

Sygn. akt: KIO 2519/24

## WYROK

Warszawa, dnia 2 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2024 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych DIAG-MOST sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Węgrowski w Węgrowie** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych „MIKST” sp. z o.o. w Węgrowie**

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża **Powiat Węgrowski w Węgrowie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych DIAG-MOST sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **odwołującego** tytułem **wynagrodzenia pełnomocnika**,
  - 2.2. zasądza od **Powiatu Węgrowskiego w Węgrowie** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych DIAG-MOST sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **13.600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt: KIO 2519/24

## Uzasadnienie

Powiat Węgrowski w Węgrowie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest rozbudowa drogi powiatowej nr 4212W Stoczek - Stare Lipki.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 8 marca 2024 r., nr 2024/BZP 00238104.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 17 lipca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych DIAG-MOST sp. z o.o. w Warszawie**, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 1 i 2 i art. 123 ustawy Pzp (jak można wywnioskować z uzasadnienia pisma Zamawiającego) poprzez błędne odrzucenie jego oferty, pomimo iż jego oferta spełnia warunki udziału w postępowaniu i w konsekwencji błędne wybranie jako oferty najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych MIKST Sp. z o. o.** oraz poprzez uznanie, iż Odwołujący w sposób nieprawidłowy skorzystał z zasobów podmiotu trzeciego tj. w sposób nieprawidłowy skorzystał z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego i przewidział dla niego zbyt mały udział w realizacji zamówienia, w konsekwencji czego nie posiada samodzielnego doświadczenia wymaganego w rozdz. VIII SWZ, w sytuacji gdy udział podmiotu trzeciego w realizacji zadania jest prawidłowy, wystarczający i spełniał wymagania w tym zakresie Zamawiającego przedstawione na etapie kierowania do niego wezwań, gdzie Zamawiający wprost wskazał, iż udział podmiotu trzeciego w robotach dotyczących drogi w kwocie minimum 5 mln brutto spełnia warunek przez niego przewidziany i stanowi realne wykonywanie zobowiązania przez podmiot trzeci.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych MIKST Sp. z o. o.** jako najkorzystniejszej,

2) powtórzenia badania i oceny ofert,

3) dokonania wyboru swej oferty jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert ustalonych w SWZ przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnej oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w dniu 12.07.2024 r. otrzymał informację o wyborze oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Mikst sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu swej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, wskazującą, że on w sposób „nieprawidłowy skorzystał z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego i przewidział dla niego zbyt mały udział w realizacji zamówienia, w konsekwencji czego nie posiada samodzielnego doświadczenia.” skupiającą się na fakcie, iż podmiot trzeci wykona tylko część robót budowlanych, pomimo iż na wcześniejszym etapie postępowania interpretował ten warunek w odmienny sposób.

Odwołujący wskazał, że ponadto w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający zaakcentował pogrubiając poniższy fragment „Jednocześnie w tym miejscu należy przypomnieć, że po upływie terminu składania ofert nie jest dopuszczalna jakkolwiek zmiana treści oferty, za wyjątkiem omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp. (por. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp). Z kolei zgodnie z art. 123 ustawy Pzp, Wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Na tym etapie postępowania nie jest zatem możliwe poszerzenie zakresu podwykonawstwa o inne roboty niż te wskazane w ofercie i nazwane „nawierzchnia asfaltowa”, aby zakres podwykonawstwa był szerszy i odpowiadał udostępnionemu doświadczeniu, które jednocześnie było wymagane w SWZ.”

Odwołujący podniósł, że na poparcie swojego stanowiska zamawiający powołał się na orzeczenia KIO zapadłe w sprawach o sygn. akt. 1174/20, 1707/23, 281/23 i 282/23 pomijając fakt, iż orzeczenia te zapadły w całkowicie odmiennym stanie faktycznym. W każdym z ww. orzeczeń z zobowiązania podmiotu trzeciego złożonego wraz z ofertą wynikało, że udostępnienie przez te podmioty trzecie wiedzy i doświadczenia nastąpi w formie szkoleń, konsultacji, doradztwa czy nadzoru lub przekazania know-how a dodatkowo z dokumentów wynikało iż wykonawca sam wykona całość robót. Ewentualnie ww. zobowiązania po wezwaniach Zamawiających próbowano modyfikować wprowadzając wykonywanie drobnych marginalnych robót, co wg odwołującego nie ma miejsca w niniejszej sprawie.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 07.06.2024 r. zatytułowanym wezwaniem do wyjaśnień treści złożonej oferty działając na podstawie art. 223 pzp wezwał do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie rozbieżności pomiędzy formularzem ofertowym złożonym przez Wykonawcę (gdzie wskazano w miejscu gdzie Zamawiający prosił o podanie części zamówienia, którą Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom wskazaliście Państwo „(..) w części: nawierzchni asfaltowej (..)” bez wskazywania nazwy podwykonawcy), a zobowiązaniem podmiotu trzeciego (gdzie wskazano: „zrealizuje roboty budowlane, których ww. zasoby (zdolności) dotyczą, w zakresie części robót drogowych”) do udostępnienia zasobów w postaci zdolności technicznej lub zawodowej wzywam Wykonawcę do szczegółowego wyjaśnienia w jakim zakresie podmiot trzeci będzie uczestniczył w realizacji zamówienia.

Kolejno odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie w dniu 11.06.2024 r. wskazał zakres robót, które Tormel sp. z o.o. (podmiot trzeci) będzie wykonywał jako podwykonawca informując, iż wykona całość prac asfaltowych na długości 2691 mb wraz z wykonaniem poboczy z kruszywa.

Kolejno odwołujący wskazał, że w dniu 17 czerwca 2024 r. Zamawiający wezwał go na podstawie art. 122 pzp do wykazania, że „samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdz. VIII.2.4) lit a) SWZ tj. „wykaże, że zrealizował w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwie roboty budowlane o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 złotych brutto każda, odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie drogi o nawierzchni jezdni (drogi) bitumicznej/betonowej (droga publiczna, droga wewnętrzna) oraz co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie lub remoncie obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł; Zamawiający przez jedno zamówienie rozumie zadanie wykonane w ramach jednej umowy”. W uzasadnieniu tego pisma Zamawiający ponadto wskazał że, „W okolicznościach analizowanej sprawy, TORMEL sp z o.o. winien jako podwykonawca wykonać roboty budowlane polegające na rozbudowie drogi o nawierzchni jezdni (drogi) bitumicznej/betonowej (o wartości min. 5 mln złotych), a także roboty budowlane polegające na budowie obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł. TORMEL sp. z o.o. oświadczył w zobowiązaniu do oddania do dyspozycji DIAG-MOST sp. z o.o. swoich zasobów w postaci zdolności technicznej i zawodowej, iż „zrealizuje roboty budowlane, których ww. zasoby (zdolności) dotyczą, w zakresie: części robót drogowych”. Z treści zobowiązania nie wynika zatem, że TORMEL sp. z o.o. wykona roboty budowlane, do realizacji których wymagane jest doświadczenie w SWZ, t.j. że wykona rozbudowę drogi oraz obiekt mostowy (przynajmniej w zakresie wartościowym wynikającym z treści warunku udziału). Powyższe potwierdzone zostało w wyjaśnieniach DIAG-MOST sp. z o.o. z dnia 11.06.2024.”

