

WYROK

Warszawa, dnia 3 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2024 r. przez wykonawcę SMART TRAFFIC TECHNOLOGIES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu,

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

A. Wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą LUVIA G.B.
z siedzibą w Szamotułach

B. Wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe JAZET T.J. z siedzibą w Śremie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu podstawowego odwołania oznaczonego jako zarzut nr 1 odwołania i nakazuje zamawiającemu – Wielkopolskiemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Poznaniu:
 - 1.1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach wszystkich części postępowania, z wyjątkiem części nr VI,
 - 1.2. Unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w ramach części nr VI postępowania,
 - 1.3. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego – wykonawcy SMART TRAFFIC TECHNOLOGIE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu w ramach wszystkich części postępowania,
 - 1.4. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu w ramach wszystkich jego części.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego – Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez odwołującego – wykonawcę SMART TRAFFIC TECHNOLOGIE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kwotę 338 zł 00 gr (słownie: trzysta trzydzieści osiem złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na rozprawę.
 - 2.2. Zasądza od zamawiającego – Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu na rzecz odwołującego – wykonawcy SMART TRAFFIC TECHNOLOGIES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu kwotę 18 938 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

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:.....

Uzasadnienie

Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*obsługę, konserwację i naprawę sygnalizacji świetlnych w ciągu dróg wojewódzkich na terenie działania WZDW w Poznaniu (podział na 9 części)*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 lutego 2024 r., pod numerem 2024/S 030-087661.

W dniu 9 maja 2024 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca SMART TRAFFIC TECHNOLOGIES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Odwołującym” lub „wykonawcą SMART TRAFFIC”, wniósł odwołanie dotyczące wszystkich 9 części zamówienia, wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu, które polegały na:

1) odrzuceniu oferty Odwołującego we wszystkich częściach zamówienia,

2) dokonaniu wyboru ofert najkorzystniejszych w każdej z 9 części zamówienia z pominięciem oferty Odwołującego,

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy PZP w zw. z art. 119 ustawy PZP w zw. z art. 118 ustawy PZP w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 112 ustawy PZP w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy PZP w zw. z 16 pkt 1-3 ustawy PZP poprzez bezpodstawne uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu pomimo tego, że w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (w zakresie wymaganego doświadczenia) Odwołujący udowodnił Zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotów trzecich. W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał naruszenia zarzucanych przepisów ustawy PZP poprzez dokonanie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego we wszystkich częściach zamówienia, od I do IX, w wyniku błędnego przyjęcia przez Zamawiającego, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Przyczyną ustalenia przez Zamawiającego braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest błędne założenie Zamawiającego, że aby spełnić warunek udziału w tym postępowaniu podmiot udostępniający potencjał zrealizować ma usługę w zakresie całego przedmiotu zamówienia, tj. w zakresie, który wykracza znacznie poza wskazany zakres opisany w warunku udziału, jaki został określony w SWZ. Takie rozumowanie wyrażone w uzasadnieniu do czynności odrzucenia oferty Odwołującego narusza wskazane powyżej przepisy ustawy PZP, ponieważ prawidłowa, zgodna z przepisami ustawy PZP czynność Zamawiającego polegająca na ocenie spełnienia warunku udziału określonego w SWZ powinna polegać na ustaleniu przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania:

- czy zdolność zawodowa w postaci doświadczenia, jakie zostało Zamawiającemu wykazane poprzez skorzystanie z zasobów podmiotu trzeciego, jest odpowiednia pod kątem ustalonego warunku udziału w postępowaniu?
- czy zasoby udostępnione wykonawcy, aby mogły być przez Zamawiającego uwzględnione, będą rzeczywiście wykorzystane przy realizacji zamówienia?

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie dokonał więc prawidłowej oceny jego oferty oraz zobowiązania podmiotu trzeciego, który udostępnił Odwołującemu swój potencjał w celu realizacji zamówienia, ponieważ Zamawiający skupił się nie na ustaleniu czy konkretny warunek udziału, jaki został określony w postępowaniu, jest spełniony oraz czy zakres czynności, jakie wykonywać ma w ramach użyczonego potencjału podmiot trzeci, który realizować ma usługę jako podwykonawca, pozwala na ustalenie realnego udziału tego podmiotu w wykonaniu przedmiotu zamówienia, tylko skupił się na proporcji udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia (która nie jest warunkiem udziału w postępowaniu). Jednocześnie Zamawiający oczekując, że podmiot udostępniający potencjał wykona całość przedmiotu zamówienia wypacza pojęcie podwykonawstwa, ponieważ gdyby podwykonawca miał zrealizować pełny zakres prac do jakich użycza potencjału, to nie byłoby to podwykonawstwo. Zarzucane uchybienia Zamawiającego doprowadziły do naruszenia zasad udzielania zamówienia w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców oraz nie jest zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, z oczywistym pokrzywdzeniem Odwołującego.

