Sygn. akt: KIO 4699/24

WYROK

Warszawa, dnia 15 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Wojciechowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 10 stycznia 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2024 r. przez **wykonawcę AARSLEFF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Gminę Ryki**

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy AARSLEFF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

2.Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Ryki i

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę AARSLEFF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

2.2.zasądza od zamawiającego Gminy Ryki na rzecz wykonawcy AARSLEFF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 23 600 zł 00 gr (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz 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 4699/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Ryki - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), pn. *„Uzbrojenie terenów przemysłowych w mieście Ryki", numer referencyjny: WIR.271.10.2024.*Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 lipca 2024 r. za numerem: OJ 132/2024 409382-2024.

W dniu 11 grudnia 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca AARSLEFF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A. oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 118 ust. 4 pkt. 3 stawy pzp przez uznanie, że z treści zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby Odwołującemu nie wynika zakres robót budowlanych jakie podmiot udostępniający zasoby zrealizuje na etapie wykonywania umowy,

2) art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. b) i c) ustawy pzp przez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego pomimo braku podstaw do zastosowania tego przepisu,

3) art. 239 ust. 1 ustawy pzp, przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A., mimo że nie jest to oferta najkorzystniejsza,

4) art. 16 pkt 1 ustawy pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i dokonania wyboru z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał w pierwszej kolejności, że w sprawie niniejszej zastosowania znaleźć nie może art. 226 ust.1 pkt. 2 b) i c) ustawy pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę,

jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. W świetle przepisów ustawy pzp zamawiający, wzywając wykonawcę do dokonania określonych w tych przepisach czynności, wyznacza termin na ich dokonanie. Po bezskutecznym upływie terminu oferta takiego wykonawcy podlega odrzuceniu. W sprawie niniejszej Odwołujący przedłożył jednak kompletne zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby więc nie można przyjąć, iż nie wykonał wezwania Zamawiającego, a przez to, że przepis wskazany znajdzie zastosowanie w niniejszej sprawie. Dalej, w odniesieniu do zarzutu Zamawiającego, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu Odwołujący wskazał, że twierdzenie takie jest błędne. Zgodnie z postanowieniami SWZ wykonawcy w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu mogli polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej i ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Odwołujący, w zakresie wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej wskazanego w pkt. 6.1.4. pkt. 1) SWZ, powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, tj. Przedsiębiorstwa Drogowego BUDDRÓG sp. z o.o. W ramach przedmiotowego postępowania Odwołujący wraz z ofertą przedłożył oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, tj. Przedsiębiorstwa Drogowego BUD-DRÓG sp. z o.o. z dnia 6 września 2024 roku. Następnie, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 października 2024 roku w przedmiocie uzupełnienia treści przedmiotowego oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby Wykonawca przedłożył Zamawiającemu oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, tj. Przedsiębiorstwa Drogowego BUD-DRÓG sp. z o.o. z dnia 10 października 2024 roku stanowiące uzupełnienie oświadczenia tego podmiotu z dnia 6 września 2024 roku. Odwołujący podniósł, że w przypadku stwierdzenia, że dokumenty potwierdzające spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu są niepełne (nie zawierają wszystkich potrzebnych informacji) zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia tych dokumentów. Oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby stanowi oświadczenie woli. Skutkiem tego zastosowanie znajdą tu przepisy art. 60-61 k.c. W szczególności art. 61 ust. 1 k.c., który stanowi, że oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej. Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazał, że w dniu 6 września 2024 roku Przedsiębiorstwo Drogowe BUD-DRÓG sp. z o.o. złożyło Odwołującemu oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, w którym zobowiązało się do udostępnienia Odwołującemu swoich zasobów, tj. zdolności technicznej na zasadach określonych w treści tego oświadczenia. Co istotne, oświadczenie to nie zostało nigdy odwołane. Następnie, w dniu 10 października 2024 roku Przedsiębiorstwo Drogowe BUD-DRÓG sp. z o.o. złożyło oświadczenie uzupełniające do złożonego uprzednio oświadczenia z dnia 6 września 2024 roku. Treść późniejszego dokumentu w żadnej mierze nie jest sprzeczna z treścią dokumentu z dnia 6 września 2024 roku, a jedynie zawiera dodatkowe informacje, niezawarte wcześniej. Powyższe potwierdza także słownikowa definicja pojęcia „uzupełnić", tj. 1. «uczynić kompletnym, dodając to, czego brakuje» 2. «dopełnić się wzajemnie» (tak słownik języka polskiego). Oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, tj. Przedsiębiorstwa Drogowego BUD-DRÓG sp. z o.o. z dnia 6 września 2024 roku oraz oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, tj. Przedsiębiorstwa Drogowego BUD-DRÓG sp. z o.o. z dnia 10 października 2024 roku należy interpretować, wykładać i rozumieć łącznie. Oba bowiem dokumenty stanowią kompletne i pełne oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby spełniające wymagania stawiane przez przepisy prawa, jak również warunki przedmiotowego postępowania. Treść bowiem tych dokumentów wzajemnie się uzupełnia, a podmiot udostępniający zasoby Przedsiębiorstwo Drogowe BUD-DRÓG sp. z o.o. w całości podtrzymuje złożone oświadczenie. Na dowód tego Odwołujący przedłożył Zamawiającemu stanowisko podmiotu udostępniającego zasoby z dnia 30 października 2024 roku Przedsiębiorstwa Drogowego BUD-DRÓG sp. z o.o. potwierdzające tę okoliczność. Co istotne, Zamawiający przyjął powyższe stanowisko Odwołującego za słuszne. Świadczy o tym treść informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 6 grudnia 2024 roku, w której Zamawiający powołuje się i dokonuje oceny uzupełnionego oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby. Zamawiający dokonując oceny tego oświadczenia dochodzi jednak do błędnego wniosku, iż w treści tego oświadczenia brak jest informacji o zakresie robót budowlanych jakie zrealizuje podmiot udostępniający zasoby na etapie wykonywania umowy. Zamawiający dokonał bowiem wybiórczej oceny przedłożonego oświadczenia wskazując, że w ocenie Zamawiającego użycie sformułowań „realizacja części zadania", „realizacja robót" oraz „realizacja robót budowlanych, których wskazane zdolności dotyczą" jest niezwykle ogólnikowe, częściowo stanowi jedynie przepisanie sformułowań użytych w ustawie. Zamawiający zdaje się nie dostrzegać, iż w treści tego oświadczenia wyraźnie wskazano: realizacja części zadania w zakresie budowy lub przebudowy dróg w okresie realizacji umowy, będę realizował roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą, zakres mojego udziału przy realizacji zamówienia będzie polegał na: realizacja robót budowlanych, których wskazane zdolności dotyczą. Z treści powyższego oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby wyraźnie wynika, że na podstawie umowy o podwykonawstwo