Odwołujący argumentował, że tym samym w piśmie – wezwaniu z dnia 17.06.2024 r. Zamawiający wskazał w jaki sposób Zamawiający rozumie spełnienie warunku odpowiedniego, realnego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia tj. wykonanie odpowiednio robót na kwotę minimum 5.000.000 zł jeżeli chodzi o drogę i minimum 1.000.000 zł jeżeli chodzi o obiekt mostowy.

Kolejno odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 17.06.2024 r. podkreślił, iż w wyjaśnieniach z dnia 11.06.2024 r. wskazał, iż *Tormel sp. z o.o. wykona całość prac asfaltowych na długości 2691 mb (które stanowią roboty drogowe) wraz z wykonaniem poboczy z kruszywa, czym potwierdził, iż Tormel sp. z o.o. wykona roboty o wartości odpowiadającej treści warunku udziału (doświadczenia) tj. odpowiednio robót drogowych na wartość 5.000.000,00 brutto i robót na obiekcie na wartość 1.000.000,00 zł brutto.*”.

Ponadto w odpowiedzi tej odwołujący wskazał, że *„Zamawiający nie wskazał, iż Wykonawca w wyjaśnieniach ma podać także wartość, robót które będą wykonywane przez Tormel sp. z o.o. Nie zrozumiałe jest więc dla Wykonawcy twierdzenie Zamawiającego, iż wyjaśnienia Wykonawcy potwierdzają, iż nie spełnia on warunku, gdyż „Z treści zobowiązania nie wynika zatem, że TORMEL sp. z o.o. wykona roboty budowlane, do realizacji których wymagane jest doświadczenie w SWZ, t.j. że wykona rozbudowę drogi oraz obiekt mostowy (przynajmniej w zakresie wartościowym wynikającym z treści warunku udziału)”, w sytuacji gdy nie żądał wskazania kwot, a jedynie zakresu robót. Wskazane w wyjaśnieniach roboty przewyższają wymagania kwotowe Zamawiającego i wynoszą odpowiednio 6.034.721,68 zł brutto roboty drogowe na drodze i 1.033.200,00 zł brutto - roboty drogowe na obiekcie mostowym.*

*Łącznie na kwotę 6.034.721,68 zł brutto (4 906 277,79 zł netto) składa się wykonanie:*

- *Nawierzchni z betonu asfaltowego ścieżki pieszo-rowerowej, zjazdów oraz jezdni wraz ze skropieniem oraz oczyszczeniem o wartości 4 583 172,01 zł netto, (dop.: co stanowi 5 637 301,57 brutto) oraz*
- *Pobocza gruntowego z nawierzchni ulepszonej wraz z mechanicznym korytowaniem, profilowaniem i zagęszczaniem o wartości 323 105,78 zł netto (warunek co najmniej dwie roboty budowlane o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 złotych brutto każda, odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie drogi o nawierzchni jezdni/drogi bitumicznej/betonowej - droga publiczna, droga wewnętrzna).*

*Natomiast łącznie na kwotę 1.033.200,00 zł brutto (840 000 zł netto) składa się wykonanie:*

- *Nawierzchnia z betonu asfaltowego na moście o wartości 710 000 zł netto*
- *Krawężników kamiennych 20x18, 20x30 na moście o wartości 50 000 zł netto*
- *Barieroporęczy na moście o wartości 80 000 zł netto (warunek co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie lub remoncie obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł).*”.

Odwołujący podniósł, że jednocześnie z ostrożności załączył referencje potwierdzające swoją wiedzę i doświadczenie w zakresie obiektu mostowego.

Odwołujący wskazał ponadto, że oferent w przypadku zamiaru skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, powinien złożyć taką deklarację już na etapie składania ofert, oraz zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp powołując się na doświadczenie podmiotu trzeciego powinien zagwarantować realne uczestnictwo tego podmiotu w realizacji przedmiotowego zamówienia. Zdaniem odwołującego tak też on uczynił załączając do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego, z którego wynikało po pierwsze udostępnienie zasobów w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w SWZ pkt. VIII pkt 2 ppkt 4) lit. a), po drugie udział podmiotu trzeciego jako podwykonawcy robót, w okresie niezbędnym do prawidłowego wykonania zadania oraz po trzecie zrealizowanie robót budowlanych w postaci części robót drogowych. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że na wezwanie Zamawiającego wyjaśnił - doprecyzował co rozumiano pod pojęciem „części robót drogowych” wskazując całość prac asfaltowych na długości 2691 mb wraz z wykonaniem poboczy z kruszywa. Zdaniem odwołującego powyższe dookreślenie zakresu robót, które ma wykonać podmiot trzeci stanowiło doprecyzowanie informacji wskazanych w ofercie, a nie poszerzenie zakresu podwykonawstwa o inne roboty, niż te wskazane w ofercie. Podmiot trzeci będzie realizował roboty budowlane polegające na rozbudowie drogi o nawierzchni jezdni (drogi) bitumicznej/betonowej na kwotę ponad 6 mln zł przy wymaganych przez Zamawiającego min. 5 mln zł, co będzie stanowiło ponad 120% wartości oczekiwanej przez Zamawiającego.

Zdaniem odwołującego w konsekwencji wykazał on, iż podmiot trzeci będzie realizował roboty w odpowiednim zakresie i spełnia on wymagania Zamawiającego w tej kwestii (*„TORMEL sp z o.o. winien jako podwykonawca wykonać roboty budowlane polegające na rozbudowie drogi o nawierzchni jezdni (drogi) bitumicznej/betonowej (o wartości min. 5 mln złotych)”*). Jednakże pomimo powyższego Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty wskazał jedynie i skupił się wyłącznie na twierdzeniu (i je akcentuje), iż zakres podwykonawstwa podmiotu trzeciego jest zbyt wąski aby zapewnić realny udział podmiotu trzeciego, całkowicie pomijając swoje wcześniejsze twierdzenia co do minimalnej wartości robót podwykonawcy spełniających jego wymagania, które zaprezentował w piśmie z dnia 17.06.2024 r. (Co prawda Zamawiający mimochodem wspomina o konieczności realizacji robót przez podmiot trzeci na minimum 5 mln zł,

jednakże w kolejnych zdaniach wskazuje, że Odwołujący nie wykazał spełnienia wymagań. Zdaniem odwołującego Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia zdaje się nie zauważać wyjaśnień poczynionych przez niego. Ponadto uzasadnienie odrzucenia jego oferty zawiera szereg wewnętrznych sprzeczności utrudniających jednoznaczne prześledzenie toku myślowego Zamawiającego i stwierdzenia rzeczywistych przyczyn odrzucenia, mianowicie z jednej strony Zamawiający wspomina, iż wystarczające jest wykonie przez podmiot robót na 5 mln, a z drugiej podkreśla że podmiot trzeci powinien wykonać wszelkie roboty i zakres podwykonawstwa jest zbyt wąski. Wspomina też, że Odwołujący złożył wyjaśnienia, po czym nie odnosząc się do nich i pomijając je (co do kwot) stwierdza że zakres) Ponadto odwołujący podniósł, że Zamawiający nieprawidłowo interpretuje pkt 4 Formularza oferty, w którym wskazano iż „usługi objęte zamówieniem zamierzamy wykonać z udziałem Podwykonawcy/ów, w części: nawierzchni asfaltowej, na etapie składania oferty Podwykonawca nie jest wyłoniony” przyznając mu status oświadczenia woli w sytuacji, gdy pkt ten (pkt 4 formularza) stanowi wyłącznie oświadczenie wiedzy niestanowiące treści oferty, jak również nieprawidłowo interpretuje zobowiązanie podmiotu trzeciego, które co wynika wprost z art. 118 ust. 3 Pzp stanowi podmiotowy środek dowodowy.