Na wypadek nieuwzględnienia tego zarzutu Odwołujący sformułował zarzut ewentualny dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy PZP w zw. z art. 119 ustawy PZP w zw. z art. 118 ustawy PZP w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 122 ustawy PZP w zw. z 16 pkt 1-3 ustawy PZP poprzez zaniechanie skierowania do Odwołującego żądania, aby Odwołujący w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił podmiot udostępniający zasoby na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu w sytuacji, w której Zamawiający stwierdził, że zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia. Powyższe doprowadziło do bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego i pozbawienie go przysługującej mu na mocy art. 122 ustawy PZP możliwości wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz doprowadziło do naruszenia zasad udzielania zamówienia w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców oraz nie jest zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, z oczywistym pokrzywdzeniem Odwołującego.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach części od I do V oraz od VII do IX zamówienia, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie części nr VI zamówienia, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu we wszystkich dziewięciu częściach postępowania, a także kontynuowania czynności badania i oceny ofert i czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej dla każdej z 9 części zamówienia, natomiast w odniesieniu do zarzutu ewentualnego Odwołujący zażądał nakazania Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach części od I do V oraz od VII do IX zamówienia, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie części nr VI zamówienia oraz skierowania żądania do Odwołującego, aby w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił podmiot udostępniający zasoby na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej Odwołujący wskazał, że istotą sporu pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym jest to, że Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, że „*podmiot trzeci udostępniający potencjał na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu powinien wykonać usługi dotyczące całego zakresu przedmiotu zamówienia*”, natomiast Odwołujący stoi na stanowisku, że podmiot trzeci udostępniający potencjał na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie musi wykonać usług dotyczących całego zakresu przedmiotu zamówienia. Odwołujący powołał się na pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 19 lutego 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 212/21, że wprawdzie wymaga się bezpośredniego udziału w realizacji zamówienia przez podmiot, na zasobach którego polega wykonawca, ale nie przesądza, że ma to być realizacja w całości. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że podmiot, na zdolności którego powołuje się wykonawca, nie musi sam wykonać zakresu zamówienia, do którego wykonania wymagane są te zdolności.

Odwołujący podniósł, że art. 226 ust. 1 ustawy PZP określa zamknięty katalog przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia oferty, a zaistnienie jakiejkolwiek z tych podstaw tworzy obowiązek odrzucenia oferty. Jednocześnie odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie w sytuacji rzeczywistego wystąpienia przesłanek określonych w art. 226 ust. 1 ustawy, które zamawiający ma obowiązek wykazać. Odnosząc to do przedmiotowej sprawy Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP. Zgodnie z treścią tego przepisu ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli ta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, natomiast kwestia oceny, czy wykonawca spełnia warunki udziału w danym postępowaniu, odbywa się, biorąc pod uwagę treść warunku udziału w postępowaniu opisanego w SWZ, na podstawie dokumentów przedłożonych przez wykonawcę w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że wraz z ofertą przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego do udzielenia potencjału na potwierdzenie spełnienia warunku udziału wskazanego w rozdziale VII ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ, następnie złożył także stosowny wykaz usług oraz referencje potwierdzające prawidłowość zrealizowania usług wskazanych w referencjach. Zamawiający na żadnym etapie trwania postępowania nie kwestionował poprawności wykazu usług i referencji ani prawidłowości treści zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Odwołującemu określone w tym zobowiązaniu zasoby. Także w uzasadnieniu do czynności odrzucenia oferty Zamawiający nie kwestionuje poprawności dokumentacji z wykazu usług oraz referencji i zobowiązania. Następnie Odwołujący powołując się na treść art. 119 ustawy PZP i poglądy doktryny prawa zamówień publicznych oraz stwierdził, że „*Badanie wykonawcy korzystającego z zasobów podmiotów trzecich odbywa się – stosownie do komentowanego przepisu – na dwóch płaszczyznach. Oceny tej dokonuje się w kontekście spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych dla tego konkretnego zamówienia, tj. przykładowo – czy zdolność zawodowa w postaci doświadczenia, jakie zostało zamawiającemu wykazane poprzez skorzystanie z zasobów podmiotu trzeciego, jest odpowiednie pod kątem ustalonego warunku udziału w postępowaniu. Dodatkowo sprawdza się, czy zasoby udostępnione wykonawcy, aby mogły być przez zamawiającego uwzględnione, będą rzeczywiście wykorzystane przy realizacji zamówienia. Czym innym jest zatem sama ocena potencjału, czy to własnego wykonawcy, czy to udostępnionego mu, a czym innym ustalenie przez zamawiającego, czy potencjał udostępniony wykonawcy przez inny podmiot na potrzeby realizacji zamówienia rzeczywiście będzie mógł być wykorzystany*”. Uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 29 kwietnia 2024 r. Zamawiający nie odnosi się do kwestii omawianych w literaturze prawnej. Zamawiający nie przywołuje nawet treści lub odwołania do fragmentu SWZ, jaki mówi o warunku udziału, który miałby być spełniony. Co więcej, Odwołujący zauważył, że w treści uzasadnienia do czynności odrzucenia oferty nie można znaleźć przedstawienia przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania, jakie narzuca na Zamawiającego art. 119 ustawy PZP, czyli:

– czy zdolność zawodowa w postaci doświadczenia, jakie zostało zamawiającemu wykazane poprzez skorzystanie z

zasobów podmiotu trzeciego, jest odpowiednia pod kątem ustalonego warunku udziału w postępowaniu?

– czy zasoby udostępnione wykonawcy, aby mogły być przez Zamawiającego uwzględnione, będą rzeczywiście wykorzystane przy realizacji zamówienia?