realizował on będzie, przez cały okres realizacji zamówienia, roboty budowlane w zakresie budowy lub przebudowy dróg. Nadto, podmiot ten oświadczył, że będzie realizował roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą. Wobec tego oświadczenie woli podmiotu udostępniającego zasoby nie może być interpretowane w oderwaniu od całej treści zobowiązania. W treści tego zobowiązania wskazano natomiast, że podmiot trzeci udostępni wykonawcy wyżej wymienione zasoby, w następującym zakresie: zdolności technicznej w zakresie wykonania dwóch robót budowlanych, z których każda miała wartość minimum 1.000.000,00 zł brutto i polegała na budowie lub przebudowie drogi lub dróg o nawierzchni bitumicznej lub betonowej lub mineralno-betonowej o łącznej długości minimum 0,5 km. Podmiot udostępniający zasoby zobowiązuje się do wykonania robót budowlanych w zakresie wykonania dwóch robót budowlanych, z których każda miała wartość minimum 1.000.000,00 zł brutto i polegała na budowie lub przebudowie drogi lub dróg o nawierzchni bitumicznej lub betonowej lub mineralno-betonowej o łącznej długości minimum 0,5 km. Potwierdza to także treść zobowiązania podmiotu trzeciego, w którym wskazano, że podmiot ten realizować będzie część zadania w zakresie budowy lub przebudowy dróg w okresie realizacji umowy. Ten fragment oświadczenia woli podmiotu udostępniającego zasoby jest spójny z fragmentem tego oświadczenia wskazanym powyżej. Zobowiązanie podmiotu trzeciego, przedkładane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ma charakter oświadczenia woli, do którego odnosi się art. 65 k. c., który nakazuje jego wykładnię w sposób, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Oświadczenie woli powinno być, więc interpretowane przede wszystkim ze względu na cel, któremu ma służyć, a nie wg jego literalnego brzmienia. Pod uwagę powinno zostać wzięte całe oświadczenie, ale również okoliczności, w jakich oświadczenie zostało złożone. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby zostało natomiast złożone na potrzeby wykazania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a przez to w celu pozyskania takiego zamówienia. Podmiot udostępniający zasoby złożył, więc przedmiotowe oświadczenie po to, aby wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Wolą, więc tego podmiotu jest, aby złożone oświadczenie było spójne z treścią warunku udziału w postępowaniu oraz postanowień ustawy i SWZ z tym związanych. Taka, więc wykładnia oświadczenia woli podmiotu udostępniającego zasoby prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż wolą podmiotu udostępniającego zasoby jest oddanie do dyspozycji Odwołującego zasobów niezbędnych do realizacji zadania i zobowiązanie to ma charakter realny. Podmiot trzeci wyraźnie bowiem wskazuje w jakim zakresie realizować będzie zadanie, tj. w zakresie robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie dróg odpowiednio do udostępnianych zasobów. Powyższe twierdzenia zgodne są z aktualnym stanowiskiem KIO w tej materii wyrażonym w wyroku KIO 718/23 z dnia 29 marca 2023 r. Podobne stanowisko wywieść można z treści wyroku KIO 922/23 z dnia 18 kwietnia 2023 r. Wobec powyższego zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby zawiera wszelkie elementy określone w art. 118 ust. 4 ustawy Pzp, tj.: a) na realność wykonania zamówienia wskazuje ten fragment zobowiązania, który określa, że udostępnienie dotyczy uczestniczenia w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie robót budowlanych, do realizacji których wymagane są udostępnione zasoby b) forma udostępnienia zasobów to umowa o podwykonawstwo c) okres udostępnienia zasobów: cały okres realizacji zamówienia d) zakres wskazany został poprzez oświadczenie: udostępnię wykonawcy wyżej wymienione zasoby, w następującym zakresie: zdolności technicznej w zakresie wykonania dwóch robót budowlanych, z których każda miała wartość minimum 1.000.000,00 zł brutto i polegała na budowie lub przebudowie drogi lub dróg o nawierzchni bitumicznej lub betonowej lub mineralno-betonowej o łącznej długości minimum 0,5 km, a zakres ten zbieżny jest z z zakresem określonym w warunkach udziału w postępowaniu w pkt 6.1.4. ust. 1) SWZ.