Zdaniem odwołującego trzeba pamiętać, że zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Według odwołującego powyższy przepis swoim zakresem obejmuje również zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, które jest jednym z podmiotowych środków dowodowych. Zdaniem odwołującego zamawiający może również na mocy art. 128 ust. 4 Pzp wystąpić do wykonawcy z wnioskiem o stosowne wyjaśnienie treści zobowiązania, w szczególności jeżeli zobowiązanie budzi wątpliwości co do realności udostępnienia zasobów.

Odwołujący argumentował także, że informacje dotyczące kwestii podwykonawstwa nie stanowią treści oferty i mogą być uzupełniane i naprawiane po terminie składania ofert.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych „MKST” sp. z o.o. w Węgrowie. Wniósł o oddalenie odwołania. W zgłoszeniu przystąpienia i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę odwołującego, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania zamawiającego, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego, załączniki do pism procesowych stron i uczestnika, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Art. 118 ust. 2 Pzp stanowi, że *W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.*

Art. 123 Pzp stanowi, że *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.*

Art. 128 ust. 1 Pzp stanowi, że *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

- 1) *wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub*
- 2) *zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.*

Art. 223 ust. 1 Pzp stanowi, że *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień*

dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę: (...)

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

Art. 239 ust. 1 Pzp stanowi, że Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest rozbudowa drogi powiatowej nr 4212W Stoczek - Stare Lipki.

Kolejno ustalono, że w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) zamawiający przewidział m.in.:

#### VI. Podwykonawstwo

3. Zamawiający wymaga, aby w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, Wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podał (o ile są mu wiadome na tym etapie) nazwy (firmy) tych podwykonawców.

#### VIII. Warunki udziału w postępowaniu

2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

4) zdolności technicznej lub zawodowej:

a) wykaże, że zrealizował w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwie roboty budowlane o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 złotych brutto każda, odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie drogi o nawierzchni jezdni (drogi) bitumicznej/betonowej (droga publiczna, droga wewnętrzna) oraz co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie lub remoncie obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł; Zamawiający przez jedno zamówienie rozumie zadanie wykonane w ramach jednej umowy;

X. Oświadczenia i dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw wykluczenia (podmiotowe środki dowodowe)

1. Do oferty Wykonawca zobowiązany jest dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania – zgodnie z Załącznikiem nr 2 i 3 do SWZ;

2. Informacje zawarte w oświadczeniu, o którym mowa w ust. 1 stanowią wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

3. Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

4. Podmiotowe środki dowodowe wymagane od wykonawcy obejmują:

5) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty (sporządzonego zgodnie z Załącznikiem nr 10 do SWZ).

#### XI. Poleganie na zasobach innych podmiotów

2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z 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. Wzór oświadczenia stanowi załącznik nr 6 do SWZ.

4. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
  - 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
  - 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.
5. Zamawiający ocenia, czy udostępniane Wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem Wykonawcy.
7. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia 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.
8. UWAGA: Wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

Kolejno ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęła m.in. oferta odwołującego.

Kolejno ustalono, że w pkt 4 formularza ofertowego odwołującego odwołujący oświadczył, że usługi objęte zamówieniem zamierza wykonać z udziałem Podwykonawcy/ów, w części: nawierzchni asfaltowej, na etapie składania oferty Podwykonawca nie jest wyłoniony.

Ustalono także, że do swej oferty odwołujący załączył zobowiązanie podmiotu trzeciego - TORMEL sp. z o.o. w Poznaniu – z dnia 22 marca 2024 r. do oddania odwołującemu zasobu w postaci: zdolność techniczna lub zawodowa.

W dokumencie tym ww. podmiot oświadczył m.in.:

b) sposób i okres udostępnienia oraz wykorzystania ww. zasobów będzie następujący:

Zrealizujemy część przedmiotowego zamówienia związaną z udostępnioną wiedzą i doświadczeniem poprzez udział jako podwykonawca robót, w okresie niezbędnym do prawidłowego wykonania zadania.

c) zrealizuję roboty budowlane, których ww. zasoby (zdolności) dotyczą, w zakresie:

części robót drogowych

(por. informacja z otwarcia ofert, oferta odwołującego w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że zamawiający pismem z dnia 07.06.2024 r. działając na podstawie art. 223 Pzp wezwał odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty. W wezwaniu zamawiający wskazał, co następuje.

w formularzu oferty, w miejscu gdzie Zamawiający prosił o podanie części zamówienia, którą Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom wskazaliście Państwo „(..) w części: nawierzchni asfaltowej (..)”, zaś podmiot trzeci, na zasobach którego polega Wykonawca, w swoim zobowiązaniu wskazał, że „zrealizuje roboty budowlane, których ww. zasoby (zdolności) dotyczą, w zakresie części robót drogowych”.

W związku z rozbieżnościami pomiędzy formularzem ofertowym złożonym przez Wykonawcę, a zobowiązaniem podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w postaci zdolności technicznej lub zawodowej wzywam Wykonawcę do szczegółowego wyjaśnienia w jakim zakresie podmiot trzeci będzie uczestniczył w realizacji zamówienia.

(por. ww. wezwanie zamawiającego, na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z dnia 11 czerwca 2024 r. W wyjaśnieniach tych odwołujący wskazał, co następuje.

wskazuję, iż nawierzchnia asfaltowa stanowi część robót drogowych. Wyjaśniam, że podmiot trzeci TORMEL sp. z o.o. jako podwykonawca zgodnie ze swoim zobowiązaniem będzie uczestniczył w wykonywaniu części robót drogowych, w tym m.in. będzie wykonywał całość prac asfaltowych na długości 2691 mb (które stanowią roboty drogowe) wraz z wykonaniem poboczny z kruszywa.

(por. ww. wyjaśnienia odwołującego, na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 13 czerwca 2024 roku Zamawiający działając na podstawie art. 122 Pzp wezwał odwołującego do wykazania, że „samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdz. VIII.2.4) lit a) SWZ (...). W uzasadnieniu tego pisma Zamawiający wskazał, co następuje.

