Sygn. akt: KIO 1455/20

WYROK

z dnia 23 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2020 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie,

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Gdańsk,
przy udziale:

A. wykonawcy Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A., z siedzibą w Gdyni, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Kruszywo Sp. z o.o., z siedzibą w Linii oraz Bituminium Sp. z o.o., z siedzibą w Linii, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Strabag Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy Strabag Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie na rzecz zamawiającego Gminy Miasta Gdańsk kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 697 zł 00 gr (słownie: sześćset dziewięćdziesiąt siedem złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1455/20

UZASADNIENIE

W dniu 29 czerwca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Strabag sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Gminie Miastu Gdańsk (dalej „Zamawiający") naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust 1 - 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kruszywo Sp. z o.o., ul. Długa 4B, 84-223 Linia, oraz Bituminium Sp. z o.o., ul. Długa 4B, 84-223 Linia, (dalej; „Konsorcjum"), a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia złożonej przez nich oferty, pomimo że wykonawcy ci nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu związanych z posiadaniem wymaganych w postępowaniu wiedzy i doświadczenia określonych w sekcji V lit. C ust. 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, powołując się w celu wykazania spełnienia tego warunku na wiedzę i doświadczenie Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. w pełnym zakresie udostępnienia zasobów, podczas gdy podmiot ten złożył zobowiązanie do wykonywania robót w ramach zamówienia w węższym zakresie niż udostępnił, ograniczonym jedynie do realizacji robót drogowych;

2) art. 7 ust. 1 i 3 poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku naruszenia wskazanych wyżej przepisów p.z.p., a w konsekwencji udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórnej oceny ofert, wykluczenie Konsorcjum z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie złożonej przez niego oferty oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, co następuje:

Wymagania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia

Odwołujący wskazał, że w sekcji V lit. C ust. 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ") - „Warunki udziału w postępowaniu. Podstawy wykluczenia. Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia", Zamawiający zastrzegł, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa ul. Kartuskiej na odcinku od ul. Otomińskiej do skrzyżowania z ul. Nowatorów' (dalej: „Postępowanie"), mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia.

Jako warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia „nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończyli co

najmniej dwa zamówienia, z których każde obejmowało swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi* o nawierzchni bitumicznej, o wartości jednostkowej każdego z zamówień równej lub wyższej niż 20 000 000 (słownie: dwadzieścia milionów) zł brutto.

*droga w rozumieniu Ustawy z dnia 21.03.1985 o drogach publicznych (tj. Dz.U. 2018 r. poz. 2068 ze zm.)"

Odwołujący podkreślił, że poczynione przez Zamawiającego zastrzeżenie stanowi odwołanie do definicji drogi w rozumieniu art. 4 pkt 2 ustawy z dnia 21.03.1985 o drogach publicznych (tj. Dz.U. 2018 r. poz. 2068 zezm.; dalej: „ustawa o drogach publicznych"), zgodnie z którą za drogę należy uznać „budowlę wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącą całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym". Definicja ta wskazuje zatem, że na drogę składa się nie tylko nawierzchnia bitumiczna i podbudowa, ale także drogowe obiekty inżynierskie, urządzenia oraz instalacje, które stanowią - wraz z budowlą - całość techniczno-użytkową, zlokalizowaną w pasie drogowym.

Dalej Odwołujący wskazał, że zgodnie z sekcją III ust. 4 SIWZ, Zamawiający określił, że zakres rzeczowy zamówienia obejmuje:

1) roboty przygotowawcze

2) wycinkę oraz karczowanie drzew i krzewów

3) roboty rozbiórkowe

4) roboty ziemne

5) roboty drogowe (w tym jezdnie, chodniki, drogi rowerowe, zatoki autobusowe, zjazdy na posesje, skrzyżowania)

6) roboty konstrukcyjne (ekrany akustyczne, przeniesienie kapliczki)

7) roboty związane z budową oświetlenia ulicznego

8) roboty związane z budową kanalizacji deszczowej

9) roboty związane z przebudową i zabezpieczeniem istniejącej infrastruktury technicznej (sieci wod-kan, gazowe, energetyczne nn, SN, WN, sieci teletechniczne)

10) wykonanie / odtworzenie trawników, nasadzenia zieleni wraz z pielęgnacją krzewów oraz trawników

11) roboty związane z konserwacją rowu

12) wprowadzenie oznakowania docelowego

W ocenie Odwołującego wyższe potwierdza, że zamówienie realizowane w ramach niniejszego Postępowania jest zadaniem wielobranżowym.

Dalej Odwołujący wskazał, że w sekcji V lit. C ust. 1 pkt 1) SIWZ, Zamawiający zażądał, aby na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia Wykonawca przedstawił wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

W sekcji V lit. C ust. 2 SIWZ Zamawiający określił, że w celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art 22a ustawy Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte

wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą dokumentów, które określają w szczególności: zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego, zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego, czy podmiot, na zdolności 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.

W sekcji V lit. E ust. 4 pkt 1-4 SIWZ Zamawiający określił, że:

> 1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udział w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego
>
> zamówienia lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów.
>
> 2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.
>
> 3. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badaczy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 pkt 1, 4 i 8 p.z.p.
>
> 4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Jednocześnie Zamawiający załączył do SIWZ wzór zobowiązania podmiotu trzeciego (Załącznik nr 9), którym mogli się posłużyć wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie, a w formularzu oferty zażądał wskazania przez Wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podania, o ile jest to wiadome, nazw (firm) podwykonawców.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum, w celu wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. warunku w zakresie wykonania co najmniej dwóch zamówień, z których każde obejmowało swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi o nawierzchni bitumicznej, o wartości jednostkowej każdego z zamówień równej lub wyższej niż 20 000 000 zł brutto, w złożonym Wykazie wykonanych robót budowlanych powołało się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 22a ust. 1 p.z.p., tj. Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. (dalej: „Kobylarnia"), jako wykonawcy zadania pn. „Budowa drogi wojewódzkiej nr 577 (obwodnicy miejscowości Gąbin) na terenie gminy Gąbin" i załączył wraz z ofertą dokument zobowiązania podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 9 do SIWZ. Zgodnie z treścią tego dokumentu, Kobylarnia oświadczyła, że udostępnia Kruszywo sp. z o.o. zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia w pełnym zakresie, tj. wykonanie w ostatnich 5 latach przed upływem terminu składania ofert, zamówienia obejmującego swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi o nawierzchni bitumicznej o wartości równej lub wyższej niż 20 000 000,00 zł brutto, tj. zadania „Budowa drogi wojewódzkiej nr 577 (obwodnicy miejscowości Gąbin) na terenie gminy Gąbin". Jako sposób wykorzystania przez wykonawcę udostępnionych zasobów, Kobylarnia wskazała, w zobowiązaniu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia - dokument załączony do oferty „poleganie na udostępnionej przez PBDiM Kobylarnia S.A. wiedzy i doświadczeniu poprzez bezpośrednie włączenie w realizację robót drogowych" jako podwykonawca.

