zamówienia rozstrzyga więc prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą o podmiotem trzecim. W takich przypadkach tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na

dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby (zobowiązanie podmiotu trzeciego) lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Poleganie na sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotu udostępniającego w zakresie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej

Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej lub ekonomicznej, polegać również na sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotu trzeciego, np. w zakresie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. W takim przypadku wykonawca składa wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu trzeciego, z którego powinno wynikać, że podmiot trzeci zawarł umowę ubezpieczenia na rzecz wykonawcy. Tylko wtedy będzie możliwe wykazanie, że podmiot trzeci jest w stanie ponieść ciężar składki z tytułu opłacenia polisy OC na rzecz wykonawcy. Nie jest natomiast wystarczające powołanie się wykonawcy lub podmiotu trzeciego na taką możliwość bez zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, ponieważ nie gwarantowałoby to rzeczywistego dostępu do takiego zasobu. Samo zobowiązanie się podmiotu trzeciego do zawarcia umowy ubezpieczenia i objęcie ochroną ubezpieczeniową wykonawcy jest niewystarczające do uznania, że podmiot trzeci zagwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Spełnienie tego warunku wykonawca powinien wykazać już na dzień złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W takim przypadku podmiot trzeci powinien wskazać w złożonym zobowiązaniu dane umowy zawartej z ubezpieczycielem na rzecz wykonawcy (ubezpieczonego) ze wskazaniem określonej w warunku udziału w postępowaniu sumy gwarancyjnej ubezpieczenia.

Składanie, uzupełnianie i poprawianie oraz forma i postać zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby

Z przepisu art. 118 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że zobowiązanie podmiotu trzeciego jest podmiotowym środkiem dowodowym, do którego ma zastosowanie między innymi art. 122 w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Jeżeli wykonawca nie złożył wraz z ofertą zobowiązania podmiotu trzeciego, złożone wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego jest niekompletne lub zawiera błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do jego złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na jego złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. poz. 2452):

- 1) zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby przekazuje się w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym (§ 7 ust. 1),
- 2) w przypadku gdy zobowiązanie podmiotu udostępniającego zostało sporządzone jako dokument w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów, o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej (§ 7 ust. 2),
- 3) poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania zobowiązania podmiotu udostępniającego z dokumentem w postaci papierowej dokonuje podmiot udostępniający zasoby (§ 7 ust. 3 pkt 1),

- 4) poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania zobowiązania podmiotu udostępniającego z dokumentem w postaci papierowej może dokonać również notariusz (§ 7 ust. 4).

Zastąpienie podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem

Na podstawie art. 122 ustawy Pzp, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Treść art. 122 ustawy Pzp skierowana jest do zamawiającego. Sformułowanie „Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia” powinno zostać rozstrzygnięte przez zamawiającego. Pozostawienie oceny w tym zakresie wykonawcy nie stanowi o wypełnieniu obowiązku nałożonego przez zamawiającego art. 122 ustawy Pzp, gdyż na etapie kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu, stanowi uprawnienie zamawiającego.

Regulacja wyrażona w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jest regulacją określającą w sposób kompleksowy zasady wezwania o uzupełnienie oświadczeń z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych, oraz innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Natomiast, przepis art. 122 ustawy Pzp jedynie doprecyzowuje możliwe działania wykonawcy, w sytuacjach określonych w art. 128 ustawy Pzp, w przypadku polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby. Przepis art. 122 ustawy Pzp dotyczy okoliczności, gdy zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec

tego podmiotu podstawy wykluczenia. W każdym z powyższych przypadków – reguła jednokrotnego wezwania o ten sam dokument na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w związku z brzmieniem tego przepisu – nie ulega zmianie.

Przepis art. 122 ustawy Pzp nie stanowi odrębnej regulacji względem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, tylko określa sposób wykonania obowiązku z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wobec wykonawców, którzy wykazują spełnianie warunków udziału w postępowaniu polegając na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby.