Dlatego też Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny oferty Odwołującego i bezzasadnie ją odrzucił, albowiem Zamawiający jest zobowiązany do szczegółowego wskazania jakie przyczyny leżą u podstaw podjętych przez niego decyzji, szczególnie w sytuacji, gdy decyzje te decydują o losie postępowania przetargowego (zasada pisemności i przejrzystości postępowania przetargowego).

Następnie Odwołujący cytując fragmenty uzasadnienia czynności Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, że z żadnego przepisu ustawy PZP nie wynika obowiązek, jaki wyinterpretował w treści uzasadnienia do odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający, że podmiot trzeci udostępniający potencjał na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu musi zobowiązać się do wykonania usługi dotyczącej całego zakresu przedmiotu zamówienia. Nie jest to również zgodne z treścią art. 462 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym „Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy”. Odwołujący podniósł, że gdyby uznać stanowisko Zamawiającego za prawidłowe to po pierwsze wykonawca naruszyłby art. 462 ust. 1 ustawy PZP, gdyż nie można powierzyć podwykonawcy całości przedmiotu zamówienia. Jednocześnie powierzenie całości robót objętych zamówieniem mogłoby oznaczać, że realizacja zamówienia przez wykonawcę ma wyłącznie charakter pozorny. A po drugie żaden z nowo powstałych wykonawców nie miałby szans na nabycie doświadczenia niezbędnego do realizacji kolejnych podobnych usług, ponieważ doświadczenie to realnie nabywałby jedynie podmiot udostępniający potencjał. Odwołujący zauważył ponadto, że już sama treść art. 118 ustawy PZP wskazuje na korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie na potrzeby wykonania całego zamówienia. Zdaniem Odwołującego gdyby ustawodawca wymagał takiego stosowania tego przepisu, to wyraźnie wskazałby to w jego treści – ani polski, ani unijny ustawodawca nie wskazał jednak wprost, że podmiot udzielający doświadczenie musi wykonać zamówienie w całym zakresie. Zamiast tego dano wskazówkę, iż podwykonawca ma je wykonać w potrzebnym (niezbędnym, wymaganym) zakresie. Odwołujący zwrócił również uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2082/16, zgodnie z którym z art. 22a ust. 4 ustawy PZP z 2004 r. nie wynika jednoznacznie, że wykonawca nie może brać udziału w realizacji usługi. Jak zauważyła bowiem Krajowa Izba Odwoławcza, tylko w ten sposób wykonawca może uzyskać doświadczenie, a jednocześnie udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego nie jest fikcją. Biorąc to pod uwagę Odwołujący podniósł, że udział podwykonawcy (podmiotu udostępniającego potencjał) powinien mieć charakter wymierny, czyli taki żeby zamawiający nie miał wątpliwości co do tego, że zamówienie jest realizowane w sposób należyty, przez podmiot doświadczony. Jednocześnie ustawodawca nie określił też procentowo wystarczającego pułapu udziału podmiotu trzeciego, ponieważ zależny jest on od rodzaju zamówienia. Odwołujący zwrócił jednak uwagę, że Zamawiający w treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu jego oferty przyjął stanowisko, zgodnie z którym podmiot udostępniający potencjał zrealizować ma wszystkie usługi, co do których udziela potencjału, a ponieważ warunek udziału jest tak opisany, że pokrywa się z całym zakresem przedmiotu zamówienia, oznaczałoby to, że w tej sytuacji podmiot trzeci musiałby zrealizować samodzielnie cały przedmiot zamówienia. Zamawiający pominął przy tym, że sam ustanowił warunek udziału, który określił jako taki, który zapewnia gwarancję należytego wykonania usługi – właśnie na poziomie 20 skrzyżowań. Odwołujący wskazał, że przedmiotem tego zamówienia nie są usługi wysoko wyspecjalizowane, do realizacji których konieczne jest posiadanie personelu posiadającego określone uprawnienia oraz wiedza elektryków, którą niewątpliwie Odwołujący samodzielnie posiada. Pomiotów zdolnych do realizacji usługi na rynku jest wiele, o czym świadczy wielość wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. To sam Zamawiający uznał, że gwarancję prawidłowego wykonania usługi daje doświadczenie na poziomie wykonania konserwacji 20 sygnalizacji świetlnych, zaś wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, to podmioty, które nie są wielkimi przedsiębiorstwami o znacznych zasobach, a są to podmioty zatrudniające powszechnie dostępnych na rynku elektryków.

Odwołujący podkreślił, że udział w wykonywaniu zamówienia powinien być rozumiany jako realizacja co najmniej części świadczenia wykonawcy wynikającego z umowy o zamówienie publiczne. W sposób naturalny udział w realizacji przedmiotowego zamówienia sprowadza się do podwykonawstwa, ponieważ taka forma działania zapewnia realny udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia publicznego. Wobec tego uznanie przez Zamawiającego, że podmiot udostępniający potencjał musi zrealizować wszystkie czynności mieszczące się w przedmiocie zamówienia i odpowiadające udzielonemu potencjałowi wcale nie jest „ustaloną przez ustawodawcę zasadą”, jak to napisał w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający. Poza tym Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie sprecyzował, który wyrażony wprost w SWZ warunek udziału w postępowaniu nie został przez niego spełniony i dlaczego. Według niego Zamawiający niejako na etapie już po otwarciu ofert, uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego, stworzył nowy warunek udziału, którego nie było w SWZ. Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego napisał, że: „W

tym wypadku wykonawca dokonał nieprawidłowej interpretacji przepisów prawa, wychodząc z założenia, że podmiot udostępniający zasoby może w niewielkim zakresie wykonać zamówienie, zaś w pozostałym zakresie zostanie to wykonane przez niedoświadczony podmiot czyli Wykonawcę”, co jednak ani nie wynika z przepisów prawa, ani sam Zamawiający nie wskazał, jaka jest podstawa prawna do takiego stwierdzenia.