Odwołujący podkreślił, że wyłącznie jedna z części przedmiotu zamówienia dotyczy robot budowlanych polegających na budowie i przebudowie dróg. Jak bowiem wyraźnie wynika z treści SWZ tylko Zadanie 1 – Budowa i przebudowa dróg: ul. Fabryczna, Budowlana, Graniczna i Kochanowskiego dotyczy tego rodzaju robót. Pozostałe 2 Zadania dotyczą budowy oświetlenia drogowego i budowy kanalizacji sanitarnej. Skoro, więc z treści zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby wynika, że będzie realizować roboty budowlane w zakresie budowy lub przebudowy dróg w odniesieniu do udostępnionych zasobów to bezspornym jest, iż dotyczy to wyłącznie realizacji Zadania 1– Budowa i przebudowa dróg: ul. Fabryczna, Budowlana, Graniczna i Kochanowskiego. Stosownie do 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 wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W sprawie niniejszej w sposób niebudzący wątpliwości Odwołujący wykazał, że roboty budowlane, do realizacji których wymagane są określone zdolności zostaną zrealizowane przez podmiot zdolności te udostępniający. Wobec tego Odwołujący może powoływać się w toku niniejszego postępowania na zdolności udostępnione przez podmiot trzeci, a przez to spełnia warunki udziału w postępowaniu. Poprzez odrzucenie oferty Odwołującego doszło do naruszenia art. 16 ust. 1 ustawy pzp w zakresie naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, skoro pomimo spełniania warunków udziału w postępowaniu oferta Odwołującego została odrzucona. Tym samym doszło też do naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Ppp, przez wybór oferty

Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A., mimo że nie jest to oferta najkorzystniejsza. Najkorzystniejszą pozostaje bowiem oferta Odwołującego, która nie powinna podlegać odrzuceniu.

W dniu 30 grudnia 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba ustaliła, że w terminie wynikającym z art. 525 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami oraz odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z treścią SWZ Przedmiot zamówienia składa się z trzech zadań:

Zadanie 1 – Budowa i przebudowa dróg: ul. Fabryczna, Budowlana, Graniczna i Kochanowskiego

Zadanie 2 – Budowa oświetlenia drogowego: ul. Fabryczna i ul. Budowlana

Zadanie 3 – Wykonanie dokumentacji projektowej, a następnie budowa sieci kanalizacji sanitarnej oraz remont istniejącego kolektora kanalizacyjnego (zadanie w formule „zaprojektuj i wybuduj")

Zamawiający przewidział następujący warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (Rozdział 6.1.4. SWZ): *„Wykonawca winien wykazać, że wykonał należycie nie wcześniej niż 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, z których każda miała wartość minimum 1 000 000,00 zł brutto i polegała na budowie lub przebudowie drogi lub dróg o nawierzchni bitumicznej lub betonowej lub mineralno-bitumicznej o łącznej długości minimum 0,5 km."*

Zobowiązanie podmiotu do udostepnienia zasobów z dnia 6 września 2024 r. złożone przez Odwołującego wraz z ofertą: *„Oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby Ja niżej podpisany, R.K. reprezentujący firmę Przedsiębiorstwo Drogowe BUD-DRÓG Sp. z o.o. zobowiązuję się do oddania swoich zasobów tj. zdolności technicznej do dyspozycji wykonawcy AARSLEFF Sp. z o.o., Aleja Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: „Uzbrojenie terenów przemysłowych w mieście Ryki" prowadzonego przez Gminę Ryki oświadczam, że:*

• udostępniam wykonawcy wyżej wymienione zasoby, w następującym zakresie: zdolności technicznej w zakresie wykonania dwóch robót budowlanych, z których każda miała wartość minimum 1.000.000,00 zł brutto i polegała na budowie lub przebudowie drogi lub dróg o nawierzchni bitumicznej lub betonowej lub mineralno-betonowej o łącznej długości minimum 0,5 km,

• sposób i okres udostępnienia oraz wykorzystania udostępnionych wykonawcy zasobów będzie następujący: realizacja części zadania w zakresie budowy lub przebudowy dróg w okresie realizacji umowy,

• jako podmiot udostępniający zdolności w postaci wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia będę realizował roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą,

• zakres mojego udziału przy realizacji zamówienia będzie polegał na: realizacja robót budowlanych, których wskazane zdolności dotyczą."