Zakaz powoływania się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby po upływie terminu składania ofert

W przepisie art. 123 ustawy Pzp został sformułowany zakaz powoływania się wykonawcy na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.

Żądanie od wykonawcy wskazania określonych części, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom

Na podstawie art. 462 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zgodnie natomiast z art. 462 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Wskazanie przez wykonawcę firm podwykonawców stanowi informację wtórną, gdyż na etapie realizacji zamówienia może dojść do zmiany takiego podmiotu. Zgodnie z art. 462 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Przepisy nie przewidują żadnych sankcji za brak wskazania podwykonawców w ofercie, tym bardziej że ewentualny wymóg podania informacji o podwykonawcach w ofercie dotyczy tylko tych, którzy są znani na etapie składania ofert. Ustawa Pzp nie przewiduje także niedopuszczenia podwykonawstwa na

etapie wykonywania umowy, nawet gdyby w treści oferty wskazano wykonanie zamówienia wyłącznie siłami własnymi. Zatem, nie można wobec wykonawcy, który nie podał wcale lub nie podał wyczerpującej listy firm podwykonawców wyciągać negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty, w tym w szczególności na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odmienne niż w przypadku przepisu art. 36b ust. 1 Pzp2004, w którym ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek żądania od wykonawcy wskazania określonych części, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, przepis art. 462 ust. 2 ustawy Pzp zawiera uprawnienie dla zamawiającego do żądania wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych. Zamawiający może, ale nie musi żądać od wykonawcy wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Na podstawie art. 462 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może np. żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, ale bez podania nazw ewentualnych podwykonawców.

W wyroku z dnia 22 września 2022 r. KIO 2340/22, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „Instytucja podwykonawstwa regulowana jest w art. 462 i nast. ustawy Pzp. I tak, zgodnie z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W myśl ust. 2, zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Ustępy 5, 6 i 7 regulują sytuację, w których wymagane jest wskazanie przez wykonawcę podwykonawcy - innym podwykonawcą. Obowiązek osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę regulowany jest art. 60 i 121 ust. 1 ustawy Pzp i wymaga dokonania takiego zastrzeżenia przez zamawiającego. W rozpoznawanym przypadku zamawiający nie zastrzegł takiego obowiązku. Z powyższego wynika, że ustawodawca wyraźnie dopuszcza możliwość wykonania części zamówienia przez podwykonawcę, jak również dopuszcza możliwość dokonywania zmian w tym zakresie. W rozpoznawanym przypadku zamawiający - stosownie do art. 462 ust. 2 ustawy Pzp - żądał wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych wykonawców, jeżeli są znani. Wskazywanie przez wykonawcę na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani, ma charakter informacyjny.

Brzmienie art. 462 ust. 2 ustawy Pzp wprowadzające fakultatywne wymaganie żądania

informacji o części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, faktycznie przesądza o jego informacyjnym charakterze. Tym samym, wprowadzanie przez wykonawcę zmian w zakresie podwykonawstwa po terminie składania ofert należy uznać za dopuszczalne, o ile tylko nie stoi w sprzeczności z wymaganiami zamawiającego w zakresie osobistego wykonania zamówienia. Z powyższego wynika, że odwołujący był uprawniony do dokonywania zmian, zarówno jeśli chodzi o zakres robót, jakie zamierzał powierzyć podwykonawcom, jak i w zakresie samych podwykonawców."