Odwołujący podkreślił, że dokonanie weryfikacji realności udostępnienia zasobów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie może być dokonywane w oderwaniu od postawionego warunku udziału w postępowaniu. Ocena wykazania przez wykonawcę faktycznego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego powinna być dokonywana z uwzględnieniem realiów wykorzystania określonych zasobów przy realizacji konkretnego zamówienia. Na podstawie treści zobowiązania podmiotu trzeciego Zamawiający mógł uzyskać pewność, że Odwołujący przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu będzie realnie uprawniony do korzystania z tych niezbędnych zasobów podmiotu trzeciego, na potrzeby realizacji zamówienia. Zamawiający uzyskał też w ten sposób szczegółową wiedzę dotyczącą obszarów, w jakich realizacja zamówienia będzie się odbywała przy udziale zasobów innego podmiotu, co umożliwia egzekwowanie poprawnej realizacji zamówienia, zgodnie z deklarowanym przez wykonawcę zobowiązaniem innego podmiotu. Szczegółowe określenie zakresu i sposobu zobowiązania innego podmiotu, przedstawione przez Odwołującego umożliwiło Zamawiającemu podjęcie decyzji w zakresie uznania kwalifikacji tego wykonawcy w odniesieniu do realizacji zamówienia, a co za tym idzie ocenę wykonawcy w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dlatego Odwołujący nie zgodził się z przemilczeniem przez Zamawiającego tej kwestii i skupienie się wyłącznie na tym, że podmiot trzeci w zasadzie powinien zrealizować zamówienie w całości.

Odwołujący podniósł również, że Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady przejrzystości oraz poszanowania uczciwej konkurencji, czego zaniechał wobec Odwołującego w tym postępowaniu podczas dokonywania czynności odrzucenia ofert. Przejrzystość oznacza nie tylko jawność postępowania, ale przede wszystkim powinnośc ustalania jasnych, zrozumiałych zasad postępowania Zamawiającego, rozumianych jako obowiązek jednoznacznego podania zgodnego z ustawą PZP uzasadnienia czynności, które Zamawiający podejmuje. Zasada przejrzystości wymaga od Zamawiającego uzasadniania podjętych w postępowaniu czynności i wykazywania w stosunku do każdej decyzji istnienia podstawy ich podjęcia zarówno w zapisach dokumentów zamówienia, jak i w przepisach prawa. W tym wypadku zasada ta obowiązuje Zamawiającego przy uzasadnianiu czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający powinien każdorazowo wskazywać na zapisy dokumentów zamówienia i przepisów prawa stanowiących podstawę jego czynności, jak również w sposób precyzyjny i zrozumiały wskazywać, jakie błędy lub braki zostały stwierdzone, aby wykonawca miał świadomość tego, co faktycznie jest od niego oczekiwane. Odwołujący podniósł również, że wskazane w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej dotyczą zupełnie odmiennych stanów faktycznych niż stan faktyczny w tej sprawie. Analiza podanych przez Zamawiającego orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej prowadzi do wniosku, że wyroki te odnoszą się do wykonawców, których oferty zostały odrzucone, ponieważ podmiot trzeci, który udostępniał im potencjał, nie udostępnił wymaganego w warunku udziału zakresu, zatem są to zupełnie różne sytuacje i nie mogą być uznane za takie, które uzasadniają odrzucenie oferty Odwołującego. W ocenie Odwołującego oczywistym jest, że Zamawiający swoim działaniem naruszył też zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i pokrzywdził Odwołującego, albowiem gdyby w sposób zgodny z ustawą PZP dokonał on oceny oferty złożonej przez Odwołującego oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą w każdej z dziewięciu części zamówienia.

Uzasadniając natomiast zarzut ewentualny odwołania wykonawca SMART TRAFFIC podniósł, że przy zastosowaniu trybu opisanego w art. 139 ustawy PZP ocena braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczy tylko tego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Zgodnie bowiem z art. 119 ustawy PZP ocena zasobów udostępnianych przez podmiot trzeci dotyczy takich zasobów, które stosownie do art. 118 ustawy PZP udostępniane są w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli ocena taka da negatywny wynik, to na mocy art. 122 ustawy PZP Zamawiający ma obowiązek żądać, aby wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Badanie udostępnionych zasobów dotyczyć zatem powinno takiego wykonawcy, co do którego Zamawiający obowiązany jest dokonać kwalifikacji podmiotowej, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czyli w stosunku do wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Zamawiający w tym przypadku stwierdził, że podmiot trzeci nie spełnia warunków udziału, ale nie wezwał wykonawcy do jego zastąpienia lub samodzielnego wykazania się wymaganym doświadczeniem, czym wprost naruszył art. 122 ustawy PZP. W konsekwencji tego potwierdził się zarzut zaniechania skierowania do Odwołującego żądania w trybie art. 122 ustawy PZP w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a uzasadnienie zawarte w piśmie informującym o odrzuceniu oferty Odwołującego wyraźnie wskazuje na to, że zaniechanie

