

WYROK

Warszawa, dnia 29 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę EMER Pomorze spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Golczewie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Kamień Pomorski,

orzeka:

1. Oddala zarzuty odwołania sformułowane wobec części I postępowania. Uwzględnia zarzuty odwołania odnoszące się do części II postępowania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego wykonawcy EMER Pomorze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Golczewie w części II postępowania oraz ponowne badanie i ocenę ofert w uwzględnieniu oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i Odwołującego, każdego z nich po połowie:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 5 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą zwrot połowy uiszczonego przez Odwołującego wpisu od odwołania.

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.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Gmina Kamień Pomorski, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn.: „Przebudowa dróg gminnych w miejscowości Miłachowo, Benice wraz z infrastrukturą techniczną realizowana w ramach Programu Rządowego Funduszu POLSKI ŁĄD: PROGRAM INWESTYCJI STRATEGICZNYCH”, nr postępowania: PIGK.271.2.2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 1 lutego 2024 r., nr 2024/BZP 00085466/01.

W postępowaniu tym EMER Pomorze spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Golczewie (dalej: „Odwołujący”) 9 kwietnia 2024 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego w części 1 i 2 zamówienia:

- 1) odrzucenia oferty Odwołującego złożonej w części 1 zamówienia (Przebudowa drogi gminnej w miejscowości Benice wraz z infrastrukturą techniczną) z powodu rzekomego nieprawidłowego (nierealnego i niepełnego) udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci oraz rzekomej niezgodności oferty z warunkami SWZ, podczas gdy podmiotowymi środkami dowodowymi Odwołujący wykazał konkretnie, że udział podmiotu trzeciego w realizacji pierwszej części zamówienia jest realny, zaś oferta Odwołującego dotycząca pierwszej części zamówienia

odpowiada warunkom SWZ;

- 2) wyboru w części 1 zamówienia jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Tauber Polska sp. z o.o. z siedzibą w Gryficach podczas gdy to Odwołujący zaoferował najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia w tej części;
- 3) odrzucenia oferty Odwołującego dotyczącej części 2 zamówienia (Przebudowa drogi gminnej w miejscowości Miłachowo wraz z infrastrukturą techniczną) z powodu tego, że Odwołujący nie zagwarantował Zamawiającemu uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji drugiej części zamówienia oraz, że oferta Odwołującego dotycząca części 2 zamówienia nie spełnia warunków SWZ podczas gdy Odwołujący gotowy był wykazać Zamawiającemu podmiotowymi środkami dowodowymi realnego udziału podmiotu trzeciego jako podwykonawcy w realizacji części 2 zamówienia, zaś oferta Odwołującego spełnia warunki SWZ;
- 4) zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych dotyczących części 2 zamówienia;
- 5) wyboru w części 2 zamówienia jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Usług Budowlanych i Instalacyjnych „Ekol” B.K. z siedzibą w Dziwnówku podczas gdy to oferta Odwołującego była korzystniejsza od oferty tego wykonawcy;
- 6) zaniechania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części pierwszej i części drugiej zamówienia.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru ofert dla części pierwszej i części drugiej postępowania,
- 2) powtórzenie czynności oceny ofert dla części pierwszej i części drugiej postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Odwołujący wskazał, że jako wykonawca zainteresowany wykonaniem obu zadań stanowiących przedmiot postępowania tj. zadania z I i II części, złożył oferty dotyczące obu części zamówienia. W konsekwencji Odwołujący podniósł, że ma status uczestnika postępowania w odniesieniu zarówno do części I jak i części II zamówienia. Odwołujący podniósł, że złożył najkorzystniejszą ofertę dotyczącą I części zamówienia oraz drugą w kolejności najkorzystniejszą ofertę dotyczącą II części zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że dla pierwszej części postępowania pn. Przebudowa drogi gminnej w miejscowości Benice wraz z infrastrukturą techniczną odrzucenie najkorzystniejszej oferty Odwołującego oraz wybór oferty innego wykonawcy, który zaproponował gorsze warunki realizacji tej części zamówienia powoduje, że Odwołujący utracił możliwość zawarcia umowy z Zamawiającym i wykonania robót budowlanych tej części zamówienia. Odwołujący podkreślił, że ma oczywisty interes prawny w unieważnieniu wyboru wykonawcy pierwszej części zamówienia i ponownej ocenie ofert z uwzględnieniem najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Dla drugiej części postępowania pn. Przebudowa drogi gminnej w miejscowości Benice wraz z infrastrukturą techniczną, Odwołujący wyjaśnił, że odrzucenie oferty Wykonawcy P.T. z siedzibą w Kamieniu Pomorskim sprawia, że kolejną ocenioną w trybie art.139 ust.3 ustawy Pzp jako najkorzystniejszą powinna być oferta Odwołującego. Odrzucając ofertę Odwołującego, jako drugą z kolei najkorzystniejszą ofertą na wykonanie drugiej części zamówienia i wybór trzeciej z kolei oferty, tj. oferty wykonawcy Tauber Polska Sp. z o.o. powoduje, że Odwołujący utracił możliwość zawarcia umowy z Zamawiającym i wykonania robót budowlanych tej części zamówienia. Odwołujący wskazał, że ma oczywisty interes prawny w unieważnieniu wyboru wykonawcy drugiej części zamówienia i ponownej ocenie ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, która jest korzystniejsza, niż oferta Tauber Polska Sp. z o.o.

Wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych Odwołujący utracił więc szanse na wygranie postępowania, zarówno w części I jak i w części II zamówienia.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący przedstawił stanowisko w zakresie zarzutów.

W złożonej pismem z 17 kwietnia 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości, przedstawiając uzasadnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając

przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron zaprezentowane w odwołaniu i odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie specyfikacji warunków zamówienia Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym z możliwymi negocjacjami na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp.

Postępowanie zostało podzielone na dwie części.

Warunki udziału w postępowaniu były następujące:

„3.2. Ponadto o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który spełnia poniżej określone warunki udziału w postępowaniu, dotyczące:

1) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;

Dotyczy części I i części II

Minimalny poziom zdolności:

- zamawiający uzna, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i/lub finansowej zapewniającej należyte wykonanie zamówienia, jeżeli wykonawca wykaże, że:

jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie niższą niż 500 000,00 zł

W przypadku składania ofert wspólnej ww. warunek musi spełniać co najmniej jeden z wykonawców w całości.

Dotyczy części I

2) zdolności technicznej lub zawodowej.

Minimalny poziom zdolności:

- zamawiający uzna, że wykonawca posiada wymagane zdolności techniczne i/lub zawodowe zapewniające należyte wykonanie zamówienia, jeżeli wykonawca wykaże, że:

a) wykonał z należytą starannością w okresie pięciu ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), co najmniej dwa zamówienia, odpowiadające robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia tj. budowa /przebudowa/ remont drogi publicznej wraz z oświetleniem ulicznym o wartości minimum 500 tys. zł brutto każda.

W przypadku składania oferty wspólnej ww. warunek musi spełniać co najmniej jeden z wykonawców w całości)

b) dysponuje lub będzie dysponować niżej wskazanymi osobami:

- kierownikiem budowy/robót legitymującym się uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub w specjalności drogowej upoważniającymi do kierowania robotami budowlanymi, posiadającym co najmniej 3 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy/ robót, na co najmniej dwóch inwestycjach których przedmiotem była robota polegająca na: budowie lub przebudowie drogi z wykonaniem oświetlenia i odwodnienia,

- kierownikiem robót elektrycznych – legitymującym się uprawnieniami do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci elektroenergetycznych lub odpowiadającymi im ważnymi uprawnieniami budowlanymi, posiadającym co najmniej 3 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy/ robót, na co najmniej dwóch inwestycjach których przedmiotem była robota polegająca na: budowie lub przebudowie sieci oświetlenia ulicznego,

10
Dotyczy części II

1) zdolności technicznej lub zawodowej.

Minimalny poziom zdolności:

- zamawiający uzna, że wykonawca posiada wymagane zdolności techniczne i/lub zawodowe zapewniające należyte wykonanie zamówienia, jeżeli wykonawca wykaże, że:

a) wykonał z należytą starannością w okresie pięciu ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), co najmniej dwa zamówienia, odpowiadające robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia tj. budowa /przebudowa/ remont drogi publicznej wraz z oświetleniem ulicznym o wartości minimum 500 tys. zł brutto każda.