Odmienne stanowisko zostało wyrażone w wyroku z dnia 15 lutego 2023 r., KIO 284/23:

„W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 18 stycznia 2023 r. do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, wykonawca (...) pismem z dnia 23 stycznia 2023 r. przedłożył nowe zobowiązanie PUZ (podmiotu udostępniającego zasoby) do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, zmieniając prace wykończeniowe na roboty budowlane polegające na: wymianie stolarki w ścianach zewnętrznych, dociepleniu ścian zewnętrznych, wykonaniu rozbiórki, wykonaniu ścian wewnętrznych, wymianie stolarki drzwiowej wewnętrznej, wykończeniu wnętrz; przy sposobie i okresie udostępnienia zasobów do wykonywania zamówienia" - umowa o podwykonawstwo w zakresie wykonania ww. robót budowlanych, których dotyczą udostępnione zasoby, przez cały okres realizacji przedmiotowego zamówienia". (...). Złożono także nową informację dotyczącą podwykonawców, gdzie przedsiębiorcy PUZ, jako podwykonawcy, wykonawca (...) zamierza powierzyć roboty budowlane polegające na: wymianie stolarki w ścianach zewnętrznych, dociepleniu ścian zewnętrznych, wykonaniu rozbiórki, wykonaniu ścian wewnętrznych, wymianie stolarki drzwiowej wewnętrznej, wykończeniu wnętrz. (...).

Odwołujący podnosił, że w wyniku odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wykonawca (...) złożył nowe zobowiązanie podmiotu trzeciego i nową informację o podwykonawcach, gdzie znacząco rozszerzono zakres prac podwykonawcy PUZ, w stosunku do tych wskazanych wraz z ofertą. W uzupełnionej wersji dokumentów podwykonawca miałby realizować roboty budowlane polegające na: wymianie stolarki w ścianach zewnętrznych, dociepleniu ścian zewnętrznych, wykonaniu rozbiórki, wykonaniu ścian wewnętrznych, wymianie stolarki drzwiowej wewnętrznej, wykończeniu wnętrz. Zatem zakres robót, który w ofercie przewidywał wykonanie wewnętrznych prac wykończeniowych, rozszerzył się o pozycje, których z pewnością nie można zaliczyć do tej kategorii np. dociepleniu ścian zewnętrznych czy wykonanie rozbiórki. W ocenie odwołującego działanie takie jest sprzeczne z art. 123 ustawy Pzp, ponieważ po złożeniu oferty nie można w ten sposób rozszerzać zakresu robót podmiotu trzeciego/podwykonawcy, a zamawiający powinien uznać, że wykonawca (...) nie spełnił warunku udziału w zakresie doświadczenia i wyeliminować go z postępowania.

Na wstępie rozważań należy zaznaczyć, że na gruncie rozpoznawanego sporu wskazanie w ofercie nazwy i zakresu robót, który wykona podwykonawca, w związku z tym, że jest to podmiot, który użycza wykonawcy swoje doświadczenie dla wykazania spełnienia warunku

udziału w przetargu dotyczącego doświadczenia, jest istotnym elementem treści oferty. Informacja ta bezpośrednio dotyczy sposobu realizacji umowy, zgodnie zaś z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp podmiot udostępniający wykonawcy swoje zasoby winien wykonać te roboty budowlane, co do których udostępniane zdolności są wymagane - tu prace określone w warunku udziału w przetargu z rozdział VII pkt 2 ppkt 4 lit. a SWZ.

Okoliczność, że złożone wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego swoje zasoby wraz z informacją o powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcy PUZ (...) nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w robotach budowlanych, nie była sporna. Zamawiający uznał dokumenty dotyczące podwykonawcy PUZ za nieprawidłowe i wezwał wykonawcę (...) do uzupełnienia. Wezwanie zamawiającego z dnia 18 stycznia 2023 r. do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów nie zostało zaskarżone. Izba stwierdziła, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca (...) **znacząco rozszerzył zakres robót, które miałby wykonywać podwykonawca PUZ w stosunku do tych wskazanych w ofercie.**

Jak trafnie podnosił odwołujący roboty określone w nowym zobowiązaniu podmiotu trzeciego i informacji o podwykonawcach (...) wskazują na zmianę pierwotnie wskazanych prac wykończeniowych - pkt 4 przedmiaru na remont pomieszczeń wewnętrznych Hotelu Olimpijskiego, wartość 20 000,99 zł przy wartości oferty 3 949 999,86 zł, tj. **ok 0,5% wartości robót** - na roboty budowlane polegające na:

- 1) wymianie stolarki w ścianach zewnętrznych,
- 2) dociepleniu ścian zewnętrznych,
- 3) wykonaniu rozbiórki,
- 4) wykonaniu ścian wewnętrznych,
- 5) wymianie stolarki drzwiowej wewnętrznej,
- 6) wykończeniu wewnątrz, co doprowadziło do istotnej zmiany zakresu robót i nie można mieć wątpliwości, że nowe roboty nie mieszczą się w kategorii prac wykończeniowych.

W ocenie składu orzekającego dokonana zmiana treści oferty jest niedopuszczalna na gruncie art. 123 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Normę tę należy wyklądać mając także na uwadze art. 122 ustawy Pzp, na gruncie którego: „Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie

określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu".

Powyższe oznacza, że w momencie, kiedy zamawiający - po negatywnej weryfikacji podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby do wykazania spełnienia warunku udziału w przetargu, wezwie wykonawcę do uzupełnienia zdolności podmiotowej dotyczącej spełnienia tego warunku, wykonawca może:

- 1) wskazać innego podwykonawcę
- 2) wykazać się samodzielnym spełnieniem warunku.

Niemniej, już po upływie terminu na składanie ofert w postępowaniu obowiązuje zasada niezmienności treści oferty, w tym co do istotnych jej elementów, tu w zakresie sposobu realizacji umowy, więc ustawodawca dopuszcza zmianę podmiotu udostępniającego zasoby zgodnie z ograniczeniem określonym w art. 123 ustawy Pzp. Oznacza to, że w takiej sytuacji - w przeciwieństwie do możliwości szerokiego poprawienia, uzupełnienia i wyjaśniania oświadczeń z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, mamy znaczący ustawowy zakaz dotyczący zasad posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego. Ograniczenie dotyczy czasu - uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego przysługuje do upływu terminu składania ofert, i ograniczenie dotyczące zakresu - uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego w zakresie, który wykonawca wskazał na etapie składania ofert.

Znaczące rozszerzenie zakresu robót budowlanych zleczanych podwykonawcy PUZ, który udostępnia zasoby dotyczące spełnienia warunku posiadania właściwej zdolności technicznej i zawodowej w postaci doświadczenia dla wykonawcy (...), o prace inne niż wskazane w ofercie roboty wykończeniowe, jest zatem niedopuszczalne na gruncie art. 123 ustawy Pzp. W konsekwencji zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy (...), jako ofertę złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 123 ustawy Pzp), co powoduje uwzględnienie przez Izbę zarzutów (...)."

Badanie czy nie zachodzą wobec podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby podstawy wykluczenia

Na podstawie art. 462 ust. 5 zdanie pierwsze ustawy Pzp, w przypadku, gdy zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, zamawiający może badać, czy nie zachodzą wobec podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 i art. 109 ustawy Pzp, o ile przewidział to w dokumentach zamówienia (np. w SWZ lub zaproszeniu do negocjacji). W takim przypadku wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia oświadczenie, o którym

mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, lub podmiotowe środki dowodowe dotyczące tego podwykonawcy (art. 462 ust. 5 zdanie drugie ustawy Pzp ustawy Pzp). Jeżeli wobec podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił tego podwykonawcę pod rygorem niedopuszczenia podwykonawcy do realizacji części zamówienia (art. 462 ust. 6 ustawy Pzp). Oznacza to, że wykonawca może zgłosić zamawiającemu innego podwykonawcę do realizacji danej części zamówienia lub wykonać tę część samodzielnie.