Zamawiającego pozbawiło Odwołującego możliwości zmiany podmiotu udostępniającego potencjał lub samodzielnego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący dodał, że regulacja wyrażona w art. 128 ust. 1 ustawy PZP jest regulacją określającą w sposób kompleksowy zasady wezwania o uzupełnienie oświadczeń z art. 125 ust. 1 ustawy PZP, podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Natomiast przepis art. 122 ustawy PZP doprecyzowuje jedynie możliwe działania wykonawcy w sytuacjach określonych w art. 128 ustawy PZP przy powoływaniu się na potencjał podmiotu trzeciego. Przepis art. 122 ustawy PZP dotyczy zatem okoliczności, gdy zgłoszony przez wykonawcę na etapie składania ofert podmiot trzeci z jakichś przyczyn nie będzie potwierdzał, że dysponuje wymaganym przez Zamawiającego zasobem lub gdy w odniesieniu do podmiotu trzeciego nie zostanie potwierdzony brak podstaw do wykluczenia. W każdym z tych przypadków reguła jednokrotnego wezwania o ten sam dokument na podstawie art. 128 ustawy PZP w związku z brzmieniem tego przepisu nie ulega zmianie.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowisko Odwołującego wyrażone w odwołaniu oraz złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, albowiem nie została spełniona żadna wynikająca z regulacji art. 528 ustawy PZP negatywna przesłanka, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców prowadzących działalność gospodarczą pod firmą LUVIA G.B. z siedzibą w Szamotułach i Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe JAZET T.J. z siedzibą w Śremie, albowiem zostały one dokonane w ustawowym terminie i w przewidzianej przez przepisy prawa formie. Izba nie uznała skuteczności przystąpienia po stronie Zamawiającego zgłoszonego przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacji i Sieci Elektrycznych K.M. z siedzibą w Szamotułach, ponieważ do zgłoszenia przystąpienia skierowanego do Izby wykonawca ten nie załączył kopii zgłoszenia, które powinien był przesłać do Odwołującego, zaś Odwołujący na posiedzeniu nie potwierdził otrzymania kopii zgłoszenia przystąpienia od tego wykonawcy.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowisko prezentowane na rozprawie przez Odwołującego i choć z przyczyn formalnych (brak umocowania osoby podpisującej odpowiedź na odwołanie do występowania w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą) nie mogła wziąć pod uwagę stanowiska Zamawiającego wyrażonego w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 maja 2024 r., to jednakże zapoznała się z treścią tego pisma i argumentacją Zamawiającego.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej i jednocześnie Izba uznała wiarygodność i moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach niniejszej sprawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z rozdziałem 5 pkt. 5.1 SWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa, konserwacje i naprawy sygnalizacji świetlnych w ciągu dróg wojewódzkich na terenie działania WZDW w Poznaniu. Zamówienie zostało podzielone na 9 części:

- Część I – Obsługa, konserwacja i naprawy sygnalizacji świetlnych na terenie działania RDW Czarńków,
- Część II – Obsługa, konserwacja i naprawy sygnalizacji świetlnych na terenie działania RDW w Gnieźnie
- Część III – Obsługa, konserwacja i naprawy sygnalizacji świetlnych na terenie działania RDW w Kole,
- Część IV – Obsługa, konserwacja i naprawy sygnalizacji świetlnych na terenie działania RDW w Koninie,

- Część V – Obsługa, konserwacja i naprawy sygnalizacji świetlnych na terenie działania RDW w Kościanie,
- Część VI – Obsługa, konserwacja i naprawy sygnalizacji świetlnych na terenie RDW w Nowym Tomyślu,
- Część VII – Obsługa, konserwacja i naprawy sygnalizacji świetlnych na terenie działania RDW w Ostrowie Wielkopolskim,
- Część VIII – Obsługa, konserwacja i naprawy sygnalizacji świetlnych na terenie działania RDW w Szamotułach,
- Część IX – Obsługa, konserwacja i naprawy sygnalizacji świetlnych na terenie działania RDW w Złotowie.

Wykonawca może złożyć ofertę na dowolną ilość części zamówienia. Odwołujący złożył oferty na każdą z dziewięciu części zamówienia.

Po modyfikacji SWZ przez Zamawiającego w dniu 9 lutego 2024 r. określonymu w rozdziale 7 ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ warunkowi udziału w postępowaniu dotyczącemu zdolności technicznej i zawodowej nadano następujące brzmienie:

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

4) zdolności technicznej lub zawodowej:

a) Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem polegającymi na wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zadania polegającego na utrzymaniu i konserwacji co najmniej 20 sygnalizacji świetlnych na drogach publicznych”.