Odwołujący przy tym wskazał, że zgodnie z sekcją III ust. 4 SIWZ, roboty drogowe stanowią tylko cześć zakresu rzeczowego zamówienia, który obejmuje dodatkowo również roboty przygotowawcze, wycinkę oraz karczowanie drzew i krzewów, roboty rozbiórkowe, roboty ziemne, konstrukcyjne, związane z budowa oświetlenia ulicznego, kanalizacji deszczowej, przebudowa i zabezpieczeniem infrastruktury technicznej, wykonaniem i odtworzeniem trawników, nasadzeń zieleni, konserwacją rowu oraz wprowadzeniem oznakowania docelowego.

W ocenie Odwołującego istotne jest przy tym, że zgodnie z referencjami wystawionymi przez Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich dla Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A, w związku z realizacją zadania „Budowa drogi wojewódzkiej nr 577 (obwodnicy miejscowości Gąbin) na terenie gminy Gąbin" przedmiot udostępnienia zasobów Kobyłami dotyczył całości wielobranżowego zadania, które zgodnie z przedstawionymi referencjami obejmowało następujący zakres prac:

1. branżę drogową, w skład której wchodziły:

a) roboty ziemne

b) podbudowy

c) nawierzchnie

2. ekrany akustyczne

3. bariery energochłonne

4. płotki dla herpetofauny

5. balustrady ochronne

6. przepusty

7. brana elektroenergetyczna

8. branża teletechniczna

9. branża sanitarna

W ocenie Odwołującego z powyższego wynika, że zakres zobowiązania Kobyłami do wykonywania robót w ramach realizacji zadania stanowiącego przedmiot niniejszego postępowania, jest węższy niż zakres, w którym podmiot ten udostępnia zasoby i na jaki powołuje się Konsorcjum w celu wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Skoro zatem udostępnienie zasobów przez Kobylarnię polega na bezpośrednim włączeniu w realizację jedynie robót drogowych (które, w rozumieniu sekcji III ust. 4 SIWZ, nie obejmują wykonania robót ziemnych i przygotowawczych), a przedmiot udostępnienia zasobów dotyczy całości wielobranżowego zadania (którym to wielobranżowym zadaniem jest również przedmiotowe zadanie), zasadne jest uznanie, w ocenie Odwołującego, że Kobylarnia nie będzie realizowała zamówienia w zakresie, w jakim udostępniła własne zasoby. Zgodnie z sekcją III ust. 4 SIWZ, roboty drogowe stanowią tylko część zakresu rzeczowego zamówienia, który obejmuje dodatkowo również roboty przygotowawcze, wycinkę oraz karczowanie drzew i krzewów, roboty rozbiórkowe, roboty ziemne, konstrukcyjne, związane z budową oświetlenia ulicznego, kanalizacji deszczowej, przebudową i zabezpieczeniem infrastruktury technicznej, Wykonaniem i odtworzeniem trawników, nasadzeń zieleni, konserwacją rowu oraz wprowadzeniem oznakowania docelowego.

Dalej Odwołujący wskazał, iż w wyniku wezwania Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p., Konsorcjum złożyło w dniu 12.06.2020 r. wyjaśnienia, do których dołączyło:

1) zmodyfikowane oświadczenie Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA

S.A. dotyczące zobowiązania ww. podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 9 do SIWZ, uzupełnione o oświadczenie Kobyłami o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia w pełnym zakresie w związku z realizacją zadanie a: „Projekt i budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25 (łącznik) o długości około 4,880 km"
2) zmodyfikowany wykaz robót, uzupełniony o wykonane przez podmiot trzeci - Kobylarnię - zadanie „Projekt i budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i

25 (łącznik) o długości około 4,880 km", na zasoby którego Konsorcjum powołuje się w celu wykazania spełnienia wymagań w Postępowaniu

3) referencje wystawione przez zamawiającego dla Kobyłami oraz Mirbud S.A. w związku z realizacją zadania „Projekt i budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25 (łącznik) o długości około 4,880 km". Konsorcjum nie złożyło jednak wyjaśnień ani dowodów potwierdzających, jaki zakres robót został wykonany w ramach tego zadania przez Kobylarnię, a jaki przez Mirbud S.A.

Zgodnie z treścią referencji wystawionych w związku z realizacją zadania „Projekt i budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25 (łącznik) o długości około 4,880 km", Kobylarnia oraz Mirbud S.A. wykonały wspólnie następujący zakres robót:

1. roboty drogowe, na które składało się m.in. wykonanie:

a) nawierzchni

b) robót ziemnych

c) urządzeń ochrony środowiska - ekranów akustycznych, przepustów, nasadzeń drzew i krzewów