W przypadku art. 462 ust. 5 ustawy Pzp podmiotowe środki dowodowe potwierdzające brak podstaw wykluczenia muszą być aktualne na dzień ich złożenia zamawiającemu, niezależnie od tego, czy podwykonawca został zgłoszony na etapie wykonywania umowy, czy w ofercie, a katalog podstaw wykluczenia wobec podwykonawców nie powinien być szerszy niż ten, który został określony na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla wykonawców (art. 462 ust. 6 ustawy Pzp).

Przepis art. 462 ust. 5 ustawy Pzp odnosi się również do:

- 1) podwykonawców zaangażowanych roboty budowlane lub usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, jeżeli są już znani (art. 462 ust. 3 ustawy Pzp),
- 2) zamówień na dostawy oraz zamówień na usługi inne niż dotyczące usług, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego (art. 462 ust. 4 pkt 1 ustawy Pzp).

Zmiana albo rezygnacja z podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się

Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, 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. W takim przypadku przepis art. 122 ustawy Pzp stosuje się odpowiednio (art. 462 ust. 7 ustawy

Pzp). Oznacza to, że jeżeli proponowany inny podwykonawca nie będzie potwierdzać spełnia warunków udziału w postępowaniu w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił proponowanego innego podwykonawcę innym podwykonawcą albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Czy wykonawca może powierzyć wykonanie całości zamówienia podwykonawcy

Na podstawie art. 462 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W praktyce udzielania zamówień publicznych funkcjonuje błędny pogląd, że przepisu art. 462 ust. 1 ustawy Pzp nie można interpretować jako absolutnego zakazu powierzania wykonania całości zamówienia podwykonawcy (wykonawca może powierzyć wykonanie całości zamówienia podwykonawcy, ponieważ ustawodawca w żadnym przepisie ustawy Pzp nie sformułował zakazu powierzania całości zamówienia podwykonawcy, nie wskazał, że wykonawca nie może powierzyć wykonania całości zamówienia podwykonawcy).

Zakaz powierzania wykonania całości zamówienia podwykonawcy nie budzi żadnych wątpliwości na gruncie przepisów ustawy Pzp oraz w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądowym. Przede wszystkim konsekwencją dopuszczenia możliwości powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy byłoby funkcjonowanie na rynku podmiotów, których rolą byłoby wyłącznie wygrywanie przetargów (także za pomocą podmiotów udostępniających zasoby), nie zaś realizacja zamówienia udzielonego przez zamawiającego.

Na niedopuszczalność powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy wskazuje również definicja umowy podwykonawczej (art. 7 pkt 27 ustawy Pzp). Przez umowę podwykonawczą należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między

dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia.

Na gruncie przepisów ustawy Pzp oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i sądowego prawidłowa wykładnia art. 462 ust. 1 ustawy Pzp jest następująca. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, co oznacza, że wykonawca nie może powierzyć wykonania całości zamówienia podwykonawcy. Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy nie będzie natomiast możliwe, gdy zamawiający zgodnie z art. 60 pkt 1 i art. 121 pkt 1 ustawy Pzp, zastrzeże obowiązek osobistego wykonania przez odpowiednio poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi lub prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawę. Jeśli zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez odpowiednio poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub wykonawcę np. kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane, wykonawca może powierzyć wykonanie tylko części zamówienia podwykonawcy. Odmienne interpretacja art. 462 ust. 1 ustawy Pzp jest nieuprawniona i wykraczająca poza reguły wykładni tego przepisu. Taka interpretacja jest prezentowana w orzecznictwie (zob. wyrok z dnia 11 czerwca 2014 r., KIO 1075/14, wyrok z dnia 27 lutego 2020 r., KIO 299/20, wyrok z dnia 7 grudnia 2020 r., KIO 2971/20 i KIO 2976/20, uchwała z dnia 4 listopada 2016 r., KIO/KU 67/16).