Wykonawca SMART TRAFFIC załączył do swojej oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego – firmy CROSS Zlin A.S. dnia 14 lutego 2024 r., w którym firma ta zobowiązała się do oddania swoich zasobów z zakresu zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenie) na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu wiedzy i doświadczenia przy realizacji zadania, którego przedmiotem jest utrzymanie i konserwacja co najmniej 20 sygnalizacji świetlnych na drogach publicznych, wskazując zarazem, że zadanie to zostało wykonane należycie w ciągu ostatnich 3 lat. Jednocześnie firma CROSS Zlin A.S. oświadczyła, że posiada referencje potwierdzające prawidłowość realizacji umowy, w oparciu o którą nabyła udostępniane doświadczenie, że będzie realnie uczestniczyć w wykonaniu usługi podczas realizacji umowy przez cały czas jej trwania, tj. w zakresie utrzymania i konserwacji co najmniej 20 sygnalizacji świetlnych na drogach publicznych.

Następnie w dniu 21 marca 2024 r. Zamawiający skierował do wykonawcy SMART TRAFFIC wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP do złożenia poprawionego zobowiązania podmiotu oddającego do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby na potrzeby realizacji zamówienia. Zamawiający podał, że w dołączonym do oferty Odwołującego zobowiązaniu firma CROSS Zlin A.S. nie wskazała zakresu udostępnianych zasobów w sposób umożliwiający ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Opis sposobu wykorzystania udostępnionych zasobów i zakres udziału podwykonawcy przy wykonywaniu zamówienia należy sprecyzować poprzez wskazanie prac, które będą realizowane w ramach udostępnianych zasobów. Z treści złożonego zobowiązania nie wynikają informacje umożliwiające Zamawiającemu ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, albowiem w dokumencie tym podano tylko odwołanie się do warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale VII ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ, bez wskazania zadań potwierdzających spełnienie tego warunku. Zamawiający na etapie badania ofert powinien posiadać pełną wiedzę czy podmiot, na zasoby którego powołuje się wykonawca, spełnia określone przez niego w dokumentach zamówienia warunki, natomiast z przedłożonego dokumentu takich informacji uzyskać nie można. Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, że w dołączonym dokumencie podmiot trzeci oświadcza, że będzie realizował usługi, których dotyczą udostępniane zasoby odnoszące się do warunków udziału w postępowaniu, na których polega wykonawca w zakresie utrzymania i konserwacji co najmniej 20 sygnalizacji świetlnych na drogach publicznych. Zamawiający dodał, że 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 i ocenił, że ujęta w zobowiązaniu deklaracja o utrzymaniu i konserwacji co najmniej 20 sygnalizacji świetlnych nie jest prawidłowa w świetle tego przepisu. W związku z tym, że wykonawca SMART TRAFFIC polega na doświadczeniu podmiotu udostępniającego zasoby, a podmiot ten musi realizować usługi, których wskazane zdolności dotyczą, Zamawiający wezwał również do wyjaśnienia w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP, jaki zakres usług wykonawca SMART TRAFFIC będzie realizować w przedmiotowym postępowaniu, przypominając jednocześnie, że niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywania jakiegokolwiek zmiany jej treści poza poprawą omyłek pisarskich i rachunkowych.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca SMART TRAFFIC w dniu 26 marca 2024 r. przesłał oczekiwany

dokument i zarazem wyjaśnił, że podwykonawcy zostanie powierzone wykonanie części przedmiotu zamówienia w zakresie odpowiadającym realizacji usługi dla łącznie 20 sygnalizacji świetlnych wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. W pozostałym zakresie wykonawca zamierza zrealizować usługę samodzielnie, wobec czego cały pozostały zakres usług, w tym obsługa administracyjna wszystkich części zamówienia, koordynacja prac oraz nadzór nad realizacją usługi przez podwykonawcę, zrealizowana będzie przez samego wykonawcę.

W doprecyzowanym zobowiązaniu datowanym na dzień 26 marca 2024 r. podwykonawca CROSS Zlin A.S. oświadczył, że udostępnia wykonawcy SMART TRAFFIC swoje doświadczenie nabyte podczas realizacji zadania o nazwie „Zaprojektowanie, zbudowanie a następnie zapewnienie utrzymania i konserwacji sygnalizacji świetlnych na 38 skrzyżowaniach na drogach publicznych” zrealizowanego na rzecz miasta Hradec Kralove. Jednocześnie firma CROSS Zlin A.S. oświadczyła, że wykona pełen zakres prac wynikający z OPZ (osobno określonego dla każdej z części zamówienia), którego przedmiotem jest wykonanie usług związanych z bieżącą obsługą, konserwacją, przeglądami okresowymi, naprawami sygnalizacji świetlnych w ciągu dróg wojewódzkich na terenie działania Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu (dotyczy wszystkich części przedmiotu zamówienia) dla 20 spośród wszystkich wskazanych w OPZ sygnalizacji świetlnych. Firma CROSS Zlin A.S. wyraźnie oświadczyła, że będzie realizować jako podwykonawca usługę obsługi, konserwacji i naprawy sygnalizacji świetlnych w ciągu dróg wojewódzkich na terenie Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu dla łącznie 20 sygnalizacji świetlnych wchodzących w skład przedmiotu zamówienia z wszystkich części zamówienia. Świadczona przez tą firmę usługa obsługi, konserwacji i naprawy sygnalizacji świetlnych w ciągu dróg wojewódzkich na terenie Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu obejmować będzie zrealizowanie wszystkich prac opisanych w OPZ, które będą konieczne do prawidłowego wykonania usługi dla 20 skrzyżowań. W dalszej części oświadczenia podwykonawca wymienił szczegółowo zakres prac, w których będzie uczestniczył.