Zgodnie ze złożoną ofertą Wykonawca DIAG-MOST sp. z o.o. nie posiada samodzielnie doświadczenia wymaganego w rozdz. VIII.2.4) lit. a) SWZ. W celu wykazania spełnienia ww. warunku Wykonawca ten powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego, t.j. TORMEL sp. z o.o.

Zgodnie z art. 118 ust. 2 pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub

doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Powyższe zostało powtórzone w rozdz. XI. 2 SWZ. W okolicznościach analizowanej sprawy, TORMEL sp z o.o. winien jako podwykonawca wykonać roboty budowlane polegające na rozbudowie drogi o nawierzchni jezdni (drogi) bitumicznej/betonowej (o wartości min. 5 mln złotych), a także roboty budowlane polegające na budowie obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł. TORMEL sp. z o.o. oświadczył w zobowiązaniu do oddania do dyspozycji DIAG-MOST sp. z o.o. swoich zasobów w postaci zdolności technicznej i zawodowej, iż „zrealizuję roboty budowlane, których ww zasoby (zdolności) dotyczą, w zakresie: części robót drogowych”. Z treści zobowiązania nie wynika zatem, że TORMEL sp. z o.o. wykona roboty budowlane, do realizacji których wymagane jest doświadczenie w SWZ, t.j. że wykona rozbudowę drogi oraz obiekt mostowy (przynajmniej w zakresie wartościowym wynikającym z treści warunku udziału). Powyższe potwierdzone zostało w wyjaśnieniach DIAG-MOST sp. z o.o. z dnia 11.06.2024. Zgodnie z Rozdz. VI. 3 SWZ Zamawiający wymagał „aby w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, Wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podał (o ile są mu wiadome na tym etapie) nazwy (firmy) tych podwykonawców”. DIAG-MOST Sp. z o.o. oświadczył w pkt 4 Formularza oferty, że „usługi objęte zamówieniem zamierzamy wykonać z udziałem Podwykonawcy/ów, w części: nawierzchni asfaltowej, na etapie składania oferty Podwykonawca nie jest wyłoniony”. Wobec powyższego zakres podwykonawstwa jest węższy od wymaganego doświadczenia. (...)

Zestawiając treść oświadczenia woli Wykonawcy DIAG-MOST sp. z o.o. zawartego w Formularzu oferty dot. zakresu podwykonawstwa („nawierzchnia asfaltowa”) z treścią zobowiązania firmy TORMEL sp. z o.o. do udostępnienia zasobu doświadczenia („zrealizuję roboty budowlane, których ww zasoby (zdolności) dotyczą, w zakresie: części robót drogowych”), widać wyraźnie, że zakres powierzonego podwykonawstwa jest za wąski w stosunku do wymaganego w SWZ doświadczenia. Po upływie terminu składania ofert nie jest dopuszczalna jakakolwiek zmiana treści oferty, za wyjątkiem omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 pzp. Na tym etapie postępowania nie jest zatem możliwe poszerzenie zakresu podwykonawstwa o inne roboty niż te wskazane w ofercie i nazwane „nawierzchnia asfaltowa”, aby zakres podwykonawstwa był szerszy i odpowiadał udostępnionemu doświadczeniu, które jednocześnie było wymagane w SWZ. (...)

W obecnym stanie prawnym nie ma możliwości dokonania korekty oświadczenia woli w zakresie podwykonawstwa zawartego w Formularzu oferty. Wobec powyższego Zamawiający wzywa Wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich DIAG-MOST sp. z o.o. ul. Raclawicka 146, Warszawa do wykazania, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdz. VIII.2.4) lit a) SWZ. (por. ww. wezwanie zamawiającego, na nośniku elektronicznym).

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego odwołujący złożył zamawiającemu pismo z dnia 17 czerwca 2024 r. W piśmie tym odwołujący wskazał, co następuje:

wskazuję, iż w wyjaśnieniach Wykonawca wskazał, iż Tormel sp. z o.o. wykona całość prac asfaltowych na długości 2691 mb (które stanowią roboty drogowe) wraz z wykonaniem poboczy z kruszywa, czym potwierdził, iż Tormel sp. z o.o. wykona roboty o wartości odpowiadającej treści warunku udziału (doświadczenia) tj. odpowiednio robót drogowych na wartość 5.000.000,00 brutto i robót na obiekcie na wartość 1.000.000,00 zł brutto. W zobowiązaniu podmiotu trzeciego wskazano że Tormel sp. z o.o. wykona jako podwykonawca część robót drogowych.

Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 07.06.2024 r. zażądał wskazania w jakim zakresie będzie uczestniczył Tormel sp. z o.o. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Wykonawca wskazał zakres robót, które Tormel sp. z o.o. będzie wykonywał jako podwykonawca (całość prac asfaltowych na długości 2691 mb wraz z wykonaniem poboczy z kruszywa). Zamawiający nie wskazał, iż Wykonawca w wyjaśnieniach ma podać także wartość, robót które będą wykonywane przez Tormel sp. z o.o. Nie zrozumiałe jest więc dla Wykonawcy twierdzenie Zamawiającego, iż wyjaśnienia Wykonawcy potwierdzają, iż nie spełnia on warunku, gdyż „Z treści zobowiązania nie wynika zatem, że TORMEL sp. z o.o. wykona roboty budowlane, do realizacji których wymagane jest doświadczenie w SWZ, t.j. że wykona rozbudowę drogi oraz obiekt mostowy (przynajmniej w zakresie wartościowym wynikającym z treści warunku udziału)”, w sytuacji gdy nie żądał wskazania kwot, a jedynie zakresu robót.

Wskazane w wyjaśnieniach roboty przewyższają wymagania kwotowe Zamawiającego i wynoszą odpowiednio 6.034.721,68 zł brutto roboty drogowe na drodze i 1.033.200,00 zł brutto - roboty drogowe na obiekcie mostowym.

Łącznie na kwotę 6.034.721,68 zł brutto (4 906 277,79 zł netto) składa się wykonanie:

- Nawierzchni z betonu asfaltowego ścieżki pieszo-rowerowej, zjazdów oraz jezdni wraz ze skropieniem oraz oczyszczeniem o wartości 4 583 172,01 zł netto, oraz
- Pobocza gruntowego z nawierzchni ulepszonej wraz z mechanicznym korytowaniem, profilowaniem i zagęszczaniem o wartości 323 105,78 zł netto (warunek co najmniej dwie roboty budowlane o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 złotych brutto każda, odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia

polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie drogi o nawierzchni jezdni/drogi bitumicznej/betonowej – droga publiczna, droga wewnętrzna)

Natomiast łącznie na kwotę 1.033.200,00 zł brutto (840 000 zł netto) składa się wykonanie:

- Nawierzchnia z betonu asfaltowego na moście o wartości 710 000 zł netto

- Krawężników kamiennych 20x18, 20x30 na moście o wartości 50 000 zł netto

- Barrieroporęczy na moście o wartości 80 000 zł netto (warunek co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie lub remoncie obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł). (...)