W wyroku z dnia 5 maja 2021 r., XXIII Zs 11/21 Sąd Okręgowy w Warszawie uznał, że ustawodawca konsekwentnie w art. 36a ust. 1 Pzp2004 jak i w ustawie Pzp określił, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Sąd zwrócił również uwagę, że „wykładnia literalna obu norm nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe. Przyjęcie odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuację, w których poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcy, zamawiający de facto udzielałby zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy – pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień publicznych. A taka sytuacja byłaby niezgodna zarówno z zasadą udzielania zamówienia jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa jak i

zasadą transparentności. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia."

Niedopuszczalne jest również takie powierzenie podwykonawcom części zamówienia, jeżeli wskazywałoby to na pozorność czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia (np. powierzenie 99% zakresu rzeczowego robót budowlanych lub usług). Takie działanie wykonawcy należałoby uznać za czynność prawną mającą na celu obejście przepisów art. 462 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku powierzenia przez wykonawcę wykonania znaczącej części zamówienia podwykonawcy, zamawiający biorąc po uwagę np. zakres rzeczowy robót budowlanych, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy, powinien dokonać oceny czy de facto udzielałby zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy.

Na pozorność czynności zwrócono uwagę wyroku z dnia 21 września 2017 r., KIO 1857/17. Wyrok dotyczył pozorności udostępniania przez inny podmiot własnych zasobów, wyłącznie w celu ubiegania się o zamówienie podmiotu, który sam z siebie podlegałby wykluczeniu z postępowania. W tym przypadku wykonawca pozornie polegał na zasobach podmiotu udostępniającego, powierzając temu podmiotowi zaledwie: odpowiednio 2,3% minimalnej wartości robót budowlanych, których realizacją miał się wykazać wykonawca i 1,3% wartości całkowitej oferty. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej o tym, że podmiot udostępniający zasoby nie będzie realizował zamówienia świadczy następujący rozkład podziału zadań w ramach przedmiotu zamówienia przedstawiający się następująco, który przedstawił w odpowiedzi na odwołanie zamawiający. „Wartość prac planowanych do powierzenia podmiotowi trzeciemu, których zakres wbrew twierdzeniu odwołującego nie stanowił katalogu otwartego lecz zamknięty, wynosi 160 000 zł brutto, podczas gdy wartość robót budowlanych wskazanych przez zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu to min. 7 000 000 zł brutto każda robota, a w wartość oferty odwołującego to 12 129 681,20 zł. Z niniejszego wynika, iż wartość robót deklarowanych przez odwołującego do powierzenia do realizacji podmiotowi trzeciemu, na zasoby którego odwołujący powołał się w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to zaledwie: odpowiednio 2,3% minimalnej wartości robót budowlanych, których realizacją miał się wykazać wykonawca i 1,3% wartości całkowitej oferty." W ocenie składu orzekającego zamawiający słusznie dokonał oceny otrzymanych dokumentów i uznał, że ich treść wskazuje na „pozorność”

udostępniania przez inny podmiot własnych zasobów, wyłącznie w celu ubiegania się o zamówienie podmiotu, który sam z siebie podlegałby wykluczeniu z postępowania.

Przepis art. 462 ust. 1 ustawy Pzp nie stanowi również żadnej ingerencji w relacje pomiędzy wykonawcą są podwykonawcą. Przepis ten stanowi natomiast ochronę zasady, iż „zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy” oraz przeciwdziała akceptacji pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia.

Za dopuszczalnością powierzania wykonania całości zamówienia podwykonawcy nie przemawia również fakt, iż wykonawca i tak odpowiada za wykonanie całości zamówienia. Nie można bowiem utożsamiać odpowiedzialności wykonawcy za wykonanie całości przedmiotu zamówienia z ustawowym dopuszczeniem powierzania wykonania tylko części zamówienia podwykonawcy.