d) oznakowania drogi

e) humusowania, umocnienia skarp i rowów

2. obiekty inżynierskie

3. roboty branży wod-kan i odwodnienia

4. roboty branży teletechnicznej

5. roboty elektryczne

6. oświetlenie

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wskazał, że zakres zobowiązania Kobylarni do wykonywania robót w ramach udostępnionych zasobów przy wykonywaniu zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania, nie obejmuje wykonania robót ziemnych, robót konstrukcyjnych, robót związanych z budowa oświetlenia ulicznego, robót związanych z budowa kanalizacji deszczowej, robót związanych z przebudowa i zabezpieczeniem istniejącej infrastruktury technicznej (sieci wod-kan, gazowych, energetycznych nn. SN. WN. sieci teletechnicznych) - mimo że stanowiły one przedmiot udostępnienia zasobów dla Konsorcjum w celu wykazania przez Konsorcjum spełnienia wymagania, o którym mowa w sekcji V lit. C ust. 3 SIWZ. tj. wykonania dwóch zamówień, z których każde obejmowało swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi (w rozumieniu ustawy o drogach publicznych) o nawierzchni bitumicznej, o wartości jednostkowej każdego z zamówień równej lub wyższej niż 20 000 000 zł brutto. Zgodnie z definicją drogi, o której mowa w art. 4 pkt 2 ustawy o drogach publicznych, a do jakiej odwołuje się Zamawiający stawiając ww. wymaganie, należy za nią uznać „budowlę wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiąca całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym". Definicja ta wskazuje zatem, że na drogę składa się nie tylko budowla składająca się z nawierzchni bitumicznej i podbudowy (czyli zakres zobowiązania Kobyłami udostępniającej zasoby), ale także drogowe obiekty inżynierskie, urządzenia oraz instalacje, które stanowią - wraz z budowlą - całość techniczno-użytkową, zlokalizowaną w pasie drogowym. W ocenie Odwołującego polegając zatem na zdolnościach technicznych Kobylarni w wykonaniu zadań spełniających wymagania wskazane w sekcji V lit. C ust. 3 SIWZ. Konsorcjum powinno włączyć Kobylarnie jako podwykonawcę do wykonania wszystkich robót, co do których podmiot ten udostępnia swoje zasoby - szczególnie, że zgodnie z oświadczeniem, udostępnia on swoją wiedze i doświadczenie w pełnym zakresie. Kobylarnia oświadczyła natomiast, że wykona jedynie roboty drogowe (w rozumieniu zakresu rzeczowego wskazanego w sekcji III ust. 4 SIWZ: jedynie nawierzchni i podbudowy, lecz już nie robót ziemnych), co oznacza, że nie wykona pozostałych robót, co do wykonania których udostępnia swoje zasoby, w tym tych robót, w wyniku których powstają urządzenia i instalacje, które stanowią całość techniczno-użytkową z budowlą (jezdnią) składającą się z nawierzchni i podbudowy.

W ocenie Odwołującego wnioski te są spójne z pozostałą treścią oferty. Należy bowiem w kontekście powstaniowych zarzutów skazać, że Konsorcjum oświadczyło w ofercie, że prace objęte przedmiotem zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom w części elektroenergetycznej, gazowej, sygnalizacji oraz części sanitarnej, wskazując że na tym etapie Konsorcjum nie jest w stanie podać podwykonawcy - mimo, że branże te objęte są zakresem zadań, w ramach których Kobylarnia udostępniła swoje zasoby, a Konsorcjum polega na tych zasobach dla wykazania spełnienia wymagań Postępowania. Oświadczenie to oznacza także, ze Konsorcjum nie planuje wykonać tych robót w zakresie wskazanych branż samodzielnie.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Odwołującego taka forma udostępnienia przez Kobylarnię, jako podmiot trzeci w rozumieniu art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, zasobów w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, nie jest wystarczająca dla uznania, że Konsorcjum wykazało, że spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu. Zobowiązanie nie potwierdza bowiem rzeczywistego i realnego charakteru dysponowania doświadczeniem podmiotu trzeciego, co w świetle art. 22a i wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, oraz poglądów doktryny prezentowanych na gruncie ustawy Pzp, jest konieczne do wykazania spełnienia wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu z powołaniem się na potencjał podmiotu trzeciego.

W zakresie rozważań prawnych, Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach technicznych innych podmiotów. Udostępnienie to powinno mieć wymiar realny, tj. musi odnosić się do konkretnego zamówienia, dla którego zdefiniowane zostały warunki, których spełnienie będzie wykazywane przez potencjał podmiotu udostępniającego. Na taki charakter instytucji udostępnienia wskazał Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 07.04.2016 r., C-324/14, D. A. v. Zarząd Oczyszczania Miasta, CURIA: „o ile oferent ma swobodę wyboru w zakresie ustanowienia i charakteru prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z podmiotami, na których zdolnościach polega, to jest on zobowiązany przedstawić dowód, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów, które to zasoby nie stanowią jego własności a są niezbędne do wykonania zamówienia".

Udostępnienie dopuszczalne jest jedynie w stosownych sytuacjach, a więc takich, w których udostępnienie potencjału jest obiektywnie możliwe. Zgodnie z przyjętą linią orzeczniczą Trybunału Sprawiedliwości udostępnienie potencjału nie może mieć wymiaru jedynie formalnego. Przyznana możliwość dotyczy wykorzystania przez podmiot gospodarczy środków należących do jednego lub kilku innych podmiotów w celu realizacji zamówienia (tak w wyrokach TS: z 10.10.2013 r., C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA, Mannocchi Luigino Dl v. Provincia di Fermo, CURIA, pkt 32; z 2.12.1999 r., C-176/98, Holst Italia SpA v. Comune di Cagliari, CURIA, pkt 26, 27; z 18.03.2004 r., C-314/01, Siemens AG Ósterreich and ARGE Telekom & Partner v. Hauptverband der ósterreichischen Sozialversicherungstrager, CURIA, pkt 43). Celem jest wiec nie tylko wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale przede wszystkim zabezpieczenie prawidłowego wykonania zamówienia przez możliwość wykorzystania udostępnianych potencjałów.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, dopuszczalne jest wykazanie się potencjałem podmiotów trzecich, o ile podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do których wykonania te zdolności są wymagane. Ustawa nakłada więc wymóg, aby udostępnienie potencjału co do określonych zdolności nastąpiło poprzez udział podmiotu w realizacji zamówienia w zakresie w jakim udostępniony potencjał podmiotu trzeciego przedstawiany jest na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zakres ten wyznaczony jest przedmiotowo - jako realizacja takich prac, do których podmiot trzeci posiada kompetencje a wykonawca wykazał je w ramach oceny spełniania warunków. Skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego zapewnić ma bowiem ten sam co cel w przypadku samodzielnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu tj. realizacje zamówienia przez podmiot posiadający doświadczenie w robotach objętych zamówieniem nie zaś tylko przez podmiot dopiero to doświadczenie nabywający. Jak wyjaśniła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 711/19 z 29 kwietnia 2019r. „Ustawodawca, w art. 22a ust 4 p.z.p. ustanowił obowiązek realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby w postaci m.in. doświadczenia, w zakresie w którym wykonawca, powołał się na zasoby podmiotu trzeciego. Nie można zatem uznać, iż podmiot wykazujący spełnienie warunku udziału w postępowaniu w całym wymaganym zakresie, będzie uczestniczył w realizacji tego zamówienia jedynie w pewnym, wybranym przez siebie zakresie, stanowiącym element a nie całość wykazywanego doświadczenia. W sytuacji kiedy podmiot trzeci udostępnia swoje zasoby. polegające na