W przypadku składania oferty wspólnej ww. warunek musi spełniać co najmniej jeden z wykonawców w całości)

b) dysponuje lub będzie dysponować niżej wskazanymi osobami:

- kierownikiem budowy/robót legitymującym się uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub w specjalności drogowej upoważniającymi do kierowania robotami budowlanymi, posiadającym co najmniej 3 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy/ robót, na co najmniej dwóch inwestycjach których przedmiotem była robota polegająca na: budowie lub przebudowie drogi z

wykonaniem oświetlenia i odwodnienia,

- kierownikiem robót elektrycznych – legitymującym się uprawnieniami do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci elektroenergetycznych lub odpowiadającymi im ważnymi uprawnieniami budowlanymi, posiadającym co najmniej 3 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy/ robót, na co najmniej dwóch inwestycjach których przedmiotem była robota polegająca na: budowie lub przebudowie sieci oświetlenia ulicznego, Wszystkie ww. wskazane osoby skierowane do nadzorowania przedmiotu umowy winny posiadać aktualną przynależność do Izby Inżynierów Budownictwa w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. (Dz.U.2019.831) w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie.”

Ponadto w treści SWZ Zamawiający wskazał:

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

Podmiotowe środki dowodowe wymagane od wykonawcy obejmują:

- a) Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdz. 3 pkt 3.2, tj.: dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze oraz potwierdzeniem opłacenia polisy,
- b) wykaz robót, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, przedmiotu, dat i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których zadania zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te zadania zostały wykonane lub są wykonywane należycie; przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego zadania były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- c) wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, wraz z dokumentami potwierdzającymi przynależność do Izby Inżynierów Budownictwa w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. (Dz.U.2019.831) w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie.

Wszystkie ww. wskazane osoby skierowane do kierowania robotami objętym przedmiotem umowy winny posiadać aktualną przynależność do Izby Inżynierów Budownictwa w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. (Dz.U.2019.831) w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Zamawiający dopuszcza wskazanie tej samej osoby posiadającej uprawnienia w więcej niż jednej ze wskazanych branż.

Podmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, o których mowa powyżej, składa się w formie elektronicznej, w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, w formie pisemnej lub w formie dokumentowej, w zakresie i w sposób określony w przepisach wydanych na podstawie art. 70 ustawy Pzp.”

W SWZ wskazano też, że:

„4.1 Wypełniony formularz oferty, według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ.

W przypadku składania oferty wspólnej należy złożyć jeden wspólny formularz.

4.2 Oświadczenia wykonawcy, zgodnie z pkt. 3.3 ppkt. 1) według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 i 3 do SWZ.

W przypadku składania oferty wspólnej ww. oświadczenie składa każdy z wykonawców składających ofertę wspólną.

4.3 zobowiązanie podmiotu trzeciego, zgodnie z pkt 3.4 SWZ, jeżeli wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamierza polegać na

4.4 dokumenty, z których wynika prawo do podpisania oferty; odpowiednie pełnomocnictwa;

4.5 oświadczenie zawarte w załączniku nr 1 do SWZ wskazujące część zamówienia, której wykonanie wykonawca powierzy podwykonawcom oraz firmy podwykonawców (jeżeli wykonawca przewiduje udział podwykonawców); zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów;

W przypadku składania oferty wspólnej należy złożyć jedno wspólne oświadczenie.

4.6 kosztorysy ofertowe (dla każdej części osobno) wskazujące sposób wyliczenia ceny ofertowej z podziałem na branże i zakres rzeczowy zamówienia z wyszczególnieniem zastosowanych w kosztorysie składników cenotwórczych (stawka r-g w zł; Kp - koszty pośrednie w % od R i S; Kz – koszty zakupu w % od M; Z- zysk w % od R, S, Kp).”

Pismem z 23 lutego 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w Rozdziale 3 pkt 3.2 SWZ, tj. dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie, wykazu robót i wykazu osób. Wezwanie dotyczyło części I. W odpowiedzi na powyższe, Odwołujący złożył dokumenty.

Pismem z 1 marca 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających przygotowanie zawodowe osób wskazanych w wykazie osób.

W odpowiedzi na powyższe, Odwołujący uzupełnił dokumenty.

Pismem z 15 marca 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego, odpowiadającego treści art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, z którego wynikać będzie że podmiot trzeci wykona roboty budowlane, do których realizacji są wymagane posiadane przez niego zdolności zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na powyższe, Odwołujący uzupełnił zobowiązanie podmiotu trzeciego.