Równocześnie wskazać należy, iż Zamawiający nieprawidłowo interpretuje pkt 4 Formularza oferty, w którym wskazano iż „usługi objęte zamówieniem zamierzamy wykonać z udziałem Podwykonawcy/ów, w części: nawierzchni asfaltowej, na etapie składania oferty Podwykonawca nie jest wyłoniony” przyznając mu status oświadczenia woli w sytuacji, gdy pkt ten (pkt 4 formularza) stanowi wyłącznie oświadczenie wiedzy niestanowiące treści oferty. Zarówno orzecznictwo, jak i doktryna stoją na stanowisku, że informacje dotyczące kwestii podwykonawstwa nie stanowią treści oferty i mogą być uzupełniane i naprawiane po terminie składania ofert. (...)

Natomiast od oświadczenia wiedzy należy odróżnić oświadczenie woli tj. zobowiązanie podmiotu trzeciego – dokument ten rzeczywiście stanowi część oferty i nie można go rozszerzać po jego złożeniu, jednakże w załączonym do oferty zobowiązaniu Tormel sp. z o.o. zakres ten został wskazany jako podwykonawstwo „część robót drogowych”, a nie jak wskazuje Zamawiający „nawierzchnia asfaltowa”, w konsekwencji zakres ten nie jest zbyt wąski do spełnienia warunku doświadczenia i odpowiedniego udziału podmiotu trzeciego jako podwykonawcy (na marginesie wskazać należy, iż same nawierzchnie asfaltowe pozwalają na spełnienie kwotowo warunku odpowiedniego udziału podmiotu trzeciego-podwykonawcy w realizacji zamówienia). Również z przedstawionego przez Zamawiającego w piśmie orzecznictwa jednoznacznie wynika, iż wyroki te dotyczą zmiany oświadczenia woli – zobowiązania podmiotu trzeciego i określonego w nim zakresu robót, które wykona podmiot trzeci, co nie ma miejsca w niniejszej sprawie, w konsekwencji wezwanie Wykonawcy do wykazania, iż samodzielnie spełnia przesłanki jest niezasadne.

Jednakże z ostrożności Wykonawca załącza dokumenty potwierdzające samodzielne spełnienie przez Wykonawcę warunku co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie, przebudowie lub remoncie obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł, tj.:

- Referencje Intercor na budowę wiaduktu drogowego WD-7 w km. 137,437 nad Linią Kolejową E75, o konstrukcji jednoprzęsłowej swobodnie podpartej, wartość wykonanych robót wyniosła netto 2 885 976,69 zł (3 549 751,33 zł brutto) – Referencje od Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. – budowa wiaduktu w terminie od 13 kwietnia 2022 r do 07 września 2023 r.

- Referencje TracTec na budowę Mostu kolejowego w km 161,4+35 w ramach „Prac na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa – Dorohusk na odcinku Warszawa - Otwock– Dęblin – Lublin, etap I” – Referencje od Track Tec Construction sp. z o.o. - w terminie od 09 maja 2019 do 09 listopada 2021 – wartość netto 4 882 157,29 zł (6 005 053,47 zł brutto)

(por. ww. dokumenty, w aktach sprawy).

Następnie ustalono, że 12 lipca 2024 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych „MIKST” Sp. z o. o. w Węgrowie. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, co następuje.

Wykonawca - DIAG-MOST Sp z o.o. - nie posiada samodzielnie doświadczenia wymaganego w rozdz. VIII.2.4) lit a) SWZ. W celu wykazania spełniania w/w warunku Wykonawca ten powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego, tj. TORMEL Sp. z o.o.

Zamawiający w ramach warunków udziału w postępowaniu wymagał od oferenta, aby wykazał, że zrealizował w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwie roboty budowlane o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 złotych brutto każda, odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie drogi o nawierzchni jezdni (drogi) bitumicznej/betonowej (droga publiczna, droga wewnętrzna) oraz co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie lub remoncie obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł, przy czym Zamawiający przez jedno zamówienie rozumiał zadanie wykonane w ramach jednej umowy. Zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Powyższe zostało powtórzone w rozdz. XI. 2 SWZ. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych DIAG-MOST sp. z o.o. w ramach spełnienia wskazanego wyżej warunku obejmującego wykazanie doświadczenia oferenta przedłożyło oświadczenie TORMEL sp. z o.o. Zgodnie z powyższym TORMEL sp. z o.o. winien jako podwykonawca wykonać roboty budowlane polegające na

rozbudowie drogi o nawierzchni jezdni (drogi) bitumicznej/betonowej (o wartości min. 5 mln złotych), a także roboty budowlane polegające na budowie obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł. TORMEL Sp. z o.o. oświadczył w zobowiązaniu do oddania do dyspozycji DIAG-MOST Sp. z o.o. swoich zasobów w postaci zdolności technicznej i zawodowej, iż "zrealizuję roboty budowlane, których ww zasoby (zdolności) dotyczą, w zakresie: części robót drogowych". Z treści zobowiązania nie wynika zatem, że TORMEL Sp. z o.o. wykona roboty budowlane, do realizacji których wymagane jest doświadczenie w SWZ, t.j. że wykona rozbudowę drogi oraz obiekt mostowy. Zgodnie z Rozdz. VI. 3 SWZ Zamawiający wymagał "aby w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, Wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podał (o ile są mu wiadome na tym etapie) nazwy (firmy) tych podwykonawców". Wykonawca DIAG-MOST Sp. z o.o. oświadczył w pkt 4 Formularza oferty, że "usługi objęte zamówieniem zamierzamy wykonać z udziałem Podwykonawcy/ów, w części: nawierzchni asfaltowej, na etapie składania oferty Podwykonawca nie jest wyłoniony".

W ocenie Zamawiającego zakres podwykonawstwa jest węższy od wymaganego doświadczenia bowiem wykonanie nawierzchni asfaltowej jest zakresem mniejszym niż wykonanie rozbudowy drogi o nawierzchni jezdni (drogi) bitumicznej/betonowej (o wartości min. 5 mln złotych) oraz roboty budowlanej polegającej na budowie obiektu mostowego (o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł). W treści rozdz. VI SWZ wyraźnie wskazano na obowiązek wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. Dodatkowo DIAG-MOST Sp. z o.o. nie sprecyzował nazwy podwykonawcy (TORMEL Sp. z o.o.), skoro ten był mu znany - tylko oświadczył: „na etapie składania oferty Podwykonawca nie jest wyłoniony, - skoro już na etapie składania oferty DIAG-MOST sp. z o.o. nie posiadał wymaganego doświadczenia i wiedział, że w takiej sytuacji podmiot udostępniający doświadczenie ma obowiązek zrealizować roboty budowlane do realizacji których wymagane jest doświadczenie oraz że podmiotem tym jest TORMEL Sp. z o.o. (...)

Zestawiając treść oświadczenia woli DIAG-MOST Sp. z o.o. zawartego w Formularzu oferty dot. zakresu podwykonawstwa („nawierzchnia asfaltowa”) z treścią zobowiązania firmy TORMEL Sp. z o.o. do udostępnienia zasobu doświadczenia ("zrealizuję roboty budowlane, których ww zasoby (zdolności) dotyczą, w zakresie: części robót drogowych"), widać wyraźnie, że zakres powierzonego podwykonawstwa jest za wąski w stosunku do wymaganego w SWZ doświadczenia.