W dniu 7 października 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy do złożenia lub poprawienia oświadczeń, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy i innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu w zakresie wskazanym w uzasadnieniu: *„(…) Wada dokumentu: (…) Podmiot udostępniający zasoby nie wskazał w zobowiązaniu formy prawnej jaka będzie łączyła podmiot udostępniający zasoby z wykonawcą która zapewni realne wykonanie robót oraz okresu udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby. Zamawiający wzywa do dokładnego wykazania przez podmiot trzeci formy prawnej jaka będzie łączyła podmiot udostępniający zasoby z wykonawcą która zapewni realne wykonanie robót oraz okresu udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby. (…) Zamawiający jednocześnie informuje, że obowiązkiem Wykonawcy będzie zgłoszenie podmiotów udostępniających zasoby jako podwykonawców na etapie realizacji umowy w zakresie ujętym w zobowiązaniu - w celu zagwarantowania realności transferu doświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby. Realizacja przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę bez udziału podmiotu udostępniającego zasoby w sposób wskazujący na obejście przepisów o warunkach udziału w postępowaniu będzie traktowana jako rażące naruszenie obowiązków umownych Wykonawcy. Zamawiający wzywa Wykonawcę do poprawienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby o wskazanie zgodnie z treścią art. 118 ust. 2 ustawy Pzp: - formy prawnej jaka będzie łączyła podmiot udostępniający zasoby z wykonawcą która zapewni realne wykonanie robót (np. podwykonawstwo lub umowa o wspólne wykonywanie wszystkich robót budowlanych), - okresu udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby (np. cały okres realizacji zamówienia) (…).”*

Odwołujący złożył w odpowiedzi zobowiązanie z dnia 10 października 2024 r., w którym podmiot udostępniający oświadczył m.in.: *„(…) oświadczam, że: • udostępniam wykonawcy wyżej wymienione zasoby, w następującym zakresie: - zdolności technicznej w zakresie wykonania dwóch robót budowlanych, z których każda miała wartość minimum 1.000.000,00 zł brutto i polegała na budowie lub przebudowie drogi lub dróg o nawierzchni bitumicznej lub betonowej lub mineralno-betonowej o łącznej długości minimum 0,5 km, • sposób wykorzystania udostępnionych Wykonawcy zasobów będzie następujący: - realizacja robót w ramach umowy o podwykonawstwo, • jako podmiot udostępniający zdolności w postaci wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia będę realizował roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą, • zakres mojego udziału przy realizacji zamówienia będzie polegał na: - realizacja robót budowlanych, których wskazane zdolności dotyczą, • okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący: - przez cały okres realizacji zamówienia.”*

W dniu 24 października 2024 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego na podstawie art. 128 ust.1 ustawy pzp wskazując m.in.: *„W zobowiązaniu nie wskazano jaki dokładnie zakres robót faktycznie wykona podmiot udostępniający zasoby podczas realizacji zadania. Zamawiający wskazuje, że wykorzystanie zasobów, o których mowa w art. 118 ustawy musi być jednoznaczne i nie może być domysłem lub domniemaniem Zamawiającego. Wykonawca ma zaś obowiązek udowodnienia, a nie tylko uprawdopodobnienia, że dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wykonawca winien dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tyko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie będzie miał miejsce, ale także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia (wyrok KIO, sygn. akt: KIO 2245/17). Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby powinno potwierdzać, 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. Zamawiający wzywa Wykonawcę do poprawienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, poprzez wskazanie zgodnie z treścią art. 118 usta 4 pkt 3 ustawy Pzp: dokładnego zakresu robót budowalnych jakie zrealizuje podmiot udostępniający zasoby, biorąc pod uwagę konieczność wykazania realnego transferu zasobu doświadczenia. Zamawiający jednocześnie informuje, że obowiązkiem Wykonawcy będzie zgłoszenie podmiotów udostępniających zasoby jako podwykonawców na etapie realizacji umowy w zakresie ujętym w zobowiązaniu - w celu zagwarantowania realności transferu doświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby. Realizacja przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę bez udziału podmiotu udostępniającego zasoby w sposób wskazujący na obejście przepisów o warunkach udziału w postępowaniu będzie traktowana jako rażące naruszenie*

obowiązków umownych Wykonawcy. Zamawiający podkreśla, że podmiot trzeci musi w zobowiązaniu jednoznacznie wskazać stopień i zakres zaangażowania w realizację robót budowlanych. Stopień i zakres zaangażowania muszą być adekwatne do postawionego przez Zamawiającego warunku wykazania się określonymi zdolnościami."