4 kwietnia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku badania i oceny ofert, tj. o wyborze najkorzystniejszej oferty w części I i II zamówienia oraz o ofertach odrzuconych, podając analogiczne uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w obu częściach postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp. Zamawiający w treści uzasadnienia faktycznego wskazał m.in., że w ocenie Zamawiającego oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp ponieważ podmiot trzeci, na zasoby którego powołał się wykonawca w sposób nieprawidłowy, tj. niepełny i nierealny udostępnił swoje zasoby. Zamawiający w pierwszej kolejności wskazał, że uzupełnione na wezwanie zobowiązanie podmiotu trzeciego obejmuje nawet węższy zakres niż wynikający ze zobowiązania załączonego do oferty. Ponadto Zamawiający wskazał, że w zobowiązaniu uzupełnionym na wezwanie jest stwierdzenie o „przedwstępnym” jego charakterze, co w ocenie Zamawiającego nie potwierdza realnego charakteru zobowiązania. Dodatkowo Zamawiający podkreślił, że udział podmiotu trzeciego jest ograniczony do elementów składających się na warunek w zakresie wykonania oświetlenia i nie obejmuje tym samym kompleksowo wykonania oświetlenia ulicznego. Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego „(...) podlegała by odrzuceniu również w razie uznania, że podmiot trzeci w sposób prawidłowy udostępnił zasoby – czego Zamawiający w żadnym razie nie stwierdza, Zamawiający w treści SWZ wymagał wykazania się doświadczeniem w zrealizowaniu co najmniej dwóch określonych robót. Oznacza to, że Zamawiający oczekiwał wykazania się wykonawców krotkością, a więc powtarzalnością w wykonywaniu tych robót. (...)”.

Izba zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie odnoszącym się do czynności Zamawiającego w części I postępowania nie zasługiwało na uwzględnienie. Natomiast w zakresie, w jakim zarzuty odnoszą się do części II postępowania, odwołanie okazało się zasadne. W konsekwencji powyższego Izba w części I odwołanie oddaliła, a w części II odwołanie zostało uwzględnione, co znalazło odzwierciedlenie w sentencji wyroku.

W pierwszej kolejności Izba za istotne dla rozstrzygnięcia sprawy uznała ustalenie sposobu rozumienia spornego warunku udziału w postępowaniu. Spór między stronami w tym zakresie sprowadzał się do tego, że w ocenie Zamawiającego warunek był spełniony jeśli jeden wykonawca/podmiot wykazał się krotkością opisanego doświadczenia, co Zamawiający wywodzi z zastrzeżenia w opisie warunku o treści „W przypadku oferty wspólnej ww. warunek musi spełniać co najmniej jeden z wykonawców w całości”. Natomiast Odwołujący stoi na stanowisku, że powyższe zastrzeżenie odnosi się tylko do oferty wspólnej, a za taką nie można uznać oferty złożonej w warunkach powoływania się przez wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego. Zdaniem Odwołującego skoro brak analogicznego zastrzeżenia w treści rozdziału 3.4 SWZ poświęconemu możliwości powołania się na zasoby podmiotu trzeciego, to nie należy zastrzeżenia odnoszącego się do oferty wspólnej odnosić analogicznie do sytuacji powołania się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Rozpoznając ten zakres sporu, Izba nie ma wątpliwości co do słuszności stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego. Nie ma przy tym znaczenia, że Zamawiający zaniechał w treści rozdziału 3.4 SWZ odpowiedniego wskazania jak prawidłowo należy powołać się na potencjał podmiotu trzeciego aby wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, który został opisany w rozdziale 3.2 SWZ pkt 2) dla części I (str. 9 SWZ) i pkt 1) dla części II (Str. 10 SWZ). Nie sposób nie dostrzec, że zastrzegając w treści warunku, że w razie oferty wspólnej warunek musi spełniać co najmniej jeden z wykonawców w całości, Zamawiający wskazał tym samym, że warunek ma charakter niepodzielny. Zdaniem Izby zastrzeżenie to należy interpretować w ten właśnie sposób, tj. że oznacza ono niepodzielność warunku, innymi słowy konieczność wykazania, że jest on spełniony przez jeden podmiot – odpowiednio: jednego z wykonawców,