Jednocześnie w tym miejscu należy przypomnieć, że po upływie terminu składania ofert nie jest dopuszczalna jakakolwiek zmiana treści oferty, za wyjątkiem omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp. (por. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp). Z kolei zgodnie z art. 123 ustawy Pzp, Wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Na tym etapie postępowania nie jest zatem możliwe poszerzenie zakresu podwykonawstwa o inne roboty niż te wskazane w ofercie i nazwane „nawierzchnia asfaltowa”, aby zakres podwykonawstwa był szerszy i odpowiadał udostępnionemu doświadczeniu, które jednocześnie było wymagane w SWZ. (...)

Zamawiający nadmienia, że w trakcie ponownego procesu oceny i badania ofert wezwał Wykonawcę do szczegółowego wykazania, w jaki sposób TORMEL sp. z o.o. będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Wykonawca wskazał, że TORMEL sp. z o.o. wykona w jego imieniu część prac drogowych, tj. całość prac asfaltowych i wykona pobocza z kruszywa, a także załączył dokumenty potwierdzające spełnienie przez samego Wykonawcę warunku realizacji robót mostowych o wartości przekraczającej 1 000 000 zł. Wobec powyższego Zamawiający uznaje samodzielne spełnienie warunku w zakresie roboty mostowej. Jednakże okoliczności sprawy wskazują na to, że DIAG-MOST Sp. z o.o. nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdz. VIII.2.4) lit. a) SWZ w zakresie roboty drogowej, a zatem jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp.

Wykonawca ten wyraźnie oświadczył, że nie spełnia warunku udziału opisanego w Rozdz. VIII.2.4) lit. a) SWZ, oraz że polega w celu wykazania spełniania ww warunku na zdolnościach firmy TORMEL. Oświadczył przy tym, że zamierza powierzyć podwykonawcy tylko wykonanie części zamówienia "nawierzchnię bitumiczną", a z zobowiązania firmy TORMEL wynika, że podmiot ten wykona "część robót drogowych". Taki sposób realizacji zamówienia pozostaje w oczywistej sprzeczności z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp. Nie ma możliwości dokonania korekty oświadczenia woli w zakresie podwykonawstwa zawartego w Formularzu oferty, oświadczenie to jest pozostaje jasne i nie budzi wątpliwości Zamawiającego. Nie ma też żadnych podstaw, aby stwierdzić, iż zawiera ono oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe czy też jakiegokolwiek inne omyłki, polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, które Zamawiający mógłby poprawić tylko na podstawie danych zawartych w ofercie. Wykonawca w zakresie wykonania robót budowlanych powołał się wszak na doświadczenie TORMEL sp. z o.o. Tymczasem podmiot udostępniający zasoby w treści zobowiązania oraz w toku wyjaśnień wskazał, że jego udział w realizacji zamówienia będzie polegać na wykonaniu jedynie części robót objętych postępowaniem. Tymczasem zgodnie z art. 118 ust. 2 Pzp „w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach

podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”.

Tym samym, podmiot udostępniający zasoby udostępniając pełne doświadczenie wymagane w postępowaniu winien wykonać wszelkie roboty objęte przedmiotem niniejszego postępowania zbieżne swoim zakresem/rodzajem i wartością jak w treści warunku podmiotowego, tak by jego udział uznać za realny i rzeczywisty – co jednoznacznie stoi w sprzeczności z treścią oświadczenia podmiotu trzeciego, który oświadczył że roboty wykona jedynie w części. (...)

zakres wskazany do realizacji przez podwykonawcę jest elementem oferty, stanowiącym o sposobie realizacji zamówienia, tj. sposobie spełnienia świadczenia i jako element oferty nie może ulec zmianie po terminie składania ofert, tym bardziej, że odnosi się do obszaru decydującego o spełnieniu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, a zatem jest decydującym co do możliwości ubiegania się przez wykonawcę o przedmiotowe zamówienie. Treść oferty to formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, składane wraz z formularzem ofertowym. Na gruncie przepisów Pzp, treść oferty to oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym stanowiące jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Pod pojęciem treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości, warunków i sposobu realizacji oraz innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Oferta stanowi oświadczenie wykonawcy, które powinno być sformułowane i skonkretyzowane już w momencie jej złożenia. Izba wskazuje, że oświadczenia dotyczące udziału podmiotu trzeciego mogą ulegać korekcie w toku badania spełniania warunku udziału w postępowaniu, ale nie mogą prowadzić do zmiany formularza ofertowego, czyli oferty. Zmiana taka miałaby charakter istotny, gdyż dotyczyłaby zakresu i sposobu realizacji zamówienia wskazanego w ofercie. Tym bardziej nie można dokonywać zmiany treści oferty na podstawie zobowiązania podmiotu trzeciego.

W ocenie Zamawiającego DIAG-MOST Sp. z o.o. w sposób nieprawidłowy skorzystał z zasobów innego podmiotu dotyczących jego doświadczenia i przewidział dla niego zbyt mały udział w realizacji zamówienia, w konsekwencji czego nie posiada samodzielnie doświadczenia wymaganego w rozdz. VIII SWZ.

(por. zawiadomienie zamawiającego, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

#### **Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.**

Jak wynikało z uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, powodem odrzucenia oferty było niewykazanie przez niego warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale VIII.2.4) lit. a) SWZ.

Zgodnie z treścią ww. warunku zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że zrealizował w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwie roboty budowlane o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 złotych brutto każda, odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie drogi o nawierzchni jezdni (drogi) bitumicznej/betonowej (droga publiczna, droga wewnętrzna) oraz co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie lub remoncie obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł.

Jak wynikało z treści warunku, obejmował on z jednej strony wymagane doświadczenie wykonawcy w zakresie robót drogowych, oraz z drugiej strony – wymagane doświadczenie w zakresie robót mostowych.

Izba stwierdziła, że w odniesieniu do kwestii wykazania przez odwołującego wymaganego doświadczenia w zakresie robót mostowych stanowisko zamawiającego zawarte w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego okazało się wewnętrznie sprzeczne.

Z jednej strony zamawiający argumentował, że odwołujący usiłując wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w części dotyczącej robót mostowych, polegał na zasobach podmiotu trzeciego – Tormel sp. z o.o. Świadczyły o tym następujące fragmenty uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego:

Wykonawca - DIAG-MOST Sp z o.o. - nie posiada samodzielnie doświadczenia wymaganego w rozdz. VIII.2.4) lit. a) SWZ. W celu wykazania spełniania ww warunku Wykonawca ten powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego, tj. TORMEL Sp. z o.o. (str. 2 uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego);

Tym samym, podmiot udostępniający zasoby udostępniając pełne doświadczenie wymagane w postępowaniu winien wykonać wszelkie roboty objęte przedmiotem niniejszego postępowania zbieżne swoim zakresem/rodzajem i wartością jak w treści warunku podmiotowego, tak by jego udział uznać za realny i rzeczywisty (str. 6 akapit 3 uzasadnienia).