Odwołujący pismem z dnia 30 października 20204 r. wyjaśnił m.in.: *„(…) oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, tj. Przedsiębiorstwa Drogowego BUD-DRÓG Sp. z o.o. jest zupełne i zawiera wszelkie wymagane w ramach niniejszego postępowania, jak również przepisami prawa postanowienia, a wobec tego brak jest podstaw do uzupełnienia treści tego oświadczenia. (…) oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, tj. Przedsiębiorstwa Drogowego BUD-DRÓG Sp. z o.o. z dnia 06.09.2024 roku oraz oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, tj. Przedsiębiorstwa Drogowego BUD-DRÓG Sp. z o.o. z dnia 10.10.2024 roku należy interpretować, wykładać i rozumieć łącznie. Oba bowiem dokumenty stanowią kompletne i pełne oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby spełniające wymagania stawiane przez przepisy prawa, jak również warunki przedmiotowego postępowania. Treść bowiem tych dokumentów wzajemnie się uzupełnia, a podmiot udostępniający zasoby Przedsiębiorstwo Drogowe BUD-DRÓG Sp. z o.o. w całości podtrzymuje złożone oświadczenie. Na dowód czego, w załączeniu przedkładam stanowisko podmiotu udostępniającego zasoby Przedsiębiorstwa Drogowego BUD-DRÓG Sp. z o.o. potwierdzające tę okoliczność. (…) Tym samym brak jest podstaw do wykluczenia Wykonawcy Aarsleff sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania. Wykonawca ten bowiem przedłożył zupełne i wystarczające oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, a przez to wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu."*

Odwołujący dołączył do wyjaśnień oświadczenie podmiotu trzeciego o treści: *„Ja niżej podpisany, R.K. reprezentujący firmę Przedsiębiorstwo Drogowe BUD-DRÓG Sp. z o.o. niniejszym w całości potwierdzam i podtrzymuję oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby złożone przeze mnie w dniu 06.09.2024 roku oraz w dniu 10.10.2024 roku w przedmiocie zobowiązania do oddania swoich zasobów tj. zdolności technicznej do dyspozycji wykonawcy AARSLEFF Sp. z o.o., Aleja Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: „Uzbrojenie terenów przemysłowych w mieście Ryki" prowadzonego przez Gminę Ryki, tj. że:*

• udostępnię wykonawcy wyżej wymienione zasoby, w następującym zakresie:

zdolności technicznej w zakresie wykonania dwóch robót budowlanych, z których każda miała wartość minimum 1.000.000,00 zł brutto i polegała na budowie lub przebudowie drogi lub dróg o nawierzchni bitumicznej lub betonowej lub mineralno-betonowej o łącznej długości minimum 0,5 km,

• sposób i okres udostępnienia oraz wykorzystania udostępnionych wykonawcy zasobów będzie następujący:

realizacja części zadania w zakresie budowy lub przebudowy dróg w okresie realizacji umowy; realizacja robót w ramach umowy o podwykonawstwo,

• jako podmiot udostępniający zdolności w postaci wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia będę realizował roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą,

• zakres mojego udziału przy realizacji zamówienia będzie polegał na:

realizacja robót budowlanych, których wskazane zdolności dotyczą,

. okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący:

- przez cały okres realizacji zamówienia."

Pismem z dnia 6 grudnia 2024 r. Zamawiający poinformował o czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy pzp: *„Uzasadnienie: Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, lub nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego lub innych dokumentów lub oświadczeń. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu postawił następujący warunek udziału w postepowaniu określony w rozdziale 6.1.4.1 SWZ: (…) Wykonawca powyższy warunek mógł spełnić samodzielnie lub polegając na zasobach udostępnionych przez inne podmioty (zgodnie z rozdziałem 9.3 SWZ W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia Wykonawcy mogli polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane). Zgodnie z rozdziałem 9.4. SWZ 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. Wykonawca w złożonych wraz z ofertą*