W wyroku z dnia 14 marca 2023 r., KIO 539/23, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „wykładania art. 462 ust. 1 ustawy Pzp nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest dopuszczalne. Z ww. przepisu jednoznacznie wynika, że wykonawca może powierzyć podwykonawcy wykonanie części zamówienia. Powyższe jest spójne z zawartą w art. 7 pkt 27 ustawy Pzp definicją umowy o podwykonawstwo, która odwołuje się do wykonania części zamówienia przez podwykonawcę. Wskazać ponadto należy, iż zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 ustawy Pzp), a nie podwykonawcy. Tym samym dopuszczenie możliwości zlecenia całości zamówienia publicznego podwykonawcy w istocie prowadziłoby do zmiany wykonawcy i godziłoby w fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych.” W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej takiej interpretacji „nie przeczy treść art. 462 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Określone tym przepisem uprawnienie zamawiającego do żądania wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, nie koliduje z treścią art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem ani zamawiający, ani wykonawca nie mogą zdecydować, iż w danym zamówieniu możliwe będzie podzlecenie całości zadania do wykonania.”

Przepis art. 462 ust. 1 ustawy Pzp nie stanowi również żadnej ingerencji w relacje pomiędzy wykonawcą są podwykonawcą. Przepis ten stanowi natomiast ochronę zasady, iż „zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy” oraz przeciwdziała akceptacji pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia.

Za dopuszczalnością powierzania wykonania całości zamówienia podwykonawcy nie przemawia również fakt, iż wykonawca i tak odpowiada za wykonanie całości zamówienia. Co więcej, taki „argument” wydaje się wręcz absurdalny. Nie można bowiem utożsamiać odpowiedzialności wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia (także w przypadku powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy) z ustawowym dopuszczeniem powierzania wykonania tylko części zamówienia podwykonawcy.

Użycie w art. 462 ust. 1 ustawy Pzp wyrażenia „wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy”, nie oznacza, że z przepisu tego można wyprowadzić wniosek o niedopuszczalności powierzenia wykonania całości zamówienia jednemu podwykonawcy, natomiast możliwe jest powierzenie wykonania całości zamówienia dwóm i więcej podwykonawcom.

Na pozorność czynności zwrócono uwagę wyroku z dnia 21 września 2017 r., KIO 1857/17.

Wyrok dotyczył pozorności udostępniania przez inny podmiot własnych zasobów, wyłącznie w celu ubiegania się o zamówienie podmiotu, który sam z siebie podlegałby wykluczeniu z postępowania. W tym przypadku wykonawca pozornie polegał na zasobach podmiotu udostępniającego, powierzając temu podmiotowi zaledwie: odpowiednio 2,3% minimalnej wartości robót budowlanych, których realizacją miał się wykazać wykonawca i 1,3% wartości całkowitej oferty.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej o tym, że podmiot udostępniający zasoby nie będzie realizował zamówienia świadczy następujący rozkład podziału zadań w ramach przedmiotu zamówienia przedstawiający się następująco, który przedstawił w odpowiedzi na odwołanie zamawiający. „Wartość prac planowanych do powierzenia podmiotowi trzeciemu, których zakres wbrew twierdzeniu odwołującego nie stanowił katalogu otwartego, lecz zamknięty, wynosi 160 000 zł brutto, podczas gdy wartość robót budowlanych wskazanych przez zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu to min. 7 000 000 zł brutto każda robota, a w wartość oferty

odwołującego to 12 129 681,20 zł. Z niniejszego wynika, iż wartość robót deklarowanych przez odwołującego do powierzenia do realizacji podmiotowi trzeciemu, na zasoby którego odwołujący powołał się w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to zaledwie: odpowiednio 2,3% minimalnej wartości robót budowlanych, których realizacją miał się wykazać wykonawca i 1,3% wartości całkowitej oferty."

W ocenie składu orzekającego zamawiający słusznie dokonał oceny otrzymanych dokumentów i uznał, że ich treść wskazuje na „pozorność” udostępniania przez inny podmiot własnych zasobów, wyłącznie w celu ubiegania się o zamówienie podmiotu, który sam z siebie podlegałby wykluczeniu z postępowania.