wykazaniu doświadczenia stanowiącego warunek udziału w postępowaniu. podmiot ten zobowiązany jest do osobiste go wykonania tej części zamówienia, która była objęta warunkiem udziału w postępowaniu. Taka okoliczność stanowi wykazanie przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli wykonawca podjął decyzję o udziale w postępowaniu, opierając się na zasobach podmiotów trzecich, powinien zatem - zgodnie z treścią art. 22a udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował tymi zasobami niezbędnymi dla realizacji umowy w zakresie w jakim udostępnione zasoby stanowią potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu. Przepis ten wskazuje na to, że doświadczenie (zasoby) w zakresie w jakim służy spełnieniu warunków udziału w postępowaniu powinno być faktycznie dostępne na etapie wykonywania zamówienia. Zgodnie z treścią §9 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 1126), zamawiający ma prawo do doprecyzowania obowiązku dokumentacyjnego wykonawcy przez żądanie złożenia dokumentów, które określają w szczególności: zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu; sposób wykorzystania przez wykonawcę zasobów innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego; zakres i okres udziału innego podmiotu w wykonywaniu zamówienia publicznego; czy podmiot, na którego zdolnościach wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą. W przedmiotowym Postępowaniu, Zamawiający zażądał takich informacji w sekcji V lit. C ust. 2 SIWZ, a także dołączył wzór takiego oświadczenia podmiotu trzeciego jako Załącznik nr 9 do SIWZ.

Odwołujący wskazał, że w obrocie prawnym funkcjonują liczne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którymi podmiot udostępniający zasoby powinien wykonać zamówienie w zakresie, w którym udostępnił swoje zasoby, tj. m.in.: wyrok KIO z dnia 11 maja 2018 r., KIO 764/18, wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2018 r., KIO 2480/18, wyrok KIO z dnia 3 września 2018 r., KIO 1643/18, wyrok KIO z dnia 28 maja 2018 r., KIO 908/18, wyrok KIO z dnia 17 listopada 2016 r., KIO 2082/16.

W ocenie Odwołującego zobowiązanie przedstawione przez Kobylarnię nie zapewnia rzeczywistego udziału podmiotu trzeciego w zakresie udostępnionego potencjału. Zamawiający stawiając w przedmiotowym postępowaniu warunek posiadania określonego doświadczenia, wymagał aby zamówienie było wykonywanie przez podmiot posiadający odpowiednie doświadczenie w pełnym zakresie tego doświadczenia uzyskanego w ramach zadań, na które powołuje się wykonawca.

Odwołujący wskazał, że w ramach niniejszego zamówienia, zakres zobowiązania do wykonywania robót w ramach udostępnionych zasobów przedstawiony przez Kobylarnię, nie obejmuje wykonania robót ziemnych, robót konstrukcyjnych, robót związanych z budową oświetlenia ulicznego, robót związanych z budową kanalizacji deszczowej, robót związanych z przebudową i zabezpieczeniem istniejącej infrastruktury technicznej (sieci wod-kan, gazowych, energetycznych nn, SN, WN, sieci teletechnicznych) - mimo że stanowiły one przedmiot udostępnienia zasobów dla Konsorcjum w celu wykazania przez Konsorcjum spełnienia wymagania, o którym mowa w sekcji V lit. C ust. 3 SIWZ. Co istotne, zgodnie z treścią oferty, ani Konsorcjum ani Kobylarnię nie będą również wykonywać robót w części elektroenergetycznej, gazowej, sygnalizacji oraz części sanitarnej - mimo, że branże te objęte są zakresem zadań, w ramach których Kobylarnia udostępniła swoje zasoby, a Konsorcjum polega na tych zasobach dla wykazania spełnienia wymagań Postępowania. Zarazem, taki sposób udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia nie stanowi realnego udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego, którego udział w zamówieniu ogranicza się jedynie do wykonania jedynie części robót co do których udostępnia swoją wiedzę i doświadczenie, mimo że deklaruje w oświadczeniu udostępnienie wykonawcy wiedzy i doświadczenia nabytego przy realizacji określonych zadań w pełnym zakresie.

Mając powyższe na względzie, w ocenie Odwołującego, przywołane w ofercie Konsorcjum doświadczenie podmiotu trzeciego na wykazanie spełnienia wymagań określonych w Postępowaniu, nie spełnia wymagań określonych w Postępowaniu określonych w sekcji V lit. C ust. 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Należy przy tym podkreślić, że ewentualne wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu poprzez rozszerzenie zakresu podwykonawstwa Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A. w drodze zmiany dokumentu „zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia”, jest niedopuszczalne, gdyż Konsorcjum dokonało już

uzupełnienia tego dokumentu w drodze wyjaśnień z dnia 12.06.2020 r. Podobnie, Konsorcjum uzupełniło dokument „wykaz robót". Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, wykonawca ma możliwość jedynie jednokrotnego uzupełnienia określonego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi wyjątek od zasady niezmienności oferty i możliwość jego zastosowania nie może być interpretowana rozszerzająco. Również samodzielne działanie wykonawcy zgodnie z orzecznictwem i doktryną nie może powodować naruszenia zasady jednokrotnego wezwania i uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba ustaliła co następuje:

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r..

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) oświadczenie z dnia 16 lipca 2020 r. na okoliczność wykazania prawidłowego zakresu udostępnienia zasobów na rzecz Konsorcjum; (ii) wykaz prac zrealizowanych i obecnie realizowanych przez Konsorcjum wraz z dokumentami źródłowymi (SIWZ, ogłoszenia oraz referencje/poświadczenia) dotyczącymi tych inwestycji na okoliczność wykazania rzetelności Konsorcjum.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa ul. Kartuskiej na odcinku od ul. Otomińskiej do skrzyżowania z ul. Nowatorów" (dalej: „Postępowanie").