dokumentach oświadczył, że w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w punkcie 6.1.4.1 SWZ będzie polegać na zdolnościach i sytuacji podmiotu udostępniającego zasoby: Przedsiębiorstwo Drogowe BUD-DRÓG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Leśna 9, Podbrzezie Dolne, 67-120 Kożuchów, NIP: 925-212 78-22. W dniu 07.10.2024 Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę do złożenia lub poprawienia oświadczeń, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy i innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu w zakresie wskazanym w uzasadnieniu – konkretnie dot. wskazanych wad zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, poprzez wskazanie zgodnie z treścią art. 118 ust. 2 ustawy Pzp: formy prawnej jaka będzie łączyła podmiot udostępniający zasoby z Wykonawcą, która zapewni realne wykonanie robót (np. podwykonawstwo lub umowa o wspólne wykonywanie wszystkich robót budowlanych) oraz okresu udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby (np. cały okres realizacji zamówienia). W wyznaczonym terminie Wykonawca złożył poprawiony dokument (oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby). Podmiot udostępniający zasoby składając zobowiązanie, o którym mowa w art. 118 ust. 3 ustawy Pzp nie wskazał w nim zakresu robót budowlanych jakie zrealizuje na etapie wykonywania umowy (naruszając tym samym wymóg ujęty w art. 118 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp), odwołując się do „realizacji części zadania". W dniu 24.10.2024 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do doprecyzowania zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, tym razem poprzez wskazanie zgodnie z treścią art. 118 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp: dokładnego zakresu robót budowalnych jakie zrealizuje podmiot udostępniający zasoby, biorąc pod uwagę konieczność wykazania realnego transferu zasobu doświadczenia. W odpowiedzi Wykonawca przedłożył zobowiązanie o następującej treści: Ja niżej podpisany, R.K. reprezentujący firmę Przedsiębiorstwo Drogowe BUD-DRÓG Sp. z o.o. niniejszym w całości potwierdzam i podtrzymuję oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby złożone przeze mnie w dniu 06.09.2024 roku oraz w dniu 10.10.2024 roku w przedmiocie zobowiązania do oddania swoich zasobów tj. zdolności technicznej do dyspozycji wykonawcy AARSLEFF Sp. z o.o., Aleja Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: „Uzbrojenie terenów przemysłowych w mieście Ryki" prowadzonego przez Gminę Ryki (…). W ocenie Zamawiającego Wykonawca użycie sformułowań „realizacja części zadania", „realizacja robót" oraz „realizacja robót budowlanych, których wskazane zdolności dotyczą" jest niezwykle ogólnikowe, częściowo stanowi jedynie przepisanie sformułowań użytych w ustawie. W efekcie wykonawca nie wykazał w sposób prawidłowy transferu zasobów od podmiotu udostępniającego zasoby - w poprawionym zobowiązaniu zabrakło szczegółowego zakresu robót jakie wykona podmiot udostępniający zasoby. Powyższe prowadzi do sytuacji, w której ich interpretacja jest dowolna i nie wyklucza sytuacji, w której podmiot udostępniający zasoby wykona jedynie niewielki zakres robót budowlanych, co byłoby sprzeczne z celem regulacji. Dodatkowo zapisy te (a w zasadzie ich ogólnikowość) pozbawia Zamawiającego prawa od skutecznego wymagania na etapie realizacji umowy realizacji kluczowych dla jakości prac przez podmiot doświadczony (co było celem postawionego warunku udziału w postępowaniu). Zgodnie bowiem z przepisami art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi do realizacji, których te zdolności są wymagane. Zamawiający podkreśla, że podmiot trzeci musi w zobowiązaniu jednoznacznie wskazać stopień i zakres zaangażowania w realizację robót budowlanych. Stopień i zakres zaangażowania muszą być adekwatne do postawionego przez Zamawiającego warunku wykazania się określonymi zdolnościami. W ocenie Zamawiającego, zobowiązanie przedstawione na wezwanie nie stanowią o realnym udostępnieniu zdolności podmiotów trzecich w wymaganym zakresie. Podmiot trzeci nie wskazał w zobowiązaniach dokładnego zakresu robót, które wykona w ramach udostępnienia zasobów. Zamawiający wskazuje, że, wykorzystanie zasobów, o których mowa w art. 118 ust. 2 ustawy jest wyjątkiem od zasady samodzielnego wykazania warunku udziału w postępowaniu i musi być jednoznaczne. Nie może być domysłem lub domniemaniem Zamawiającego. Wykonawca ma obowiązek udowodnienia, a nie tylko uprawdopodobnienia, że dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wykonawca winien dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tyko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie będzie miał miejsce, ale także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia (wyrok KIO, sygn. akt: KIO 2245/17). Zamawiający nie może skierować wobec Wykonawcy kolejnego wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp. Tym samym oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na postawie art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. b) i c) ustawy pzp."

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo ocenił zobowiązanie podmiotu trzeciego złożone w postępowaniu przez Odwołującego uznając brak realności udostępnienia zasobów, co skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz z uwagi na niezłożenie w przewidzianym terminie zobowiązania podmiotu udostepniającego zasoby. Odwołujący podnosił, że z treści oświadczenia woli podmiotu trzeciego wynika, że podmiot ten udostępnia zasoby w sposób realny i na podstawie umowy o podwykonawstwo realizował on będzie, przez cały okres realizacji zamówienia, roboty budowlane

w zakresie budowy lub przebudowy dróg. Odwołujący podkreślał, że tylko zadanie 1 przedmiotowego zamówienia przewiduje wykonanie robót budowlanych, o których mowa w warunku udziału w postępowaniu stąd zobowiązanie dotyczy tylko tych prac. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, a udostępnienie zasobów ma charakter realny o czym świadczy treść oświadczenia woli podmiotu trzeciego.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z art. 118 ust. 2-4 ustawy pzp: *„2. 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. 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. 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."