Na powyższe zamawiający wskazał także w odpowiedzi na odwołanie:

*Konkludując należy wskazać, że w realiach niniejszej sprawy Odwołujący, by uzasadnić spełnienie warunku udziału w postępowaniu, korzysta w zakresie całości zamówienia z doświadczenia podmiotu trzeciego, tj. TORMEL, a zatem tenże podmiot trzeci powinien brać udział we wszystkich czynnościach, w ramach których udostępni zasoby, tj. zarówno w całości robót drogowych, jak i w robotach mostowych.*

Z drugiej zaś strony, zamawiający przyznawał jednak, że odwołujący samodzielnie wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie robót mostowych. Świadczył o fragment znajdujący się na str. 5 w akapicie 2 uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego. We fragmencie tym zamawiający wskazał bowiem:

*Wykonawca wskazał, że TORMEL sp. z o.o. wykona w jego imieniu część prac drogowych, tj. całość prac asfaltowych i wykona pobocza z kruszywa, a także załączył dokumenty potwierdzające spełnienie przez samego Wykonawcę warunku realizacji robót mostowych o wartości przekraczającej 1 000 000 zł. Wobec powyższego Zamawiający uznaje samodzielne spełnienie warunku w zakresie roboty mostowej. Jednakże okoliczności sprawy wskazują na to, że DIAG-MOST Sp. z o.o. nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdz. VIII.2.4) lit. a) SWZ w zakresie roboty drogowej, a zatem jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp.*

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że stanowisko zamawiającego okazało się niewątpliwie wewnętrznie sprzeczne.

Owszem początkowo odwołujący wykazywał spełnienie warunku udziału w postępowaniu (a więc również i w odniesieniu do robót mostowych) w całości powołując się na doświadczenie wykonawcy Tormel sp. z o.o. w Poznaniu. Powyższe wynikało z treści wykazu robót złożonego przez odwołującego w dniu 16 kwietnia 2024 r. Jednakże w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 13 czerwca 2024 r. do samodzielnego wykazania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu, skierowanego do odwołującego w trybie art. 122 Pzp, odwołujący wykazał także samodzielne spełnienie warunku udziału w postępowaniu w części dotyczącej robót mostowych. Skoro zatem odwołujący ostatecznie wykazał samodzielnie spełnienie spornego warunku udziału w postępowaniu w części dotyczącej robót mostowych, to nie musiał zapewniać jakiegokolwiek udziału podmiotu Tormel sp. z o.o. jako podwykonawcy w wykonywaniu robót mostowych. Odrzucenie oferty odwołującego z tego powodu okazało się zatem chybione.

W dalszej kolejności należało odnieść się do kwestii wykazania przez odwołującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w części dotyczącej robót drogowych.

Jak wynikało z wykazu robót i późniejszych oświadczeń odwołującego – celem wykazania warunku w części dotyczącej robót drogowych – odwołujący polegał na zasobach (zdolnościach) wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego – Tormel sp. z o.o. W tej sytuacji, zgodnie z art. 118 ust. 2 Pzp oraz postanowieniem pkt XI. 2 SWZ, odwołujący powinien wykazać, że Tormel sp. z o.o. wykona takie roboty budowlane, do realizacji których te zdolności (zasoby) są wymagane.

Stanowisko zamawiającego odnośnie tego, jaka część robót drogowych powinna zostać wykonana przez Tormel sp. z o.o. w trakcie realizacji zamówienia, aby uznać że ww. wymóg został spełniony, również okazało się wewnętrznie sprzeczne. Z jednej strony bowiem zamawiający argumentował, że: *Zgodnie z powyższym TORMEL sp. z o.o. winien jako podwykonawca wykonać roboty budowlane polegające na rozbudowie drogi o nawierzchni jezdni (drogi) bitumicznej/betonowej (o wartości min. 5 mln złotych)* (str. 2-3 uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego). Powyższe oświadczenie zamawiającego wskazywałoby, że dla uznania „realności” polegania przez odwołującego na doświadczeniu Tormel sp. z o.o. wystarczające jest wykonanie przez Tormel sp. z o.o. robót drogowych o wartości 5 mln zł.

Z drugiej zaś strony, w odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazywał, że: *W związku z powyższym TORMEL powinien brać udział w przedmiocie umowy w takim zakresie, w jakim udostępnił swoje doświadczenie, a więc w całości, a nie jedynie w części robót drogowych.* Takie stanowisko zamawiającego stawало się świadczyć o tym, iż uznałby realność polegania przez odwołującego na zasobie doświadczenia Tormel sp. z o.o. tylko gdyby podmiot ten wykonał „całość robót drogowych”.

Odnosząc się do ww. kwestii należało stwierdzić, iż zgodnie z art. 118 ust. 2 Pzp oraz zgodnie z rozdziałem XI. pkt 2 SWZ, dla wykazania realności polegania na zasobie podmiotu trzeciego konieczne było wyłącznie, aby podmiot trzeci zrealizował co najmniej takie roboty, o których była mowa w treści warunku. Skoro w treści warunku była mowa o budowie, przebudowie lub rozbudowie drogi o nawierzchni jezdni (drogi) bitumicznej/betonowej (droga publiczna, droga wewnętrzna) o wartości minimum 5 mln zł, to odwołujący powinien zapewnić udział podwykonawcy w wykonaniu co najmniej takiej części robót drogowych. W szczególności podmiot trzeci nie musiał zrealizować „całości robót drogowych”, jak utrzymywał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

W dalszej kolejności należało prześledzić zakres podwykonawstwa w zakresie robót drogowych, jaki został przewidziany przez odwołującego w trakcie realizacji zamówienia dla podmiotu trzeciego – Tormel sp. z o.o.

Izba stwierdziła na wstępie, że oświadczenia w tym zakresie złożone na etapie ofertowania przez odwołującego były niejednoznaczne. Z jednej bowiem strony w pkt 4 formularza ofertowego odwołujący oświadczył, że usługi objęte zamówieniem zamierza wykonać z udziałem podwykonawcy/ów, w części: *nawierzchni asfaltowej, na etapie składania oferty Podwykonawca nie jest wyłoniony.*

Z drugiej zaś strony do tej samej oferty zostało załączone zobowiązanie podmiotu trzeciego - TORMEL sp. z o.o. w Poznaniu – z dnia 22 marca 2024 r. do oddania odwołującemu zasobu w postaci: *zdolność techniczna lub zawodowa.*

W dokumencie tym ww. podmiot oświadczył m.in.:

*b) sposób i okres udostępnienia oraz wykorzystania ww. zasobów będzie następujący:*

*Zrealizujemy część przedmiotowego zamówienia związaną z udostępnioną wiedzą i doświadczeniem poprzez udział jako podwykonawca robót, w okresie niezbędnym do prawidłowego wykonania zadania.*

*c) zrealizuję roboty budowlane, których ww. zasoby (zdolności) dotyczą, w zakresie:*

*części robót drogowych.*

Zestawienie tych dwóch oświadczeń prowadziło do wniosku, że wbrew twierdzeniom z pkt 4 formularza ofertowego podwykonawca był znany, gdyż był to Tormel sp. z o.o. Jeśli chodzi natomiast o zakres podwykonawstwa, to w formularzu ofertowym była mowa o robotach „asfaltowych”, a w zobowiązaniu o „części robót drogowych”.