Izba ustaliła, że w Rozdziale V lit. C ust. 3 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu. Podstawy wykluczenia. Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia", Zamawiający zastrzegł, że w Postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia „nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończyli co najmniej dwa zamówienia, z których każde obejmowało swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi* o nawierzchni bitumicznej, o wartości jednostkowej każdego z zamówień równej lub wyższej niż 20 000 000 (słownie: dwadzieścia milionów) zł brutto.

*droga w rozumieniu Ustawy z dnia 21.03.1985 o drogach publicznych (tj. Dz.U. 2018 r. poz. 2068 ze zm.)"

Izba ustaliła, że w Rozdziale III ust. 4 SIWZ, Zamawiający określił, że zakres rzeczowy zamówienia obejmujący:

1) roboty przygotowawcze

2) wycinkę oraz karczowanie drzew i krzewów

3) roboty rozbiórkowe

4) roboty ziemne

5) roboty drogowe (w tym jezdnie, chodniki, drogi rowerowe, zatoki autobusowe, zjazdy na posesje, skrzyżowania)

6) roboty konstrukcyjne (ekrany akustyczne, przeniesienie kapliczki)

7) roboty związane z budową oświetlenia ulicznego

8) roboty związane z budową kanalizacji deszczowej

9) roboty związane z przebudową i zabezpieczeniem istniejącej infrastruktury technicznej (sieci wod-kan, gazowe, energetyczne nn, SN, WN, sieci teletechniczne)

10) wykonanie / odtworzenie trawników, nasadzenia zieleni wraz z pielęgnacją krzewów oraz trawników

11) roboty związane z konserwacją rowu

12) wprowadzenie oznakowania docelowego

W Rozdziale V lit. C ust. 1 pkt 1) SIWZ, Zamawiający zażądał, aby na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia Wykonawca przedstawił wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

W sekcji V lit. C ust. 2 SIWZ Zamawiający określił, że w celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art 22a ustawy Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą dokumentów, które określają w szczególności: zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego, zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego, czy podmiot, na zdolności 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.

W Rozdziale V lit. E ust. 4 pkt 1-4 SIWZ Zamawiający określił, że:

1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udział w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów.

2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

3. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badaczy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 pkt 1, 4 i 8 p.z.p.

4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Jednocześnie Zamawiający załączył do SIWZ wzór zobowiązania podmiotu trzeciego (Załącznik nr 9), którym mogli się posłużyć wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie, a w formularzu oferty zażądał wskazania przez Wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podania, o ile jest to wiadome, nazw (firm) podwykonawców.

Izba ustaliła, że w Postępowaniu złożono 8 ofert. Zamawiający pismem z dnia 14 maja 2020

r. wezwał Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia m.in. dokumentów w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Konsorcjum, w celu wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. warunku w zakresie wykonania co najmniej dwóch zamówień, z których każde obejmowało swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi o nawierzchni bitumicznej, o wartości jednostkowej każdego z zamówień równej lub wyższej niż 20 000 000 zł brutto, w złożonym Wykazie wykonanych robót budowlanych powołało się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 22a ust. 1 ustawy Pzp., tj. Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. (dalej: „Kobylarnia"), jako wykonawcy zadania pn. „Budowa drogi wojewódzkiej nr 577 (obwodnicy miejscowości Gąbin) na terenie gminy Gąbin" i załączył wraz z ofertą dokument zobowiązania podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 9 do SIWZ.

Izba ustaliła, że w powyższym dokumencie Kobylarnia oświadczyła, że udostępnia Kruszywo sp. z o.o. zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia w pełnym zakresie, tj. wykonanie w ostatnich 5 latach przed upływem terminu składania ofert, zamówienia obejmującego swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi o nawierzchni bitumicznej o wartości równej lub wyższej niż 20 000 000,00 zł brutto, tj. zadania „Budowa drogi wojewódzkiej nr 577 (obwodnicy miejscowości Gąbin) na terenie gminy Gąbin". Jako sposób wykorzystania przez wykonawcę udostępnionych zasobów, Kobylarnia wskazała, w zobowiązaniu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia - dokument załączony do oferty „poleganie na udostępnionej przez PBDiM Kobylarnia S.A. wiedzy i doświadczeniu poprzez bezpośrednie włączenie w realizację robót drogowych" jako podwykonawca, a okres udziału przy wykonywaniu zamówienia jest następujący: „oddanie zasobów nastąpi na cały okres realizacji zamówienia i w pełnym (całym) zakresie realizacji zamówienia".

Izba ustaliła, że pismem z dnia 9 czerwca 2020 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum do uzupełnienia wykazu robót budowalnych lub złożenia nowego wykazu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, wskazując, że złożony w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp wykaz robót budowlanych zawiera jedno zamówienie (poz. nr 2), które zostało zrealizowane przez Kobylarnię, a drugie przez wykonawcę. Zamawiający wskazał, że wskazując po jednym referencyjnym zamówieniu dla różnych podmiotów, nie potwierdzają Państwo spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponadto Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty i określenie czy wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia w zakresie robót drogowych podwykonawcy. Z treści formularza ofertowego wynika, iż roboty drogowe stanowiące część zamówienia wykonawca będzie realizować samodzielnie bez udziału podwykonawców, natomiast złożone wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego PBDiM Kobylarnia S.A. wskazuje, iż stosunek prawny między wykonawcą, a podmiotem udostępniającym zasób wiedzy i doświadczenia oparty będzie na podwykonawstwie.

Pismem z dnia 12 czerwca 2020 r. Konsorcjum złożyło nowy wykaz robót budowalnych, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, powołując się na doświadczenie podmiotu trzeciego tj. Kobylarni w realizacji przez ten podmiot dwóch inwestycji: „Budowa drogi wojewódzkiej nr 577 (obwodnicy miejscowości Gąbin) na terenie gminy Gąbin" oraz „Projekt i budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25 (łącznik) o długości około 4,880 km" (dalej „Zobowiązanie"). Konsorcjum wyjaśniło również, iż zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia w zakresie robót drogowych podwykonawcy zgodnie z zobowiązaniem podmiotu trzeciego - PBDiM Kobylarnia S.A. oraz stosownie do art. 22a ust. 4 ustawy Pzp. Treść Zobowiązania w pozostałym zakresie odpowiadała treści zobowiązania złożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 maja 2020 r.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 19 czerwca 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Konsorcjum.