Ponadto art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę złożoną przez wykonawcę: *„b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń."*

Dalej podnieść należy, że Odwołujący na wezwanie Zamawiającego złożył uzupełnione zobowiązanie podmiotu trzeciego stąd brak było podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy pzp. Izba zauważa, że pisemne stanowisko podmiotu udostępniającego zasoby z dnia 30 października 2024 r. mając na względzie jego brzmienie stanowi właśnie zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia zasobów łączące treść zobowiązań złożonych dotychczas przez Odwołującego w postępowaniu. Nie sposób zatem uznać, że Odwołujący nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, a tym samym, że ziściła się przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy pzp, dlatego też zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Izba nie podzieliła przy tym stanowiska Odwołującego, że wezwanie skierowane do Odwołującego pismem z dnia 24 października 2024 r. było nieuprawnione. Izba za Zamawiającym wskazuje, że zasada jednokrotności obejmuje zakaz dwukrotnego wezwania wykonawcy w oparciu o te same okoliczności faktyczne. Mając na względzie, że w dniu 7 października 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego w zakresie formy prawnej jaka będzie łączyła podmiot udostępniający zasoby z wykonawcą która zapewni realne wykonanie robót oraz okresu udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby, a pismem z dnia 24 października 2024 r. do poprawienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, poprzez wskazanie dokładnego zakresu robót budowalnych jakie zrealizuje podmiot udostępniający zasoby to uznać należało, że zasada jednokrotności wezwania nie została naruszona, bowiem oba wezwania pomimo, że dotyczyły tego samego dokumentu to obejmowały inne okoliczności faktyczne.

Przechodząc natomiast do oceny czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu to Izba uznała, że Zamawiający nieprawidłowo stwierdził, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego Odwołującemu zasoby nie ma realnego charakteru. Zamawiający podnosił, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie nie wskazał dokładnego zakresu robót budowlanych, które wykona podmiot udostępniający zasoby, co prowadzi do dowolnej interpretacji złożonego przez podmiot trzeci oświadczenia. Odnosząc się do powyższego zaznaczenia wymaga, że przepisy ustawy pzp nie precyzują jak szczegółowo podmiot udostępniający zasoby jest zobowiązany podać w składanym oświadczeniu zakres robót, których gwarantuje wykonanie. Ustawa nakłada jedynie obowiązek zrealizowania przez podmiot trzeci robót budowlanych, których dotyczył postawiony w postępowaniu warunek udziału w postępowaniu. W niniejszym postępowaniu warunek ten dotyczył ogólnie określonego rodzaju robót budowlanych, a

mianowicie: budowy lub przebudowy drogi lub dróg o nawierzchni bitumicznej lub betonowej lub mineralno-bitumicznej. Niewątpliwie, celem warunków udziału w postępowaniu jest gwarancja dla zamawiającego, że zamówienie zrealizuje doświadczony podmiot. Zamawiający nie wskazał przy tym w warunku jakie szczegółowo prace mieszczące się w pojęciu „budowy lub przebudowy drogi o określonej nawierzchni" musiał wykonać wykonawca, aby wykazać się ww. doświadczeniem. Warunek został sformułowany w sposób ogólny. Izba zauważa również, że Zamawiający w pkt 6.4. SWZ określił, że:*„6.4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane."* Zamawiający nie wskazał jednak precyzyjnie, które prace objęte przedmiotem zamówienia determinują posiadanie doświadczenia, które Zamawiający weryfikował w postępowaniu. Niezasadnie zatem Zamawiający po terminie składania ofert wymagał, aby podmiot trzeci w składanym przez siebie oświadczeniu (zobowiązaniu) podał szczegółowy zakres robót jaki wykona w trakcie realizacji zamówienia odpowiadający rodzajowo robotom budowlanym opisanym w warunku udziału w postępowaniu, co wynika z treści wezwania Zamawiającego oraz decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zdaniem Izby, podmiot udostępniający zasoby, wbrew twierdzeniom Zamawiającego złożył zobowiązanie odpowiadające wymogom ustawowym, jak również określonym w SWZ.