Następnie w dniu 29 kwietnia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o dokonaniu wyboru ofert najkorzystniejszych dla części I-V i VII-IX zamówienia oraz unieważnieniu postępowania w zakresie części VI zamówienia. Jednocześnie Zamawiający poinformował w tym samym piśmie, że odrzuca ofertę Odwołującego w każdej z dziewięciu części postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy PZP ze względu na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego. Zamawiający uzasadnił, że w dniu 21 marca 2024 r. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP wezwał wykonawcę SMART TRAFFIC do złożenia poprawionego zobowiązania podmiotu oddającego do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby na potrzeby realizacji zamówienia, ponieważ w dołączonym do oferty zobowiązaniu podmiot CROSS Zlin A.S. nie wskazał zakresu udostępnianych zasobów w sposób umożliwiający ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co też nie wynikało z treści złożonego zobowiązania. W dokumencie tym odwołano się tylko do warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale 7 ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ, bez wskazania zadań potwierdzających spełnienie tego warunku. Ponadto w zobowiązaniu podmiot trzeci oświadczył, iż będzie realizował usługi, których dotyczą udostępniane zasoby odnoszące się do warunków udziału w postępowaniu, na których polega wykonawca w zakresie utrzymania i konserwacji co najmniej 20 sygnalizacji świetlnych na drogach publicznych. W ocenie Zamawiającego deklaracja ta również nie była prawidłowa, albowiem podmiot trzeci powinien wykonać usługi dotyczące całego zakresu przedmiotu zamówienia. Zamawiający wezwał także wykonawcę SMART TRAFFIC do wyjaśnienia na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP, jak zakres usług będzie realizował w przedmiotowym postępowaniu. W odpowiedzi na to wezwanie w dniu 26 marca 2024 r. wykonawca SMART TRAFFIC złożył zobowiązanie podmiotu CROSS Zlin A.S. do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia oraz wyjaśnienia dotyczące realizowanych usług w przedmiotowym postępowaniu. Ze złożonego oświadczenia wynika, że podmiot trzeci pomimo wezwania do poprawienia oświadczenia, potwierdził, że będzie realizował jako podwykonawca usługę obsługi konserwacji i naprawy sygnalizacji świetlnych w ciągu dróg wojewódzkich na terenie Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu dla łącznie 20 sygnalizacji świetlnych wchodzących w skład przedmiotu zamówienia ze wszystkich części zamówienia. Zamawiający wskazał, że zgodnie z przepisami ustawy PZP wykonawca nie mając własnej zdolności do wykonania zamówienia może polegać na zdolnościach innego podmiotu. Jednakże ustawodawca ustanowił zasadę, by korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego nie było iluzoryczne, co oznacza konieczność wykonania w całym zakresie zamówienia, do realizacji których te zdolności są wymagane. W tym przypadku wykonawca dokonał nieprawidłowej interpretacji przepisów prawa wychodząc z założenia, że podmiot udostępniający zasoby może w niewielkim zakresie wykonać zamówienie, zaś w pozostałym zakresie zostanie to wykonane przez niedoświadczony podmiot, czyli wykonawcę. Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że podmiot, który używa swoich zasobów w zakresie doświadczenia, musi następnie rzeczywiście realizować te usługi, do realizacji których te zasoby są wymagane. Zamawiający po to opisuje warunki udziału w postępowaniu, aby sprawdzić zdolność wykonawców do należytej realizacji zamówienia. W przeciwnym razie, gdy podmiot trzeci udostępnia zasoby, lecz nie wykonuje usług lub wykonuje w niewielkiej części,

opisywanie tych warunków i wykazywanie ich spełniania miałyby charakter pozorny i nie służyłoby należytej realizacji zamówienia. Dlatego tak ważne jest by podmioty udostępniające swoje zasoby rzeczywiście wykonywały zamówienie, w zakresie którym niezbędne jest posiadanie odpowiedniego doświadczenia. Wskazanie, że podmiot trzeci musi wykonać usługi do realizacji, których te zdolności są wymagane, oznacza wykonanie całości usługi a nie tylko jakiejś części. Nieprawidłowo złożone zobowiązanie podlega jednokrotnemu poprawieniu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, z czego Zamawiający skorzystał w piśmie z dnia 21 marca 2024 r. Artykuł 128 ust. 1 ustawy PZP jest swoistym następcą art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. W związku z tym za nadal aktualne należy uznać orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące art. 26 ust. 3 starej ustawy PZP. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 stycznia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3373/20 „Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów okręgowych instytucja uregulowana w art. 26 ust. 3 starej ustawy PZP winna być przez zamawiających stosowana z zachowaniem zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, tj. jednokrotnego uprawnienia (jak i obowiązku) zamawiającego wystosowania do wykonawcy tego rodzaju wezwania oraz jednokrotnego uprawnienia wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o którym mowa w tym przepisie”. Wobec tego Zamawiający nie mógł ponownie wezwać wykonawcy do poprawy otrzymanego w dniu 26 marca 2024 r. zobowiązania.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Po przeprowadzeniu rozprawy i zapoznaniu się z pisemnym i ustnym stanowiskiem Odwołującego Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała merytorycznie złożone odwołanie i uznała, że jest ono zasadne.