Izba zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego

szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. W przypadku zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów mogłoby dojść do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W ocenie Izby nie potwierdziły się zarzuty podniesione przez Odwołującego, a tym samym odwołanie podlegało oddaleniu.

Zgodnie zustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Stosownie doustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: 1) nie podlegają wykluczeniu; 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Zgodnie zustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zgodnie z art. 22a ust. 1 - 3 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w.

Z kolei zgodnie z art.ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a oświadczenia lub dokumenty potwierdzające m.in. spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

W kontekście powyższych regulacji podkreślić należy, że żaden przepis ustawy Pzp nie zobowiązuje zamawiającego, aby określił warunki udziału w postępowaniu dokładnie takie, jak przedmiot zamówienia w prowadzonym postępowaniu. Co więcej, zamawiający ma prawo w ogóle odstąpić od opisania takich warunków. Jeśli zamawiający określa warunek w sposób bardziej ogólny niż opis przedmiotu zamówienia, nie może żądać wykazania warunku dalej idącego, jeśli takiego nie opisał, tylko dlatego, że przedmiot zamówienia charakteryzuje się jakimiś dodatkowymi cechami lub wymaga dodatkowego doświadczenia, którego zamawiający nie wymagał jednoznacznie w warunkach udziału w postępowaniu.

W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający wymagał od wykonawcy wykazaniem się doświadczeniem w realizacji dwóch zamówień, z których każde obejmowało swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi, przy czym Zamawiający wskazał, iż pojęcie drogi należy rozumieć zgodnie z przepisami ustawy o drogach publicznych (Dz.U. 2018 r. poz. 2068 ze zm.) (dalej „ustawa o drogach publicznych”). Zgodnie z art. 4 pkt 2 ustawy o drogach publicznych za drogę należy rozumieć budowlę wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącymi całość techniczno - użytkową, przeznaczoną

do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym.

Nie było sporne pomiędzy stronami, iż Konsorcjum, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 9 czerwca 2020 r. złożyło wymagany wykaz robót budowalnych, powołując się na zasoby podmiotu trzeciego tj. firmy Kobylarnia oraz dwie inwestycje zrealizowane przez ten podmiot tj. „Budowa drogi wojewódzkiej nr 577 (obwodnicy miejscowości Gąbin) na terenie gminy Gąbin" oraz „Projekt i budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25 (łącznik) o długości około 4,880 km". Nie było również sporne pomiędzy stronami, iż powyższe inwestycje spełniają wymagania określone w warunki z Rozdziału V lit. C ust. 3 SIWZ.

Co było sporne pomiędzy stronami to zakres udostępnionych Konsorcjum zasobów przez Kobylarnię. Odwołujący bowiem argumentował, iż z treści Zobowiązania wynika, że Kobylarnia zobowiązała się udostępnić wiedzę i doświadczenie wyłącznie w zakresie robót drogowych, nie zaś całego przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, Odwołujący argumentował, iż zakres zobowiązania Kobylarni do wykonania robót w ramach realizacji przedmiotowego postępowania jest węższy niż zakres, w którym podmiot ten udostępnia zasoby i na jakie powołuje się Konsorcjum w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu. Zakres Zobowiązania Kobylarni nie obejmuje wykonania robót ziemnych, robót konstrukcyjnych, robót związanych z budową oświetlenia ulicznego, kanalizacji deszczowej, robót związanych z przebudową i zabezpieczeniem istniejącej infrastruktury technicznej, pomimo, że stanowiły one przedmiot udostępnienia zasobów w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby Odwołujący dokonał błędnej interpretacji treści Zobowiązania złożonego przez Kobylarnię. Wskazać należy, że treść zobowiązania podmiotu trzeciego podlega wykładni w świetle przepisów kodeksu cywilnego, w szczególności art. 65 ust. 1 k.c. stanowiącego, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Ustalenie treści oświadczenia woli podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby winno być dokonane według wzorca obiektywnego, co gwarantuje zachowanie zasady równego traktowania wykonawców i minimalizuje ryzyko nieuprawnionych subiektywnych interpretacji ze strony zamawiającego czy innych wykonawców. Zawartym zatem w oświadczeniu zapisom należy nadać takie znaczenie jakie przypisałaby mu rozsądna osoba, która z należytą starannością dokonuje analizy jego treści z uwzględnieniem kontekstu jego złożenia. Nie chodzi zatem o subiektywną interpretację Konsorcjum czy Odwołujący, ale o ustalenie jak zapisy zawarte w zobowiązaniu powinny być - obiektywnie rzecz biorąc - rozumienie w świetle okoliczności, które były - lub powinny im być wiadome autorowi zobowiązania działającemu z należytą starannością. Przy czym zaznaczenia wymaga, że postępowanie przetargowe cechuje duży stopień profesjonalizmu zawodowego uczestników. Dotyczy to również przedmiotowego postępowania. Dlatego też uzasadnione jest interpretowanie zapisów zawartych w zobowiązaniu podmiotu trzeciego z uwzględnieniem reguł językowych funkcjonalnych na rynku branżowy budowlanej. Nie ulega bowiem wątpliwości, że Konsorcjum, Kobylarnia jak i Odwołujący należą do kręgu osób, którym można przypisać znajomość znaczenia reguł takiego języka branży budowlanej, a zatem wykładnia zapisów zobowiązania powinna prowadzić do przyjęcia znaczenia zgodnego z tymi regułami, nawet jeżeli nie odpowiada ono znaczeniu zrekonstruowanemu na podstawie reguł języka powszechnego. Konieczność uwzględnienia w procesie wykładni reguł szczególnych podsystemów językowych wynika z uczynionego przez ustawodawcę wKC odwołania do zwyczajów (Z. Radwański, Wykładnia oświadczeń woli składanych indywidualnym adresatom, Wrocław - Warszawa - Kraków 1992, s. 89).