Przechodząc więc do analizy złożonego przez podmiot trzeci oświadczenia woli zgodnie z celem jego złożenia, jakim było wykazanie się przez Odwołującego odpowiednim dla realizacji prac doświadczeniem wskazania wymaga, że udostępnienie zasobów miało nastąpić w zakresie *„zdolności technicznej w zakresie wykonania dwóch robót budowlanych, z których każda miała wartość minimum 1.000.000,00 zł brutto i polegała na budowie lub przebudowie drogi lub dróg o nawierzchni bitumicznej lub betonowej lub mineralno-betonowej o łącznej długości minimum 0,5 km".* Dalej podmiot trzeci oświadczył, że zasoby (czyli doświadczenie) zostanie wykorzystane przez: *„realizacja części zadania w zakresie budowy lub przebudowy dróg w okresie realizacji umowy; realizacja robót w ramach umowy o podwykonawstwo."* Z powyższego wynika, że podmiot trzeci rzeczywiście wykona roboty budowlane, które rodzajowo odpowiadają treści warunku, a który podobnie jak złożone oświadczenie nie precyzował szczegółowo konkretnych prac wchodzących w zakres robót. Dalej, podmiot potwierdził jeszcze raz, że zrealizuje te roboty budowlane: *„których wskazane zdolności dotyczą",* czyli rodzajowo ten zakres prac, który został opisany w warunku doświadczenia. Oświadczenie nie zawiera w tym zakresie wyłączenia, nie sposób zatem uznać za Zamawiającym, że istnieje ryzyko, że roboty budowlane rodzajowo odpowiadające określonym w warunku zostaną wykonane przez pomiot trzeci w ograniczonym zakresie. Zgodnie z oświadczeniem, zakres udziału podmiotu trzeciego przy: *„realizacji zamówienia będzie polegał na: realizacja robót budowlanych, których wskazane zdolności dotyczą."* Potwierdza to, że zobowiązanie obejmuje realne wykonanie przez cały okres realizacji zamówienia (o czym na końcu oświadczenia) wszystkich tych robót budowlanych, które odpowiadają rodzajowo robotom określonym w warunku udziału w postępowaniu. Jak słusznie podnosił Odwołujący, oświadczenie co do wykorzystania zasobów zostało określone jako: *„realizacja części zadania w zakresie budowy lub przebudowy dróg w okresie realizacji umowy."* we wstępnej części zobowiązania, ponieważ wyłącznie zadanie 1 przewiduje prace polegające na budowie i przebudowie dróg (czemu Zamawiający nie przeczył). Zadanie 1 obejmuje jednak również przykładowo „oświetlenie drogowe", które nie zostało wyszczególnione w warunku udziału w postępowaniu. Zadanie 2 dotyczy budowy oświetlenia drogowego, a zadanie 3 - wykonania dokumentacji projektowej, a następnie budowy sieci kanalizacji sanitarnej oraz remont istniejącego kolektora kanalizacyjnego (zadanie w formule „zaprojektuj i wybuduj"). Zdaniem Izby, złożone więc przez podmiot trzeci oświadczenie jest jednoznaczne, a brak wyodrębnienia szczegółowych prac budowlanych, które podmiot ten wykona nie pozbawia tego zobowiązania realności. Zaznaczenia wymaga, że sam Zamawiający nie wskazał w wezwaniu jaki stopień szczegółowości zakresu prac spotkałby się z akceptacją Zamawiającego. Jak już podniesiono, nie określił tego również w postanowieniach SWZ. Na pytanie Izby na rozprawie Zamawiający wskazał, że wystarczającym byłoby podanie, że podmiot trzeci wykona „wszystkie roboty budowlane związane z budową lub przebudową drogi". Izba zauważa przy tym, że Zamawiający nie jest precyzyjny w swoim stanowisku, ponieważ warunek nie stanowił o „robotach budowlanych związanych z budową lub przebudową drogi" ale o robotach, które „polegały na budowie lub przebudowie drogi" o określonej nawierzchni. Nie jest więc wiadome jakiego sprecyzowania zakresu robót budowlanych, według jakich kryteriów czy wytycznych oczekiwał Zamawiający. Co jednak kluczowe, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niespełniającą warunku udziału w postępowaniu z uwagi na brak realności udostępnionych zasobów, podczas gdy treść zobowiązania podmiotu trzeciego wskazuje wprost na wykonanie przez ten podmiot wszystkich robót budowlanych rodzajowo odpowiadających warunkowi bez żadnego wyłączenia i ograniczeń przez cały okres realizacji zamówienia na podstawie umowy o podwykonawstwo. Niewątpliwie, umowa o podwykonawstwo będzie obejmowała właśnie taki zakres prac i Izba nie widzi tutaj żadenego ryzyka po stronie Zamawiającego, ponieważ zobowiązanie gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów w zakresie wykonania wszystkich robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie dróg o określonej nawierzchni. Zobowiązanie spełnia wymogi ustawowe w konsekwencji czego uznać należało, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego

była nieprawidłowa. Dlatego też Izba uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz koszt wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytuły wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie faktury VAT złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Izba nie zasądziła na rzecz Odwołującego pozostałych kosztów wynikających z faktury VAT przedłożonej na rozprawie (części wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę). Podkreślić należy, że § 5 pkt 2 lit b ww. Rozporządzenia stanowi, że uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego to m.in.: „b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.” Łączna wartość faktury wystawionej przez pełnomocnika odwołującego, złożonej na rozprawie wynosi 5 387 zł 03 gr, stąd mając na względzie ww. przepis Rozporządzenia Izba ograniczyła wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika do kwoty 3 600 zł 00 gr uznając koszty w tej wysokości za uzasadnione koszty strony.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……