We wniesionym środku ochrony prawnej wykonawca SMART TRAFFIC zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

– art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP określający podstawowe zasady prawa zamówień publicznych i stanowiący, 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. 112 ustawy PZP, zgodnie z którym Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności,

– art. 118 ustawy PZP, w myśl którego:

ust. 1: Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych,

ust. 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,

ust. 3: Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów,

ust. 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,

– art. 119 ustawy PZP, który stanowi, że Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy,

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,
- art. 239 ust. 1 ustawy PZP, który stanowi, że Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia,
- art. 462 ust. 1 ustawy PZP, który stanowi, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

W ocenie Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie podstawowego zarzutu odwołania. Zarzut ewentualny odwołania nie podlegał zatem w ogóle rozpoznaniu. Izba stwierdziła więc, że zarzut sformułowany w odwołaniu jako zarzut podstawowy, który dotyczył naruszenia art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy PZP w zw. z art. 119 ustawy PZP w zw. z art. 118 ustawy PZP w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 112 ustawy PZP w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy PZP w zw. z 16 pkt 1-3 ustawy PZP, był uzasadniony.

Czynności Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty wykonawcy SMART TRAFFIC we wszystkich częściach zamówienia z powodu niespełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VII ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ, a także unieważnienia postępowania w odniesieniu do części nr VI zamówienia, były nieprawidłowe. Zamawiający w przedmiotowym warunku udziału w postępowaniu przewidział, że w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą starać się wykonawcy, którzy wykazą się wiedzą i doświadczeniem polegającymi na wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zadania polegającego na utrzymaniu i konserwacji co najmniej 20 sygnalizacji świetlnych na drogach publicznych. Odwołujący załączył do swojej oferty zobowiązanie czeskiej firmy CROSS Zlin A.S., która legitymowała się doświadczeniem w zaprojektowaniu, budowie oraz utrzymaniu i konserwacji sygnalizacji świetlnych na 38 skrzyżowaniach na drogach publicznych na obszarze Hradca Králové. Było to zatem doświadczenie wykraczające poza minimalny poziom wymagany przez Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu w postawionym warunku udziału w postępowaniu. Należy przy tym podnieść, że z dokumentacji postępowania wynika, że firma CROSS Zlin A.S. zobowiązała się do realnego uczestnictwa w wykonaniu usługi jako podwykonawca przez cały czas trwania umowy, precyzując że odnosi się to do utrzymania i konserwacji co najmniej 20 sygnalizacji świetlnych na drogach publicznych. Za nieuprawnione należy więc uznać uzasadnienie Zamawiającego, że zobowiązanie podmiotu trzeciego i jego udział w realizacji zamówienia dotyczy niewielkiej części zamówienia, że ma ono charakter iluzoryczny lub nawet pozorny i że w związku z tym zagrożone jest należyte wykonanie zamówienia. Skoro to sam Zamawiający w dokumentacji zamówienia w zakresie wymaganego doświadczenia ustalił w sposób niewygórowany minimalny poziom zdolności wykonawcy odnosząc go do „*utrzymania i konserwacji co najmniej 20 sygnalizacji świetlnych na drogach publicznych*”, to nie ma on teraz podstaw do twierdzenia, że podmiot udostępniający swój zasób w postaci doświadczenia, który zobowiązał się do wzięcia udziału w realizacji zamówienia właśnie w zakresie utrzymania i konserwacji co najmniej 20 sygnalizacji świetlnych na drogach wojewódzkich w obrębie działania Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, będzie realizował niewielką lub marginalną część zamówienia, zaś jego zobowiązanie miałoby cechować się pozornością. Zaprezentowaną w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego argumentację Zamawiającego należy uznać za całkowicie niewłaściwą i sprzeczną z literalnym rozumieniem warunku udziału w postępowaniu, który Zamawiający sam określił tworząc postanowienie ujęte w rozdziale VII ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ. Za adekwatne do stanu faktycznego niniejszej sprawy trzeba też uznać przywoływany przez Odwołującego pogląd z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lutego 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 212/21, w którym Izba wyraziła zapatrywanie, że twierdzenie, jakoby udział podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia musiał dotyczyć w istocie jego całości nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy PZP. Dyspozycja wynikająca z przepisu art. 22a ust. 4 ustawy PZP z 2004 r. (będącego odpowiednikiem art. 118 ust. 2 aktualnie obowiązującej ustawy PZP) wymaga bezpośredniego uczestnictwa w realizacji zamówienia przez podmiot, na którego zdolnościach polega dany wykonawca, ale nie przesądza o tym, że ma to być realizacja w całości.

Mając powyższe na uwadze Izba uwzględniła podstawowy zarzut odwołania i z uwagi na to nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach wszystkich części zamówienia (oprócz części nr VI zamówienia), unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w ramach części nr VI zamówienia, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego we wszystkich częściach zamówienia i w związku z tym powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu we wszystkich jego częściach.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie regulacji art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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). Z uwagi na uwzględnienie odwołania w całości Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrot uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego w wysokości 18 938 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy), który obejmował uiszczony wpis od odwołania w wysokości 15 000 zł 00 gr, wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr i koszty dojazdu pełnomocnika na rozprawę transportem zbiorowym, w obie strony, w łącznej wysokości 338 zł 00 gr.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....