w przypadku oferty składanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia albo przez podmiot udostępniający zasoby (tzw. podmiot trzeci), w sytuacji powołania się na potencjał podmiotu trzeciego przez wykonawcę składającego ofertę albo przez wykonawcę. Stanowisko prezentowane przez Odwołującego prowadziło by do naruszenia zasad opisanych w art. 16 ustawy Pzp, w szczególności zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji, ponieważ inną miarą należało by ocenić ofertę w zakresie spełnienia spornego warunku złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a inną miarę należało by przyjąć w przypadku oferty składanej przez wykonawcę, który powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, co jest na gruncie ustawy Pzp niedopuszczalne. W ocenie Izby, w okolicznościach tej sprawy, ustalenie to powinno być dla Zamawiającego kluczowe przy ocenie oferty Odwołującego.

W zakresie części I zamówienia do Odwołującego zostało skierowane wezwanie w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp (pismo z 23 lutego 2024 r.). Zamawiający, w odpowiedzi na powyższe wezwanie, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, tj. wykonania z należytą starannością w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwa zamówienia, odpowiadające robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia tj. budowa/przebudowa/remont drogi publicznej wraz z oświetleniem ulicznym o wartości minimum 500 tys. zł brutto każda – otrzymał wykaz robót. Treść tego wykazu jest spójna z treścią zobowiązania podmiotu trzeciego w tym sensie, że wskazuje jedną robotę budowlaną opisaną w warunku (z czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania nie wynika odmienna ocena) wykonaną przez Odwołującego i jedną robotę budowlaną zrealizowaną przez podmiot trzeci, na zasoby którego Odwołujący się powołał. Zauważyć należy, że ze zobowiązania podmiotu trzeciego również wynika, że oddał on do dyspozycji Odwołującemu swoje doświadczenie zdobyte tylko przy realizacji jednej roboty budowlanej, a nie dwóch. Wobec ustalenia, że warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do doświadczenia ma charakter niepodzielny i nie można było wobec tego wykazać się jego spełnieniem przez zwykłe zsumowanie doświadczenia posiadanego przez wykonawcę i podmiot trzeci, w ocenie Izby Zamawiający wzywając Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego, powinien w treści tego wezwania precyzyjnie i w sposób pełny wskazać powody, dla których uznaje treść zobowiązania złożonego wraz z ofertą za niewystarczającą. Tymczasem w wezwaniu z 15 marca 2024 r. Zamawiający nie wskazał wprost powodów, dla których uznaje zobowiązanie załączone wraz z ofertą za niewystarczające. Zamawiający zaniechał wyjaśnienia, że zobowiązanie powinno obejmować oddanie do dyspozycji doświadczenia zdobytego w realizacji dwóch robót budowlanych do których referuje warunek, a także Zamawiający zaniechał wyjaśnienia co to znaczy w jego ocenie, że załączone wraz z ofertą wezwanie nie odpowiada treści art. 118 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający w treści wezwania ograniczył się tylko do takiego lakonicznego stwierdzenia nie wskazując jednocześnie, w czym upatruje tej niezgodności. Podkreślić jednak należy, że Odwołujący nie kwestionował treści wezwania z 15 marca 2024 r. Ponadto Zamawiający zupełnie pominął treść art. 122 ustawy Pzp, zgodnie z którym „*Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.*”. Przypomnieć tymczasem należy, że przepis ten Zamawiający jest zobowiązany zastosować, w sytuacji gdy zgłoszony przez wykonawcę podmiot trzeci, na zasoby którego wykonawca się powołuje, nie potwierdzi dysponowania niezbędnym zasobem lub nie potwierdzi braku podstaw do wykluczenia. Wobec konstrukcji odwołania, mając na uwadze treść art. 555 ustawy Pzp, Izba nie była uprawniona oceniać czynności i zaniechań Zamawiającego, których Odwołujący nie zaskarżył ani nie była uprawniona uwzględniać okoliczności, które dostrzegła z urzędu, a których Odwołujący w treści uzasadnienia odwołania nie przywołał. W zakresie części I, Odwołujący skoncentrował się jedynie na polemice z uzasadnieniem czynności odrzucenia oferty Odwołującego i na próbie wykazania, że treść uzupełnionego zobowiązania podmiotu trzeciego jest prawidłowa. Jednak w ocenie Izby, ocena dokumentu złożonego w odpowiedzi na wezwanie z 15 marca 2024 r. dokonana przez Zamawiającego była właściwa, co do ustalenia Zamawiającego, że udostępnienie zasobów miało miejsce w ograniczonym zakresie i tym samym nie było realne i wystarczające. W tym miejscu wskazać bowiem należy, że wykonawca powołuje się na potencjał podmiotu trzeciego w sytuacji gdy sam nie dysponuje danym zasobem, w okolicznościach tej sprawy - doświadczeniem. Powołanie się na doświadczenie podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu musi więc skutkować tym, że podmiot ten będzie realizować zamówienie (zwykle jako podwykonawca) ale z tym zastrzeżeniem, że jego udział nastąpi w pełnym zakresie, a nie tylko wybiórczo, co do niektórych prac. Wykonawca bowiem dlatego powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, ponieważ sam nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Przypomnieć należy, że warunki udziału w postępowaniu wyznaczają minimalne wymogi, jakie zamawiający uznaje za konieczne posiadać aby należycie wykonać zamówienie. Skoro więc wykonawca nie spełnia tego minimum, to jest oczywiste że dla należytej realizacji zamówienia musi mieć pełne wsparcie podmiotu, na zasoby

