Sygn. akt: KIO 603/24

WYROK

Warszawa, dnia 14 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Luiza Łamejko

Protokolant:Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lutego 2024 r. przez wykonawcę M.B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Global Systems M.B. z siedzibą w Gostyninie

w postępowaniu prowadzonym przez Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Usługowego „JAWAL" Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę M.B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Global Systems M.B. z siedzibą w Gostyninie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M.B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Global Systems M.B. z siedzibą w Gostyninie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę M.B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Global Systems M.B. z siedzibą w Gostyninie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
2.2. zasądza od wykonawcy M.B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Global Systems M.B. z siedzibą w Gostyninie na rzecz Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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:……..

Sygn. akt: KIO 603/24

U z a s a d n i e n i e

Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 584 polegająca na rozbiórce istniejącego mostu w miejscowości Osmolin
w km 3+946 drogi wojewódzkiej nr 584 i budowie nowego obiektu inżynierskiego wraz
z dojazdami w niezbędnym zakresie". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 2023/BZP 00483391/01.

W dniu 23 lutego 2024 r. wykonawca M.B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Global Systems M.B. z siedzibą w Gostyninie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

1.wyborze oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Usługowego „JAWAL"
Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (dalej: „JAWAL") jako najkorzystniejszej,

2. badaniu i oceny oferty Odwołującego,

3. odrzuceniu oferty Odwołującego,

4. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej dla Zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 122 oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i wbrew stanowisku Zamawiającego nie zmienił oferty ani w zakresie polegania na zasobach podmiotu trzeciego, ani w zakresie zobowiązania do osobistego wykonania prac polegających na wbudowaniu betonu konstrukcyjnego, a ponadto poprzez błędne uznanie, że niedopuszczalne jest, aby zgodnie z art. 122 ustawy Pzp wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału
w postępowaniu powołując się na zasoby innego podmiotu niż wskazany wraz ze złożeniem oferty mimo braku zadeklarowania w ofercie zamiaru powierzenia zadań podwykonawcy, podczas gdy obowiązkiem wykonawcy w zakresie, w jakim nie zastrzeżono osobistego wykonania prac przez wykonawcę, jest podanie – o ile informacje te są wykonawcy znane – zakresu zamówienia, który zamierza powierzyć podwykonawcy/-om wraz z podaniem nazw podwykonawców, które to informacje nie muszą być przekazane zamawiającemu już na etapie składania oferty,

b) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta jest niezgodna
z warunkami zamówienia, podczas gdy Odwołujący zastępując podmiot trzeci, na którego zasobach polegał, nie zmienił treści oferty ani zobowiązania do samodzielnego wykonania zakresu prac polegających na wbudowaniu betonu konstrukcyjnego,

c) art. 118 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z rozdziałem VI pkt 2 i VIII pkt 2.4) lit. a) SWZ poprzez błędne utożsamienie oświadczenia Odwołującego w zakresie oznaczenia zakresu prac, które zamierza powierzyć podwykonawcy, a które nie zostały zastrzeżone do osobistego wykonania przez Odwołującego, ze spełnieniem warunków udziału
w postępowaniu i poleganiem na zasobach podmiotu trzeciego,

d) art. 121 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z rozdziałem VI pkt 2 i VIII pkt 2.4) lit. a) SWZ poprzez błędne przyjęcie przez Zamawiającego, iż „na podstawie przedmiaru i dokumentacji projektowej dotyczących mostu należy stwierdzić, że wznoszenie praktycznie całego mostu polega na wbudowaniu betonu konstrukcyjnego czyli realizacji robót zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę", co miałoby eliminować z postępowania podmioty polegające na zdolności technicznej lub zawodowej podmiotu trzeciego.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy JAWAL jako najkorzystniejszej,

3. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

4. powtórzenie czynności badania, oceny i wyboru ofert dla Zamówienia, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

5. obciążenie Zamawiającego wszelkimi kosztami odwołania;

6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego wszelkich kosztów wywołanych wniesieniem odwołania w całości;

7. dopuszczenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania wymienionych w liście załączników celem wykazania okoliczności podnoszonych w uzasadnieniu.

Odwołujący podał, że w punkcie 5.4) ogłoszenia przewidziano, iż:

„1.O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na zasadach określonych w Rozdziale IX SWZ, oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. 2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

(…)

„4) zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:

a) wykonał w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej:

– dwie roboty budowlane polegające na przebudowie, rozbudowie lub rozbiórce i budowie obiektu inżynierskiego

znajdującego się w ciągu drogi klasy Z, G, GP, S lub A o wartości robót nie mniejszej niż 500 000,00zł. brutto każda (…).

(…) Jeżeli Wykonawca w celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku udziału w postępowaniu polegać będzie na doświadczeniu innego podmiotu, musi on wykazać się całym wymaganym doświadczeniem – dotyczy rozdziału VIII pkt 2.4) a) (…).

(…) Wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty (…).

Powtórzeniem powyższego jest postanowienie rozdziału VIII pkt 2.4 lit. a) SWZ.

Ponadto, jak wskazał Odwołujący, w rozdziale VI SWZ postanowiono, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy (podwykonawcom), przy czym wykonawca zobowiązany jest wykonać kluczową część zamówienia, tj. wbudowanie betonu konstrukcyjnego osobiście. W pkt 3 tego rozdziału SWZ przewidziano wymóg oznaczenia powierzenia części zamówienia podwykonawcom, o ile na etapie składania oferty podwykonawcy ci byli znani (z wyłączeniem zakresu, które wykonawca zobowiązany jest wykonać osobiście). Co do zasady, zgłoszenie podwykonawcy było więc możliwe zarówno na etapie składania oferty (jeśli był znany co do podmiotu i zakresu prac), jak i po tej dacie, jeśli wykonawca powierzałby oznaczony zakres prac podwykonawcy (z uwzględnieniem postanowień umowy zawartej z Zamawiającym).

W części V punkcie 8 oferty Odwołujący wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcy: BMB Budownictwo Sp. z o.o. Sp. k. prace: roboty bitumiczne, sanitarne i teletechniczne. Jednocześnie Odwołujący oświadczył, że osobiście wykona zakres prac: wbudowanie betonu konstrukcyjnego.

W części V punkcie 9. oferty Odwołujący powołał podmiot, na którego zasoby się powołuje na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. BMB Budownictwo Sp. z o.o. Sp. k. W punkcie 2 oświadczenia dotyczącego spełniania warunków udziału w postępowaniu Odwołujący oznaczył następujący zakres: „zdolność techniczna".

Do oferty Odwołującego złożone zostało także zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, zgodnie z którego treścią:

„a) udostępniam Wykonawcy w/w zasoby w następującym zakresie: - zdolność techniczna

b) sposób i okres udostępnionych przeze mnie zasobów przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący: - udział w trakcie realizacji przez cały okres trwania inwestycji

c) zrealizują roboty budowlane w zakresie, w jakim wykonawca polega na moich zdolnościach w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu. Tak. Roboty budowlane będą realizowane na podstawie umowy o podwykonawstwo.".

Pismem z dnia 23 stycznia 2024 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. wykonawcy JAWAL. Jednocześnie Zamawiający m.in. zawiadomił o wykonawcach, których oferta została odrzucona.

Odwołujący od w/w czynności Zamawiającego złożył odwołanie, które zostało uwzględnione w całości (pismo z dnia 31 stycznia 2024 r.), a postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygn. KIO 276/24 zostało umorzone. Również pismem z dnia 31 stycznia 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do zastąpienia w terminie do dnia 5 lutego 2024 r. podmiotu udostępniającego zasoby potwierdzające spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu lub wykazania, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu zgodnie z postawionym przez Zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu w rozdziale VIII części I SWZ.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący w dniu 5 lutego 2024 r. złożył dokumenty, w tym m.in. zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „A-Z BUD" Z.F. z siedzibą w Radomiu, w którym podmiot ten oświadczył, że oddaje do dyspozycji Odwołującego niezbędne zasoby: „doświadczenie",

oraz że: udostępnia zasoby w zakresie doświadczenia w realizacji zadań: „Rozebranie istniejącego mostu i budowa nowego przez rzekę Bystrzycę w m. Osmolice w km 2+030
w ciągu drogi powiatowej nr 2277L wraz z dojazdami - klasa drogi Z , wartość robót 5 166 000,00 zł brutto, * Rozbiórka istniejącego i budowa nowego obiektu mostowego przez Kanał Bródnowski w km 16+327 drogi wojewódzkiej nr 631 wraz z dojazdami w niezbędnym zakresie – klasa drogi Z, wartość robót 2 290 492,33 zł brutto", poprzez (sposób i okres udostępnienia) „udział w trakcie realizacji przez cały okres trwania inwestycji", realizując roboty budowlane w zakresie, w jakim wykonana polega na doświadczeniu podmiotu trzeciego: „roboty mostowe".

W dniu 19 lutego 2024 r. Zamawiający zawiadomił, że dokonał ponownego badania
i oceny ofert oraz dokonał ponownego wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy JAWAL. Ponadto Zamawiający zawiadomił, że odrzucił ofertę Odwołującego. Zamawiający stwierdził, że wykonawca dokonał zmian w złożonej ofercie, „bowiem z treści dokumentów dołączonych do pisma z dnia 5 lutego 2024 r. wynika całkowicie odmienny zakres prac, które miałby wykonać podmiot trzeci". Zamawiający swe stanowisko uzasadnił w następujący sposób:

„Zasadą wynikającą z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jest brak możliwości dokonywania zmian w treści złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty po upływie terminu wyznaczonego do składania ofert. Jak stwierdziła KIO w wyroku
z dnia 1 lutego 2022 r. sygn. akt KIO 122/22 wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty - działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp" . W wyroku z dnia 13 lipca 2020 r., KIO 1174/20 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „Oferta stanowi oświadczenie wykonawcy, które powinno być sformułowane i skonkretyzowane już w momencie jej złożenia. Izba wskazuje, że oświadczenia dotyczące udziału podmiotu trzeciego mogą ulegać korekcie w toku badania spełniania warunku udziału w postępowaniu, ale nie mogą prowadzić do zmiany formularza ofertowego, czyli oferty. Zmiana taka miałaby charakter istotny, gdyż dotyczyłaby zakresu i sposobu realizacji zamówienia wskazanego w ofercie. Tym bardziej nie można dokonywać zmiany treści oferty na podstawie zobowiązania podmiotu trzeciego." W uzasadnieniu do tego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko zawarte w wyroku z dnia 26 września 2016 r., KIO 1708/16, że „treść formularza ofertowego także w zakresie określenia sposobu realizacji zamówienia stanowi treść oferty
w rozumieniu ścisłym. Jest to element przedmiotowy nie podlegający modyfikacji" jak też podzieliła stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 9 listopada 2017 r., KIO 2245/17, zgodnie
z którym: „(...) zakres podwykonawstwa (tj. część zamówienia wskazana w ofercie, które wykonawca przeznacza do realizacji za pomocą podwykonawstwa) stanowi o sposobie spełnienia świadczenia przez wykonawcę i jako taki nie może ulegać zmianie po złożeniu oferty."

Zamawiający stwierdził, że Wykonawca Global Systems M.B. nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu zasobami podmiotu trzeciego przy wykonaniu wskazanych w ofercie robót bitumicznych, sanitarnych
i telekomunikacyjnych.

Dodatkowo Zamawiający stwierdził, na podstawie dokumentów złożonych w dniu 05.02.2024r. przez Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego, że Wykonawca wbrew postanowieniom części VI ust. 2 SWZ: „Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia. Wykonawca wykona osobiście: wbudowanie betonu konstrukcyjnego." zamierza powierzyć wykonanie tych prac podwykonawcy. Wbudowanie betonu konstrukcyjnego dotyczy budowy nowego obiektu inżynierskiego, czyli budowy mostu. Jak wynika bowiem z treści przedmiaru robót na roboty mostowe wbudowanie betonu konstrukcyjnego dotyczy działów: - VIII.3 BETON KONSTRUKCYJNY C20/25 - VIII.4 BETON KONSTRUKCYJNY C25/30 - VIII.5 BETON KONSTRUKCYJNY C Zgodnie z opisem technicznym na budowę mostu dział 6.3 - 6.6 wbudowanie betonu w klasach wymienionych wyżej dotyczy w praktyce wszystkich elementów mostu (fundamenty, przyczółki, przęsło, płyty przejściowe). Klasy betonu konstrukcyjnego potwierdzają również rysunki dokumentacji technicznej nr 6, 8, 10, 11 12, 12a, 14, 16, 18. Na podstawie przedmiaru i dokumentacji projektowej dotyczących mostu należy stwierdzić, że wznoszenie praktycznie całego mostu polega na wbudowaniu betonu konstrukcyjnego czyli realizacji robót zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę.

Wobec powyższego Oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b w zw. z art. 122 i 128 ust 1 oraz art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp".

Odwołujący nie zgodził się z prezentowanym powyżej stanowiskiem Zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że nie jest prawdą, że dokonał zmian w złożonej ofercie, a stanowisko Zamawiającego jest najprawdopodobniej wynikiem braku rozróżnienia pomiędzy treścią oferty w części V pkt 8 i 9. W punkcie 8 oferty Odwołujący wskazał, że część prac zostanie zrealizowana przez podwykonawcę: BMB Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, tj. „roboty bitumiczne, sanitarne i teletechniczne". Podstawą powyższego oświadczenia był rozdział VI SWZ „Podwykonawstwo". Z kolei oferta w części V pkt 9 swym zakresem nie obejmuje oświadczenia o podwykonawstwie w w/w rozumieniu, ale jej przedmiotem było powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podstawą tej części oferty jest rozdział VIII pkt 1, 2 i 3 SWZ oraz art. 118-123 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, powyższe rozróżnienie potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący wskazał, że w wyroku KIO z 22 lutego 2022 r., sygn. KIO 334/22, wskazano, iż „dopuszczalne jest, aby zgodnie z art. 122 Prawa zamówień publicznych przystępujący wykazał spełnienie warunku powołując się na zasoby innego podmiotu niż wskazany wraz ze złożeniem oferty, mimo braku zadeklarowania w ofercie zamiaru powierzenia zadań podwykonawcy." W powołanym orzeczeniu za wyrokiem KIO z dnia 16.09.2019 r., sygn. KIO 1682/19, wskazano: „Fakt, że Most Sp. z o.o. nie został wskazany w ofercie konsorcjum jako podwykonawca, pozbawiony jest doniosłości prawnej, gdyż obowiązek wskazania podwykonawców oraz powierzonego im zakresu robót ma wyłącznie charakter informacyjny. Z przepisów ustawy wynika bowiem, że jeśli zamawiający nie zastrzeże części zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę, to obowiązkiem wykonawcy jest jedynie poinformowanie zamawiającego o zakresie zamówienia, który powierzy podwykonawcom i podania nazw podwykonawców, o ile są mu znane, przed przystąpieniem do wykonywania umowy. Informacje te nie muszą zostać przekazane zamawiającemu już na etapie składania oferty. Ponadto, skoro ustawa dopuszcza w art. 36b ust. 2 oraz art. 36ba ust. 1 PrZamPubl zmianę podwykonawcy, w tym zmianę w czasie wykonywania umowy, to tym bardziej wskazanie nowego podwykonawcy, może nastąpić jeszcze przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego (arg. *a maiori ad minus* z art. 36b ust. 2 oraz art. 36ba ust. 1 PrZamPubl)".

Odwołujący podniósł, że oferta w części V pkt 8 dotycząca podwykonawcy nie została zmieniona i Odwołujący w dalszym ciągu przyjmuje na siebie zobowiązanie do osobistego wykonania prac w zakresie: wbudowanie betonu konstrukcyjnego, jak również oświadczenie w zakresie podwykonawstwa przez BMB Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w zakresie prac, które nie zostały zastrzeżone do osobistego wykonania, tj. roboty bitumiczne, sanitarne i teletechniczne i które nie stanowiły wykazania warunku udziału w postępowaniu w rozumieniu rozdziału VIII pkt 2.4 lit. a) SWZ.

Odwołujący zauważył, że stanowisko Zamawiającego w istocie oznaczałoby, że Odwołujący zmodyfikował treść oferty poprzez oddanie niezidentyfikowanemu podwykonawcy zakresu prac, które miał wykonać osobiście, tyle że takich wniosków, zdaniem Odwołującego, w żadnym razie nie da się wyprowadzić ani z treści oferty, ani dokumentów złożonych na wezwanie Zamawiającego w dniu 5 lutego 2024 r. Odwołujący został bowiem wezwany pismem z dnia 29 stycznia 2024 r. do zastąpienia podmiotu trzeciego udostępniającego mu zasoby w postaci doświadczenia (tj. w zakresie części V pkt 9 oferty i złożonego przez ten podmiot zobowiązania do udostępnienia zasobów) w realizacji „co najmniej dwóch robót polegających na przebudowie, rozbudowie lub rozbiórce i budowie obiektu inżynieryjnego znajdującego się w ciągu drogi klasy Z, G, GP, S lub A o wartości robót nie mniejszej niż 500 000,00 zł brutto każda" i wezwanie to w żadnym zakresie nie dotyczyło tej części oferty, w której mowa o podwykonawstwie. W ocenie Odwołującego, prawidłowa wykładnia części V pkt 8 i 9 oferty w zw. z rozdziałem VI i VIII SWZ winna prowadzić do wniosku, że wykonawca zobowiązany jest wykonać osobiście zakres prac: wbudowanie betonu konstrukcyjnego, ale wykonując te prace może polegać na wiedzy i doświadczeniu podmiotu posiadającego oznaczone przez Zamawiającego doświadczenie.

Odwołujący powołał pogląd wyrażony w orzecznictwie, zgodnie z którym:

„Wymóg wykonania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub przy udziale wykonawcy, np. poprzez oddelegowanie przez podmiot trzeci swoich pracowników wraz z niezbędnym know-how do bezpośredniej realizacji zamówienia. Takie rozwiązanie uzasadnione jest specyfiką tych zasobów, jako integralnie związanych z danym podmiotem. Określone kwalifikacje lub wykształcenie świadczą o posiadaniu wiedzy wymaganej dla należytego wykonania zamówienia, doświadczenie zaś – o posiadaniu odpowiednich, praktycznych umiejętności, wyuczonych i ugruntowanych w praktyce. W przypadku tych zasobów brak jest zatem możliwości realnego ich przekazania, a następnie wykorzystania w trakcie świadczenia usług lub wykonywania robót budowlanych jedynie za pomocą np. szkoleń, konsultacji, doradztwa

czy nadzoru. Ich realne wykorzystanie na etapie realizacji takiego zamówienia możliwe jest wyłącznie przez wykonanie robót budowlanych lub usług, do realizacji których określone zdolnością są
w postępowaniu wymagane (por. wyr. KIO: z 27.4.2023 r., KIO 1041/23, niepubl.; 7.4.2022 r., z KIO 782/22, Legalis; z 22.3.2022 r., KIO 650/22, Legalis; z 21.1.2022 r., KIO 3761/21, Legalis; z 13.3.2017 r., KIO 359/17, Legalis; z 25.4.2016 r., KIO 526/16, Legalis; z 29.4.2015 r., KIO 791/15, Legalis).”.

Odwołujący oświadczył, że w rozważanych okolicznościach Odwołujący zamierza realizować roboty osobiście przy udziale podmiotu udostępniającego zasoby poprzez wykorzystanie w toku realizacji prac jego doświadczenia, praktycznych umiejętnościach, wyuczonych i ugruntowanych w praktyce. Zdaniem Odwołującego, gdyby przyjąć za prawidłowe stanowisko Zamawiającego, iż na podstawie przedmiaru i dokumentacji projektowej dotyczących mostu należy stwierdzić, że wznoszenie praktycznie całego mostu polega na wbudowaniu betonu konstrukcyjnego czyli realizacji robót zastrzeżonych do osobistego wykonania przez wykonawcę, to Zamawiający sam by sobie zaprzeczał w treści SWZ, gdzie wprost oznaczono możliwość polegania na doświadczeniu innego podmiotu przy realizacji całego zakresu prac, a poleganie na tym doświadczeniu nie oznacza przecież, że wykonawca nie wykonuje prac osobiście.

Odwołujący wskazał, że przez pryzmat powyższego należy wykładać zobowiązanie Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „A-Z BUD” Z.F. do polegania na jego zdolnościach w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczącym doświadczenia w zakresie robót mostowych zdobytego na realizacji dwóch zadań:

Rozebranie istniejącego mostu i budowa nowego przez rzekę Bystrzycę w m. Osmolice
w km 2+030 w ciągu drogi powiatowej nr 2277L wraz z dojazdami - klasa drogi Z , wartość robót 5 166 000,00 zł „brutto,

Rozbiórka istniejącego i budowa nowego obiektu mostowego przez Kanał Bródnowski w km 16+327 drogi wojewódzkiej nr 631 wraz z dojazdami w niezbędnym zakresie – klasa drogi Z, wartość robót 2 290 492,33 zł brutto”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „A-Z Bud” Z.F. oświadczyło, że na całym zadaniu, którego istotą jest w szczególności rozbiórka istniejącego mostu w miejscowości Osmolin i budowa nowego obiektu inżynieryjnego wraz z dojazdami Odwołujący będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem tego podmiotu w toku realizacji prac (roboty mostowe w rozumieniu oświadczenia Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „A-Z Bud” Z.F.).

Odwołujący uznał, że stanowisko Zamawiającego i zaprezentowany przez niego model wykładni stoją w opozycji do powszechnie zaaprobowanego stanowiska, iż nie ma możliwości wyłączenia podwykonawstwa, tj. dokonania takiego zastrzeżenia, że zamawiający nie dopuszcza udziału podwykonawców w realizacji zamówienia w ogóle czy też ograniczania w sposób nieuzasadniony zakresu udziału podwykonawców w realizacji części zamówienia (tak m.in. wyr. WSA we Wrocławiu z 9.11.2016 r., III SA/Wr 921/16, Legalis). Niedopuszczalne jest również postanowienie, na mocy którego zamawiający zastrzegłby cały zakres zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę, na skutek czego wykluczyłby udział podwykonawców w realizacji zamówienia (tak m.in. w wyr. WSA
w Lublinie z 21.3.2017 r., III SA/Lu 826/16, Legalis)”. Odwołujący za błędne uznał twierdzenie Zamawiającego jak w piśmie z dnia 19 lutego 2024 r., iż na podstawie przedmiaru i dokumentacji projektowej dotyczących mostu należy stwierdzić, że wznoszenie praktycznie całego mostu polega na wbudowaniu betonu konstrukcyjnego czyli realizacji robót zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, należy uznać za błędne, gdyż oznaczałoby w istocie zastrzeżenie osobistego wykonania całego zadania przez wykonawcę, co nie jest zgodne z treścią SWZ. Odwołujący powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2021 r., sygn. akt KIO 505/21.

Ponadto, jak wskazał Odwołujący, wykonawca nie zamierza zlecić kluczowych części zamówienia, co oświadczył składając ofertę. Odwołujący stwierdził, że zakres „robót mostowych”, które użyto w zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby, jest pojęciem szeroko rozumianym i dotyczy istoty przedmiotowego postępowania polegającego na rozbiórce istniejącego mostu i budowie nowego, a Zamawiający nie może ani domniemywać, ani nadawać mu znaczenia innego, niż literalne brzmienie będące w związku
z doświadczeniem w zakresie robót, które podmiot trzeci udostępnił Odwołującemu. Odwołujący zaznaczył, że w opisie przedmiotu zamówienia w SWZ Zamawiający wskazał, że przedmiar jest udostępniony jedynie poglądowo, a tym samym powoływanie się na przedmiar jako podstawa odrzucenia oferty jest bezzasadne. Ponadto, w opinii Odwołującego, jeśli oświadczenie podmiotu trzeciego budziło wątpliwości Zamawiającego, to na kanwie uprzednio przeprowadzonych przez niego postępowań mógł zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienia wobec niebudzącej wątpliwości okoliczności, iż podmiot trzeci Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „A-Z Bud” Z.F. przedłożył dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż roboty mostowe zawierają w sobie wiele elementów – zadań, do których należą m.in.:

- ułożenie prefabrykowanych belek sprężonych typu DS-6 o długości dostosowanej do mostu 14 szt;

- montaż łożysk;

- wykonanie dylatacji;

- przeprowadzenie prób i badań obciążeniowych mostu;

- przygotowanie zbrojenia elementów konstrukcyjnych.

Jak zauważył Odwołujący, rysunki techniczne nr 6, 8, 10, 11, 12, 12a, 14, 16, 18, na które powołuje się Zamawiający, przedstawiają sposób wykonania zbrojenia elementów konstrukcyjnych, a nie stanowią *stricte* rysunków na podstawie których wykonuje się szalunki i dokonuje betonowania elementów. W/w rysunki służą do:

- zamówienia stali zbrojeniowej;

- sprefabrykowania figur i siatek zbrojeniowych;

- ułożenia figur i siatek zbrojeniowych dostarczonych ze zbrojarni na budowie.

Odwołujący stwierdził, że znajdujący się na rysunku zapis o klasie betonu nie potwierdza, że podmiot udostępniający miałby wbudowywać ten beton, gdyż zapis ten jest powszechnie stosowany przy rysunkach dotyczących zbrojenia. Ponadto, zdaniem Odwołującego, Zamawiający polegając na własnym doświadczeniu powinien wiedzieć, że dla tego typu obiektów systemy deskowań oraz rusztowań niezbędne do prawidłowego wykonania robót betoniarskich dobierane, dostarczane oraz często montowane są przez specjalistyczne firmy takie jak np.: PERI. Odwołujący postawił pytanie: „Czy to również oznacza, że Odwołujący nie wbudowuje osobiście betonu konstrukcyjnego?". Zdaniem Odwołującego, Zamawiający uogólnił zapis dotyczący osobistego wbudowania betonu konstrukcyjnego i interpretuje go obecnie w oderwaniu od warunków technicznych realizacji robót.

W związku z powyższym Odwołujący podkreślił, że do robót mostowych zdecydowanie nie zalicza się wbudowania betonu konstrukcyjnego, lecz jest to robota budowlana o czym mogą również świadczyć zapisy w innych miejscach dokumentacji. Jednocześnie Odwołujący zauważył, że posiada własny sprzęt do transportu oraz wbudowania betonu konstrukcyjnego (m.in. betonomieszarki) oraz zatrudnia zgodnie
#x200ez wymogiem SWZ osoby wykonujące tego typu prace na co dzień w związku z czym jest
#x200ew pełni przygotowany do wykonania tego zakresu robót na w/w zadaniu.

Odwołujący zauważył, że naruszenie przepisów, które Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, jest również konsekwencją dotychczasowej praktyki stosowania przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego, o czym świadczą m.in. następujące postępowania
o udzielenie zamówienia znane Odwołującemu:

1) Remont drogi wojewódzkiej nr 583 od km 25+400 do km 27+352 odc. Krubin – Sanniki – nr postępowania 119/23. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający (Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie):

2) Remont drogi wojewódzkiej nr 584 od km 1+500 do km 3+200 odc. Sanniki-Osmólsk.

Odwołujący podał, że w postępowaniu odc. Krubin – Sanniki zostało złożone zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, który oświadczył, że zrealizuje roboty budowlane
w zakresie, w jakim wykonawca polega na jego zdolnościach. Zamawiający uznał przedmiotowe oświadczenie za nader ogólne, a dodatkowo zobowiązał wykonawcę do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby podmiotem trzecim. W konsekwencji wezwania Zamawiającego wykonawca złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego, który oświadczył, iż zrealizuje roboty budowlane w zakresie roboty bitumiczne i co do których wykonawca polegał na jego zdolnościach i doświadczeniu. Zamawiający nie uznał wówczas, że doszło do zmiany oferty, pomimo że w istocie przypadek, którego dotyczy przedmiotowe odwołanie, oraz opisany powyżej są zbieżne.

Z kolei, jak poinformował Odwołujący, w postępowaniu Sanniki-Osmólsk podmiot trzeci złożył tożsame do opisanego powyżej oświadczenie. Następnie na skutek wezwania Zamawiającego oświadczenie podmiotu trzeciego zostało sprecyzowane poprzez oznaczenie, że zrealizuje on roboty budowlane w zakresie: roboty rozbiórkowe, roboty brukarskie, wykonanie przepustów, oczyszczenie rowów, wykonanie poboczy, oznakowanie poziome i pionowe (pismo opatrzone podpisem kwalifikowanym i datą 19 czerwca 2023 r.). Co istotne, w ocenie Odwołującego, w piśmie z dnia 14 czerwca 2024 r. sam Zamawiający wskazał, iż wnosi o uszczegółowienie zakresu doświadczenia jaki będzie udostępniony Wykonawcy i uzupełnienie zobowiązania BMB Budownictwo sp. z o.o. Sp.k. w zakresie,
w jakim podmiot trzeci zamierza zrealizować zamówienie.

Odwołujący wskazał, że co najmniej dwukrotnie Zamawiający nie uznał, że doszło do zmiany oferty, ale do jej uszczegółowienia poprzez uzupełnienie zobowiązania oraz „do wyjaśnienia jaki będzie faktyczny udział podmiotu

trzeciego, na zasoby które się powołuje
w realizacji Zamówienia i właściwe wypełnienie dokumentu pn. Zobowiązanie (…)".

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca JAWAL.

Pismem z dnia 6 marca 2024 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie,
w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron
i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba stwierdziła, że okoliczności zaistniałe w przedmiotowej sprawie nie są sporne, dlatego ponowne przytaczanie stanu faktycznego sprawy jest niecelowe. Sporne są natomiast skutki działań Odwołującego w toku postępowania i ocena prawidłowości czynności podjętych przez Zamawiającego.

Po analizie stanu faktycznego przedmiotowego postępowania Izba doszła do przekonania, że czynności Zamawiającego podjęte wobec oferty złożonej przez Odwołującego były zasadne.

Izba miała na uwadze, że pierwotnie w treści oferty Odwołujący powołał się na zasoby podmiotu trzeciego BMB Budownictwo Sp. z o.o. Sp. k. w postaci doświadczenia. Faktyczny udział ww. podmiotu w realizacji przedmiotu zamówienia nie został określony
w treści zobowiązania – podmiot trzeci wskazał jedynie, że zrealizuje roboty budowlane (Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby BMB Budownictwo Sp. z o.o. Sp. k. pkt c: „Tak. Roboty budowlane będą realizowane na podstawie umowy o podwykonawstwo.").

Jednocześnie Odwołujący wskazał w ofercie, że BMB Budownictwo Sp. z o.o. Sp.k. jako podwykonawcy zamierza zlecić roboty bitumiczne, sanitarne, teletechniczne (pkt V ppkt 8 Formularza oferty).

Obie te deklaracje w przedmiotowym stanie faktycznym należy czytać łącznie, bowiem zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego w odniesieniu do warunku dotyczącego kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, podmiot ten wykonuje roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane. W ocenie Izby, treść oferty i złożonych wraz z nią dokumentów należy czytać łącznie. Brak jest podstaw do przyjęcia, że pomimo deklaracji złożonej przez Odwołującego w ofercie, podmiot trzeci BMB Budownictwo Sp. z o.o. Sp. k., miał realizować inny zakres robót.

Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, iż co do zasady deklaracje składane przez wykonawców odnośnie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia nie są wiążące, jednak w sytuacji, gdy podwykonawstwo ma być realizowane przez podmiot trzeci, na którego zasoby wykonawca się powołuje, zakres przedmiotu zamówienia, jaki podmiot trzeci będzie wykonywał, powinien zostać określony, co wynika z dyspozycji art. 118 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący dokonując zmiany podmiotu trzeciego na podmiot A-Z Bud Z.F. nie potwierdził, że nowy podmiot trzeci wykona ten sam zakres robót, tj. roboty bitumiczne sanitarne, teletechniczne, jak też nie złożył oświadczenia, że roboty te wykona samodzielnie (art. 122 ustawy Pzp). Z kolei z oświadczeń Odwołującego oraz podmiotu trzeciego A-Z Bud Z.F. wynika, że podmiot ten zobowiązał się do wykonania odmiennego zakresu robót niż pierwotnie określony w ofercie, tj. robót mostowych (Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby A-Z Bud Z.F. pkt c). Tym samym, doszło do zmiany zakresu prac, jakie miałyby być powierzone podmiotowi trzeciemu, przy czym nie można w żadnym razie stwierdzić, że roboty mostowe to zakres węższy od robót bitumicznych, sanitarnych, teletechnicznych.

W tych okolicznościach, w ocenie Izby, treść zobowiązania pochodzącego od A-Z Bud Z.F. wskazująca na udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia
w zakresie robót mostowych jest sprzeczna z pierwotną treścią oferty Odwołującego
i stanowi zmianę oferty – bowiem wykonawca zadeklarował, że zamierza korzystać
z zasobów podmiotu trzeciego w innym zakresie niż deklarowany na etapie składania ofert.

Zasadą wynikającą z przepisów ustawy Pzp jest brak możliwości dokonywania zmian treści złożonej oferty po upływie terminu składania ofert, za wyjątkiem ściśle określonych
w ustawie okoliczności. Ustawa Pzp ustanawia także zakaz prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących treści oferty (art. 223 ust. 1 ustawy Pzp). Zmiana oświadczenia o zakresie udziału podmiotu trzeciego jest zmianą istotną, bowiem dotyczy sposobu realizacji umowy. Zakres polegania przez wykonawcę na zasobach podmiotu trzeciego musi zostać określony w treści oferty i nie może ulec rozszerzeniu po terminie składania ofert tym bardziej, że odnosi się do obszaru decydującego o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu, tj. decydującego o możliwości ubiegania się przez wykonawcę o przedmiotowe zamówienie. Art. 123 ustawy Pzp wprowadza ograniczenie
w powoływaniu się na zasoby podmiotu trzeciego po upływie terminu składania wniosków czy ofert. Ograniczenie to dotyczy czasu - uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego przysługuje do upływu terminu składania wniosków/ofert, oraz ograniczenie dotyczące zakresu – uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego
w zakresie, który wykonawca wskazał w na etapie składania ofert. Zmiana zakresu robót zleconych podwykonawcy A-Z Bud Z.F., który udostępnia zasoby w postaci doświadczenia w stosunku do oświadczenia złożonego w ofercie jest niedopuszczalna
w świetle dyspozycji art. 123 ustawy Pzp (podobnie wyrok KIO z 18 marca 2022 r., sygn. akt KIO 510/22, wyrok KIO z 15 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 284/23, wyrok KIO z 15 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 281/23).

Izba stwierdziła ponadto, że zasadnie Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Nie jest sporne, że Zamawiający zastrzegł do osobistego wykonania cześć zamówienia związaną z wbudowaniem betonu konstrukcyjnego (część VI ust. 2 SWZ). Izba stwierdziła, że z dokumentów zamówienia wynika, iż roboty mostowe obejmują wbudowanie betonu konstrukcyjnego (Przedmiar robót dział VIII.3-VIII.5, opis techniczny dział 6.3-6.6).

Wobec ww. zastrzeżenia Zamawiającego, oświadczenie dotyczące powierzenia podmiotowi trzeciemu robót mostowych jest wprost niezgodne z zastrzeżeniem dokonanym przez Zamawiającego.

Odwołujący, jako profesjonalista, świadomy elementu zamówienia zastrzeżonego do osobistego wykonania przez wykonawcę, powinien zadbać o to, aby składane Zamawiającemu oświadczenia były jednoznaczne i nie budziły wątpliwości. Zamawiający uprawniony jest do literalnej wykładni oświadczeń wykonawcy, a ta prowadzi właśnie do takich wniosków. Brak jest podstaw do uznania, że podmiot trzeci zrealizuje roboty mostowe z wyłączeniem robót polegających na wbudowaniu betonu konstrukcyjnego. Taka deklaracja wykonawcy powinna była zostać wprost wyrażona w ofercie i treści zobowiązania podmiotu trzeciego.

W tym stanie rzeczy, nie potwierdziły się zarzuty podniesione w odwołaniu. Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przywołanych
w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie").

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

Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, wobec oddalenia odwołania w całości, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego odwołującego, zasądzając zapłatę na rzecz zamawiającego poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodnicząca:……..