Mając na uwadze powyższe Izba wskazuje, że z treści Zobowiązania w sposób jednoznaczny wynika, iż Kobylarnia udostępni Konsorcjum swoją „zdolność techniczną". Taki zapis stanowi odzwierciedlenie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V lit. C ust. 3. Dalej Kobylarnia oświadczyła w pkt 1 i 4, iż swoją zdolność techniczną w postaci wiedzy i doświadczenia zdobytego podczas realizacji dwóch zadań udostępni w pełnym zakresie Konsorcjum, w pełnym, całym zakresie realizacji zamówienia. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż z oświadczenia zawartego w pkt 2 Zobowiązania wynika, że podmiot trzeci zobowiązał się do udostępnienia wiedzy i doświadczenia wyłącznie w zakresie robót drogowych, co winno skutkować wykluczeniem Konsorcjum z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Po pierwsze, udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego na rzecz Konsorcjum miało na celu wykazanie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu sprecyzowanego przez Zamawiającego w Rozdziale V lit. C ust. 3 SIWZ i w tym zakresie Konsorcjum było zobowiązane wykazać realność dostępu do deklarowanego zasobu podmiotu trzeciego na

etapie realizacji zamówienia. W konsekwencji, interpretacja i wykładania treści Zobowiązania winna być ściśle związana z treścią warunku udziału w postępowaniu sprecyzowaną przez Zamawiającego w SIWZ. Zgodzić się należy z Odwołującym, iż w treści warunku Zamawiający doprecyzował jak należy rozumieć pojęcie „drogi". Jednakże nie ma żadnych podstaw, aby ze sformułowania użytego w treści Zobowiązania „włącznie w realizację robót drogowych" wywodzić, iż zakresem udostępnionego zasobu nie jest objęte doświadczenie w budowie lub przebudowie drogi w rozumieniu ustawy o drogach publicznych, zażywszy na okoliczność bezsporną, iż podmiot trzeci tj. Kobylarnia podczas realizacji inwestycji wskazanych w wykazie nabył wiedzę i doświadczenie w budowie drogi w rozumieniu ustawy o drogach publicznych.

Po drugie wskazać należy, że z żadnego zapisu Zobowiązania nie wynika, że Kobylarnia nie udostępniła wiedzy i doświadczenia w budowie lub rozbudowie drogi w rozumieniu ustawy o drogach publicznych.

Po trzecie, dokonując obiektywnej wykładni sformułowania zawartego w Zobowiązaniu „włącznie w realizację robót drogowych" Izba uznała, że sformułowanie to oznacza, że podmiot trzeci udostępni swój potencjał techniczny w postaci wiedzy i doświadczenia, które nabył w związku z realizacją dwóch zadań wskazanych w wykazie, które to zadania obejmowały swoim zakresem wykonanie robót drogowych, w tym budowę/przebudowę drogi w rozumieniu ustawy o drogach publicznych. W ocenie Izby pojęcie robót drogowych jest pojęciem obejmującym swym zakresem budowę lub przebudową drogi. Rozsądna osoba dokonując wykładni ww. oświadczenia przypisałaby mu znaczenie powszechnie przyjęte tj. iż roboty drogowe obejmują swoim zakresem również budowę lub przebudowę drogi. Z kolei uwzględniając kontekst złożenia oświadczenia przez Kobylarnię tj. iż zostało ono złożone na potwierdzenie spełnienia warunku udziału z Postępowaniu, w którym Zamawiający odwołuje się do pojęcia drogi zgodnie z definicją zawartą w ustawie o drogach publicznych, racjonalne i zasadne jest przyjęcie, iż roboty drogowe dotyczą właśnie robót związanych z budową lub przebudową drogi w rozumieniu ustawy o drogach publicznych. Za taką interpretacją zapisów Zobowiązania przemawiają okoliczności jego złożenia tj. brzmieniu warunku udziału w postępowania oraz cel złożenia Zobowiązania. Ponadto, w ocenie Izby, za szeroką interpretacją spornego sformułowania przemawiają również reguły językowej wykładni funkcjonujące na rynku branży budowlanej. Nie ulega wątpliwości, że w branży budowlanej nie funkcjonuje jednolita definicja robót drogowych. Odwołujący powoływał się na wąskie rozumienie pojęcia robót drogowych, sam jednak nie przedstawiając ogólnie przyjętej definicji, która funkcjonowałaby w profesjonalnym obrocie. Z kolei z dokumentów w aktach sprawy tj. SIWZ, referencji wynika, iż każdy z profesjonalnych podmiotów przyjmuje na potrzeby konkretnych dokumentów węższy lub szerszy zakres prac wchodzący w zakres pojęcia robót drogowych. Dlatego też, w ocenie Izby, istotne znaczenie ma w omawianym stanie faktycznym wspomniany powyższej kontekst złożenia Zobowiązania przez podmiot trzeci i cel złożenia. Podmiot trzeci jednoznacznie w treści Zobowiązania oświadczył, że udostępnia Konsorcjum swoją zdolność techniczną w postaci wiedzy i doświadczenia zdobytego podczas realizacji dwóch inwestycji, których przedmiotem była budowa/przebudowa drogi w rozumieniu ustawy o drogach publicznych. Jednoznacznie wskazuje, że oddanie powyższych zasobów nastąpi w pełnym (całym) zakresie realizacji zamówienia. Precyzuje w zakresie sposobu wykorzystania zasobów, iż udostępnienie posiadanej wiedzy i doświadczenia nastąpi poprzez bezpośrednie włączenie realizacji robót drogowych, przy czym podmiot trzeci nie ogranicza swojego udziału do zakresu rzeczowego robót drogowych w sposób określony w SIWZ. W ocenie Izby, oświadczenie to należy interpretować w ten sposób, iż dotyczy ono wszelkich robót drogowych związanych z budową/przebudową drogi w rozumieniu ustawy o drogach publicznych. Zostało bowiem złożone w odpowiedzi na konkretne wymagania Zamawiającego wskazane w SIWZ i w takim kontekście należy je interpretować. W ocenie Izby zakres informacji zawartych w Zobowiązaniu oraz w udzielonych przez Konsorcjum wyjaśnieniach potwierdza realność dostępu do zasobów podmiotu trzeciego.

W ocenie Izby, Odwołujący de facto chciałaby, aby w treści oświadczenia podmiotu trzeciego został wymieniony cały zakres rzeczowy przedmiotowego zamówienia. Takie stanowisko uznać należy za błędne. Prowadziłoby to bowiem to nieuprawnionego zrównania warunków udziału w postępowaniu z zakresem przedmiotowym zamówienia, czego Zamawiający nie uczynił w niniejszym Postępowaniu. W ocenie Izby nie ma żadnych przesłanek do przyjęcia, aby zakres prac związanych z budową lub przebudową drogi wymagany przez Zamawiającego w Rozdziale V lit. C ust. 3 SIWZ utożsamiać z zakresem prac objętych przedmiotem zamówienia. Takich zapisów Izba nie odnalazła w SIWZ. Brak jest w SIWZ jakichkolwiek zapisów pozwalających na stwierdzenie, iż zakresie postawionych przez Zamawiającego wymagań należy odnieść jednocześnie do zakresu rzeczowego przedmiotowego zamówienia określonego w sekcji III ust. 4 SIWZ, a tym samym, że wykonawca uczestniczący w postępowaniu musi się wykazać realizacją dwóch robót, z których każda obejmowałaby wszystkie elementy zakresu rzeczowego zamówienia.

Jak Izba wskazała powyżej, odróżnić należy, warunek posiadania wiedzy i doświadczenia od przedmiotu zamówienia publicznego, o którego wykonanie ubiega się dany wykonawca, gdyż Zamawiający nie musi oczekiwać i w tym konkretnym wypadku nie żądał wykazania się przez wykonawcę identycznym zakresem prac, który został przewidziany do wykonania w ramach zamówienia publicznego. Wcześniejsze doświadczenie ma dawać rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego i sam Zamawiający ocenia jakie doświadczenie stanowi wystarczającą podstawę do tego, aby wykonawca wykazał się określonymi zdolnościami. I tak w ramach przedmiotowego postępowania Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem w ramach budowy lub przebudowy drogi (w rozumieniu ustawy o drogach publicznych) o nawierzchni bitumicznej o wartości jednostkowej każdego z zamówień równej lub wyższej niż 20 000 000 zł. Konsorcjum powołując się w wykazie wykonanych robót budowlanych na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego, tj. Przedsiębiorstwa Budowy

Dróg i Mostów Kobylarnia S.A., jako wykonawca zadania pn. „Budowa drogi wojewódzkiej nr 577 (obwodnicy miejscowości Gąbin) na terenie gminy Gąbin", jak również wykonawca zadnia „Projekt i budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25 (łącznik) o długości około 4,880 km" spełniło warunki udziału w postępowaniu, gdyż w ramach obu powyższych zadań doszło do budowy drogi, w rozumieniu ustawy o drogach publicznych. Konsorcjum złożyło Zobowiązanie Kobylarni, z treści, którego wynika, sposób i zakres udostępnionych zasobów technicznych w postaci wiedzy i doświadczenia. Interpretacja sformułowanie zawartego w Zobowiązaniu dotyczącego sposobu wykorzystania zasobu poprzez bezpośrednie włącznie w realizację robót drogowych przedstawiona przez Odwołującego, jest oparta, w ocenie Izby, na błędnym założeniu, iż pojęcie robót drogowych należy odnieść do zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia. Takiego odniesienia brak jest w treści SIWZ, zaś jak Izba wskazała powyżej, sformułowanie to należy wykładać obiektywnie z uwzględnieniem kontekstu w jakim zostało złożone. Elementy te pozwalają na przyjęcie, iż podmiot trzeci udostępni swoje zasoby techniczne w postaci wiedzy i doświadczenia zdobyte podczas realizacji dwóch inwestycji zawartych w wykazie w pełnym zakresie poprzez wyłączenie się w realizacji robót drogowych polegających na budowę/przebudowie drogi, w rozumieniu ustawy o drogach publicznych.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty z dnia 9 czerwca 2020 r. potwierdziła udział Kobylarni wyłącznie w realizacji robót drogowych, a więc w zakresie węższym niż wymagany przez Zamawiającego. Wskazać należy, że zapytanie Zamawiającego dotyczyło wyłącznie doprecyzowania czy Kobylarnia będzie brała udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca, zaś Konsorcjum udzieliło w piśmie z dnia 12 czerwca 2020 r. odpowiedzi na tak zadane pytanie Zamawiającego. Nie sposób więc na tej podstawie określać zakres udostępnionych zasobów przez Kobylarnię.

Ponadto Izba uznała, iż dowody złożone przez Konsorcjum podczas rozprawy nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów podniesionych w odwołaniu. Po pierwsze, jak oświadczył Odwołujący podczas rozprawy nie kwestionował on rzetelności Konsorcjum, w związku z czym przeprowadzenie dowodu na okoliczność wykazania rzetelności Konsorcjum, a więc co do okoliczności niespornej, uznać należy za bezprzedmiotowe. Po drugie, przedmiotem oceny w kontekście zarzutów podniesionych w odwołaniu były czynności Zamawiającego w kontekście oceny oferty Konsorcjum. Oświadczenie zaś złożone do akt sprawy z dnia 16 lipca 2020 r. nie stanowiło treści oferty Konsorcjum, a w związku z tym stanowi dowód nieprzydatny do wykazania niezasadności zarzutów Odwołującego.

Tym samym Izba uznała, że nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw.

z art. 22a ust. 1 - 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 3 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238). Izba zauważa, że Zmawiający

złożył wniosek o zasądzenie kosztów dojazdu na rozprawę w kwocie 1 054 złotych, składając do akt sprawy dokumenty, które miały potwierdzać poniesione koszty. Izba do dokonaniu analizy złożonych dokumentów postanowiła zasądzić na rzecz Zamawiającego koszty dojazdu na rozprawę w kwocie 697 zł 00 gr, zgodnie z § 3 ust. 2 ww. rozporządzenia. Zamawiający złożył do akt sprawy wydruki biletów kolejowych potwierdzających poniesione koszty dojazdu. W pozostałym zakresie Izba oddaliła wniosek o zasądzenie kosztów z uwagi na brak złożenia odpowiednich dokumentów potwierdzających ich poniesienie. Za takie dokumenty nie można bowiem uznać wydruku dokonanej płatności na booking.com, bez dokładnego określenia miejsca noclegu, jak również wzajemnych rozliczeń kosztów pomiędzy pełnomocnikami Zamawiającego. Przesłany zaś do Izby rachunek za nocleg został złożony po zamknięciu rozprawy, a tym samym nie może być uwzględniony przez Izbę.

Przewodniczący: .....