którego się powołuje. W okolicznościach tej sprawy przekonanie Odwołującego o możliwości „podziału” poszczególnych prac między Odwołującego a podmiot trzeci prawdopodobnie miało swoje źródło w przekonaniu Odwołującego, że może on powołać się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie doświadczenia tylko częściowo i wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez zsumowanie doświadczenia posiadanego przez Odwołującego i podmiot trzeci. Jednak takie podejście nie jest prawidłowe z powodów wyjaśnionych we wcześniej części uzasadnienia.

Odnosząc powyższe uwagi i rozważania do czynności Zamawiającego z 4 kwietnia 2024 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie części I, Izba oceniła że czynność Zamawiającego, jako mająca swoje źródło w nieprawidłowym wezwaniu Odwołującego z 15 marca 2024 r. nie była prawidłowa, jednak z powodów innych niż podał to Odwołujący w treści uzasadnienia odwołania. Innymi słowy, Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp w sposób wskazany przez Odwołującego, a uzasadnienie odwołania, w tym konstrukcja zarzutów w zakresie części I postępowania nie dotyczą istoty sprawy. Ustalenie to skutkować musiało rozstrzygnięciem w postaci oddalenia tego zakresu odwołania.

Przechodząc do rozpoznania zarzutów odwołania odnoszących się do czynności Zamawiającego z 4 kwietnia 2024 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie części II, Izba uznała odwołanie co do tego zakresu za zasadne. Odwołujący naruszeń ustawy słusznie upatruje w zaniechaniu przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych w ramach części II postępowania. Tym samym w uzasadnieniu odwołania Odwołujący słusznie poniósł, że odrzucenie jego oferty w ramach części II nastąpiło przedwcześnie, tj. z pominięciem zbadania jego sytuacji podmiotowej. Wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp z 23 lutego 2024 r., jakie Zamawiający skierował do Odwołującego, wprost odnosiło się do części I postępowania. Odnosić należy, że równolegle Zamawiający podejmował analogiczne czynności wobec wykonawcy, którego oferta zajęła pierwsze miejsce w rankingu ofert na część II. Zatem w tych okolicznościach dokonując kolejnych czynności w ramach badania i oceny ofert wobec oferty Odwołującego, Odwołujący mógł pozostawać w przekonaniu (w ocenie Izby słusznym), że ocena ta odbywa się tylko w zakresie oferty złożonej na część I. Izba dostrzega w tym miejscu sposób opisanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dla części I i II w odniesieniu do doświadczenia. Otóż, Zamawiający w treści SWZ opisał ten warunek oddzielnie dla części I i oddzielnie na części II, a oba opisy mają takie samo brzmienie, tj. „Dotyczy części I

2) zdolności technicznej lub zawodowej.

Minimalny poziom zdolności:

- zamawiający uzna, że wykonawca posiada wymagane zdolności techniczne i/lub zawodowe zapewniające należyte wykonanie zamówienia, jeżeli wykonawca wykaze, że:

a) wykonał z należytą starannością w okresie pięciu ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), co najmniej dwa zamówienia, odpowiadające robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia tj. budowa /przebudowa/ remont drogi publicznej wraz z oświetleniem ulicznym o wartości minimum 500 tys. zł brutto każda.