Wobec zaistnienia wątpliwości co do rozumienia oświadczeń odwołującego zamawiający prawidłowo pismem z dnia 7 czerwca 2024 r. wezwał odwołującego do wyjaśnienia rozbieżności między formularzem ofertowym a zobowiązaniem podmiotu trzeciego. W odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z dnia 11 czerwca 2024 r. W wyjaśnieniach tych odwołujący wskazał, co następuje. *wskazuję, iż nawierzchnia asfaltowa stanowi część robót drogowych. Wyjaśniam, że podmiot trzeci TORMEL sp. z o.o. jako podwykonawca zgodnie ze swoim zobowiązaniem będzie uczestniczył w wykonywaniu części robót drogowych, w tym m.in. będzie wykonywał całość prac asfaltowych na długości 2691 mb (które stanowią roboty drogowe) wraz z wykonaniem poboczy z kruszywa. Z przywołanej treści wyjaśnień odwołującego wynikało zatem jednoznacznie, że podwykonawca jest już znany i że jest to Tormel sp. z o.o., a ponadto, że podwykonawca ten wykona między innymi całość prac asfaltowych na długości 2691 mb wraz z wykonaniem poboczy z kruszywa. Odwołujący wyjaśnił także, że prace asfaltowe są robotami drogowymi.*

W tej sytuacji za niezrozumiałe należało uznać stanowisko zamawiającego przedstawione w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego, zgodnie z którym jednym z powodów odrzucenia oferty miał być fakt złożenia przez odwołującego oświadczenia, iż podwykonawcy są mu nieznani. Owszem takie oświadczenie zostało złożone, ale zostało też złożone i to w tej samej dacie oświadczenie mu przeciwne. Jak wskazano wcześniej, w tym zakresie można było mówić co najwyżej o wewnętrznej sprzeczności w dokumentach ofertowych, która podlegała procedurze wyjaśniającej. Zamawiający tę sprzeczność prawidłowo wychwycił, o czym świadczyło wystosowanie do odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 7 czerwca 2024 r. Z niezrozumiałych jednak względów zamawiający przy swej ocenie pominął jednak rezultat procedury wyjaśniającej, to jest wyjaśnienia odwołującego z dnia 11 czerwca 2024 r.

Kolejno, jak wynikało z pisma zamawiającego z dnia 13 czerwca 2024 r., zamawiający nie uznał ww. wyjaśnień odwołującego wskazując, że *Z treści zobowiązania nie wynika zatem, że TORMEL sp. z o.o. wykona roboty budowlane, do realizacji których wymagane jest doświadczenie w SWZ, t.j. że wykona rozbudowę drogi oraz obiekt mostowy (przynajmniej w zakresie wartościowym wynikającym z treści warunku udziału).* Analiza przywołanego fragmentu treści wezwania zamawiającego prowadziła do wniosku, że powodem nieuznania realności polegania na zasobie Tormel sp. z o.o. było to, że odwołujący nie wykazał, iż Tormel wykona rozbudowę drogi co najmniej w zakresie wartościowym wynikającym z warunku. Wobec powyższego zamawiający wezwał odwołującego do samodzielnego wykazania warunku.

W reakcji na to wezwanie odwołujący wyjaśnił szczegółowo w piśmie z dnia 17 czerwca 2024 r., że wartość wskazanych w wyjaśnieniach robót drogowych przeznaczonych do wykonania przez Tormel sp. z o.o. wynosi 6.034.721,68 zł brutto. Wykonawca sprecyzował także, że łącznie na kwotę 6.034.721,68 zł brutto (4 906 277,79 zł netto) składa się wykonanie:

- Nawierzchni z betonu asfaltowego ścieżki pieszo-rowerowej, zjazdów oraz jezdni wraz ze skropieniem oraz oczyszczeniem o wartości 4 583 172,01 zł netto, oraz
- Pobocza gruntowego z nawierzchni ulepszonej wraz z mechanicznym korytowaniem, profilowaniem i zagęszczaniem o wartości 323 105,78 zł netto.

Jak wynikało zatem z oświadczeń odwołującego, wartość robót drogowych, jakie zostały przeznaczone do wykonania przez Tormel sp. z o.o. wynosi 6.034.721,68 zł brutto. Kwota ta przewyższała znacząco wartość robót drogowych opisanych w warunku, to jest 5 mln zł. Z treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego nie wynikał żaden jednoznaczny wywód, dlaczego - skoro wartość robót drogowych, które wykona Tormel przewyższa wartość robót drogowych wynikającą z warunku - to nie może być to uznane za realne poleganie na zasobie podmiotu trzeciego.

Dopiero w trakcie rozprawy zamawiający oświadczył w sposób nader ogólny, że zakres robót drogowych, które zostały przeznaczone do wykonania przez Tormel sp. z o.o. można uznać jedynie za „remont”, a nie za budowę, przebudowę lub rozbudowę drogi. Zamawiający jednak nawet w trakcie rozprawy nie wskazał w szczegółach dlaczego zakres ten może być uznany jedynie za „remont” w sytuacji, gdy cały przedmiot zamówienia polega na „rozbudowie” drogi powiatowej nr 4212W Stoczek – Stare Lipki. W szczególności zamawiający nie wskazał i nie wykazał, które elementy definicji legalnej pojęć „budowa”, „przebudowa” lub „rozbudowa” zawarte w ustawie Prawo budowlane nie zostały spełnione.

Ponadto odnosząc się do ww. augmentacji podkreślania wymagało przede wszystkim, że nie została ona objęta uzasadnieniem faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego. W uzasadnieniu tym próżno było szukać jakiegokolwiek wyводу w tym zakresie. Co więcej, wywodów w tym zakresie nie można było odnaleźć także w wezwaniu zamawiającego do uzupełnienia dokumentów celem wykazania spornego warunku skierowanym do odwołującego dnia 13 czerwca 2024 r. Jak wskazano wcześniej, z treści tego wezwania zdawało się wynikać, że powodem jego wystosowania jest jedynie to, iż wartość robót przewidzianych do wykonania przez Tormel jest za niska w stosunku do wartości kwotowej wynikającej z warunku.

Jak wskazuje się jednoznacznie w orzecznictwie Izby, powodem odrzucenia oferty wykonawcy z powodu niewykazania warunku może być tylko taki brak, który został jasno zakomunikowany wykonawcy w uzasadnieniu czynności odrzucenia jego oferty. Po drugie zaś, odrzucenie takie powinno być poprzedzone prawidłowym wezwaniem do uzupełnienia dokumentów składanych celem wykazania warunku.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty przedstawione w odwołaniu. Zaskarżona w odwołaniu czynność odrzucenia oferty odwołującego z dnia 12 lipca 2024 r., z takim uzasadnieniem faktycznym, jakie sporządził zamawiający, nie odpowiadała prawu i powinna zostać unieważniona.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdy ż zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę odwołującego, która może być wybrana jako najkorzystniejsza.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*.

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000 zł, oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:.....**