W przypadku składania oferty wspólnej ww. warunek musi spełniać co najmniej jeden z wykonawców w całości)”

oraz:

„Dotyczy części II

1) zdolności technicznej lub zawodowej.

Minimalny poziom zdolności:

- zamawiający uzna, że wykonawca posiada wymagane zdolności techniczne i/lub zawodowe zapewniające należyte wykonanie zamówienia, jeżeli wykonawca wykaze, że:

a) wykonał z należytą starannością w okresie pięciu ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), co najmniej dwa zamówienia, odpowiadające robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia tj. budowa /przebudowa/ remont drogi publicznej wraz z oświetleniem ulicznym o wartości minimum 500 tys. zł brutto każda.

W przypadku składania oferty wspólnej ww. warunek musi spełniać co najmniej jeden z wykonawców w całości)”.

Dostrzec przy tym należy, że Zamawiający nie poczynił żadnych dodatkowych zastrzeżeń co do sposobu wykazania spełnienia tego warunku dla poszczególnych części, w tym nie zastrzegł, czy składając wykaz robót należy powołać się – w razie chęci złożenia oferty na obie części zamówienia na cztery różne roboty budowlane, czy można złożyć na część I jak i na część II wykazy robót o tożsamej treści, tj. wskazujące na te same dwie roboty budowlane. Izba nie doszukała się przy tym potwierdzenia stanowiska Zamawiającego, aby warunek był „wspólny” dla obu części. W ocenie Izby z treści SWZ wnioskować można, że Zamawiający sformułował sporny warunek udziału w postępowaniu w takim samym brzmieniu dla każdej z części postępowania. Przypomnieć też należy, że Zamawiający w treści rozdziału 1 SWZ, w pkt 2 przesądził wprost, że wykonawca może złożyć ofertę na dowolną ilość części.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego wskazanym w treści odpowiedzi na

odwołanie z 17 kwietnia 2024 r. zgodnie z którym wezwanie z 15 kwietnia 2024 r. nie było ograniczone tylko do części I postępowania. Izba ma przy tym na uwadze treść rozdziału 4 SWZ, gdzie Zamawiający wskazał w pkt 4.5, że „oświadczenie zawarte w załączniku nr 1 do SWZ wskazujące część zamówienia, której wykonanie wykonawca powierzy podwykonawcom oraz firmy podwykonawców (jeżeli wykonawca przewiduje udział podwykonawców); W przypadku składania oferty wspólnej należy złożyć jedno wspólne oświadczenie.” Jednak należy pamiętać, że zgodnie z treścią art. 274 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej, do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Przepis art. 266 ustawy Pzp w zw. z art. 127 ust. 2 ustawy Pzp daje możliwość wskazania przez wykonawcę środków dowodowych, które zamawiający posiada, jednak jest to prawo wykonawcy.

W okolicznościach tej sprawy jest niesporne, że Zamawiający w ramach części II zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Ustawa w tym zakresie nie przewiduje wyjątków. Samo zastrzeżenie poczynione w treści rozdziału 4 SWZ, pkt 4.5 również nie można tu stanowić o prawidłowości czynności Zamawiającego. Przede wszystkim Izba dostrzega, że w zależności od okoliczności wyrażenie „oferta wspólna” jak wynika z kontekstu jest używane w innym znaczeniu. Nie jest więc dla Izby jasne, czy to zastrzeżenie odnosi się do załącznika nr 8 tym bardziej, że w pkt 4.3 takiego zastrzeżenia nie ma. Zdaniem Izby treść SWZ ani treść ustawy Pzp nie pozwalają na analogiczne i automatyczne przeniesienie oceny oferty Odwołującego z części I do części II, z pominięciem art. 274 ust. 1 ustawy Pzp. W szczególności, że dopiero po otrzymaniu wykazu robót Zamawiający może kompleksowo ocenić spełnienie warunku w zakresie doświadczenia. Wobec powyższego ustalenia, należało stwierdzić, że Zamawiający naruszył ustawę Pzp w ramach części II postępowania w sposób opisany w odwołaniu. W konsekwencji Izba nakazała unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego w części II postępowania i dalsze badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 związku z § 2 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: