Sygn. akt: KIO 19/24

WYROK

Warszawa, dnia 29 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:**Marek Bienias**

Protokolant: **Oskar Oksiński**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2024 r. przez wykonawcę **FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kobierzyce,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy **B.O. prowadzący działalność gospodarczą, pod firmą ORFIX Zakład Usługowy B.O. w Kobierzycach**

orzeka:

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1.

2.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 i nr 3 i nakazuje Zamawiającemu:

a)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

b)odrzucenie oferty wykonawcy B.O. prowadzący działalność gospodarczą, pod firmą ORFIX Zakład Usługowy B.O. w Kobierzycach,

c)powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

3.Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

3.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich tytułem wpisu od odwołania.

3.2.Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą wpis od odwołania oraz koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 19/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Kobierzyce – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zimowe utrzymanie dróg gminnych sprzętem mechanicznym na terenie gminy Kobierzyce" Nr sprawy: RŚZiZP.271.33.2023-2.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 września 2023 r. nr 2023/S 180-563754.

W dniu 2 stycznia 2024 r. wykonawca FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich wniósł odwołanie wobec wyboru oferty najkorzystniejszej, zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Pana B.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ORFIX B.O. w Tyńcu nad Ślęzą (dalej**ORFIX**") w Postępowaniu oraz zaniechania wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w tym dokumentów potwierdzających dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

1.**art. 522 ust. 1 ustawy PZP**poprzez zaniechanie wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w uprzednio wniesionym przez Odwołującego odwołaniu, w szczególności zaniechanie odrzucenia oferty ORFIX pomimo złożenia oświadczenia o uwzględnieniu tegoż odwołania, co doprowadziło do wydania przez Krajową Izbę Odwoławczą oświadczenia o umorzeniu postępowania odwoławczego w tym zakresie,

2.**art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy PZP oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP**poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ORFIX pomimo że jest ona niezgodna z przepisami ustawy, tj. z**art. 462 ust. 1 ustawy PZP**oraz **art. 17 ust. 2 ustawy PZP**, bowiem wykonawca ten zadeklarował wolę powierzenia podwykonawcy, na którego zasobach polega, Saferoad Grawil sp. z o.o. (dalej: „**Saferoad**") realizacji zimowego utrzymania dróg gminnych

sprzętem mechanicznym na terenie Gminy Kobierzyce przez cały okres obowiązywania umowy, co w istocie wyczerpuje całość przedmiotu zamówienia,

podczas gdy powierzenie realizacji całości zamówienia podwykonawcy jest na mocy przywołanego art. 462 ust. 1 ustawy PZP niedopuszczalne, a nadto zgodnie z art. 17 ust 2 ustawy PZP zamówienie może być udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, zaś dopuszczenie do realizacji zamówienia w całości przez podwykonawcę jest sprzeczne z ww. zasadą lub co najmniej prowadzi do jej obejścia – co na mocy art. 58 § 1 k.c., stosowanym na mocy odesłania z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, prowadzi również do nieważności oferty,

3. **art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 118 ust. 1 i 4 oraz art. 119 ustawy PZP** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ORFIX, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż powołał się na wiedzę i doświadczenie udostępniane przez Saferoad, przedstawiając w tym celu zobowiązanie do udostępnienia zasobów które nie wskazuje precyzyjnie sposobu udostępnienia doświadczenia i dokładnego zakresu udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia, (nie wskazują, jakie konkretnie czynności Saferoad wykona),

a jedynie w ogólny sposób wskazuje na zamiar wykonania przez ten podmiot abstrakcyjnie określonego zakresu 50% zamówienia,

co nie pozwala na ocenę, czy sposób udostępnienia zasobów i zakres udziału Saferoad jest wystarczający dla zapewnienia realnego dysponowania przez ORFIX udostępnionymi zasobami w postaci wiedzy i doświadczenia wymaganych przez Zamawiającego,

przy czym ORFIX był już wzywany do udostępnienia zobowiązania Saferoad w powyższym zakresie, stąd też ponowne stosowanie wobec niego procedury sanacyjnej przewidzianej w art. 128 ust. 1 ustawy nie jest już dopuszczalne.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty ORFIX.

Odwołujący wskazał, że:

Uzasadnienie zarzutów Odwołania

Stan faktyczny

W dniu 30 listopada br. Odwołujący wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec wyboru oferty ORFIX jako oferty najkorzystniejszej. W odwołaniu tym podniósł zarzuty dotyczące naruszenia:

1. **art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy PZP** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ORFIX pomimo że jest ona niezgodna z przepisami ustawy, tj. z **art. 462 ust. 1 ustawy PZP** oraz **art. 17 ust. 2 ustawy PZP**, bowiem wykonawca ten zadeklarował wolę powierzenia podwykonawcy, na którego zasobach polega, Saferoad Grawil sp. z o.o. (dalej: „**Saferoad**") realizacji zimowego utrzymania dróg gminnych sprzętem mechanicznym na terenie Gminy Kobierzyce przez cały okres obowiązywania umowy, co w istocie wyczerpuje całość przedmiotu zamówienia,

podczas gdy powierzenie realizacji całości zamówienia podwykonawcy jest na mocy przywołanego art. 462 ust. 1 ustawy PZP niedopuszczalne, a nadto zgodnie z art. 17 ust 2 ustawy PZP zamówienie może być udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, zaś dopuszczenie do realizacji zamówienia w całości przez podwykonawcę jest sprzeczne z ww. zasadą lub co najmniej prowadzi do jej obejścia – co na mocy art. 58 § 1 k.c., stosowanym na mocy odesłania z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, prowadzi również do nieważności oferty,

względnie, na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutu

art. 128 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania ORFIX do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, tj. dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania doświadczenia, względnie dokumentów potwierdzających dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego, tj. Saferoad:

a. w sytuacji, gdy ORFIX wraz z ofertą przedstawił zobowiązanie podpisane w imieniu tego podmiotu przez osobę nieumocowaną do jego zaciągnięcia (podpisania), bowiem z załączonego do oferty pełnomocnictwa dla podpisującej zobowiązanie Pani H.K. wynika, że została ona umocowana do reprezentowania Saferoad w sprawach związanych z ubieganiem się o zamówienie udzielane w Postępowaniu, nie zaś do składania wiążących oświadczeń woli (zaciągania zobowiązań) wobec innego wykonawcy (ORFIX),

co podważa skuteczność przedstawionego wraz z ofertą zobowiązania do udostępnienia zasobów (jako podpisanego przez osobę nieuprawnioną) i implikuje konieczność wezwania ORFIX do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (podmiotowych środków dowodowych), bądź to w zakresie

pełnomocnictwa dla Pani H.K. do podpisania zobowiązania, bądź też w zakresie przedstawienia innego zobowiązania do udostępnienia zasobów, względnie w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu samodzielnie,

b. w sytuacji, gdy treść zobowiązania Saferoad do udostępnienia potencjału nie określa, jaki w jaki dokładnie sposób ORFIX będzie polegał na zasobach Saferoad, tj. jaki dokładnie zakres zamówienia (jaka część zamówienia, w jakiej proporcji i w zakresie jakich czynności) Saferoad wykona, co uniemożliwia weryfikację spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem nie daje podstaw do oceny, czy sposób udostępnienia zasobów przez Saferoad jest wystarczający dla umożliwienia korzystania z nich przy realizacji zamówienia i czy gwarantuje należyte wykonanie zamówienia przez ORFIX albo Saferoad (w istocie nie wiadomo, kto zamówienie będzie wykonywał);

do doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu pomimo obowiązku odrzucenia takiej oferty, a tym samym do naruszenia przez Zamawiającego **art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy PZP**.

W związku z ww. zarzutami Odwołujący wniósł o:

1.uwzględnienie odwołania w całości,

2.nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

3.nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty ORFIX,

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia żądania wskazanego w pkt 3 powyżej,

4.nakazanie Zamawiającemu wezwanie ORFIX do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, tj. zobowiązania do udostępnienia zasobów w taki sposób, aby wskazywało ono precyzyjny sposób udostępnienia doświadczenia i dokładny zakres udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia, tj. jaki dokładnie zakres zamówienia (jaką część zamówienia, w jakiej proporcji i w zakresie jakich czynności) Saferoad wykona

5.nakazanie Zamawiającemu wezwanie ORFIX do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, bądź to w zakresie pełnomocnictwa dla Pani H.K. do podpisania zobowiązania, bądź też w zakresie przedstawienia innego zobowiązania do udostępnienia zasobów podpisanego przez osobę umocowaną, względnie w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu samodzielnie.

Zamawiający w dniu 11 grudnia 2023 r. przekazał do Krajowej Izby Odwoławczej oraz do Odwołującego oświadczenie o uznaniu odwołania. W związku z ww. oświadczeniem, Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie w sprawie KIO 3608/23 zainicjowanej wniesieniem odwołania – najprawdopodobniej postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego wobec uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego (odpis postanowienia nie został jeszcze Odwołującemu doręczony, Odwołujący dysponuje jedynie informacja o zniesieniu terminu posiedzenia wyznaczonego pierwotnie na dzień 15 grudnia 2023 r. oraz dostępną na stronie internetowej KIO informacją o ogłoszeniu w tej sprawie postanowienia).

W dniu 12 grudnia 2023 r. (o czym Odwołujący dowiedział się w dniu 21 grudnia 2023 r.) Zamawiający wezwał wykonawcę ORFIX do:

•złożenia wyjaśnień odnośnie do zobowiązania podmiotu trzeciego oraz do uzupełnienia tego dokumentu w taki sposób, aby wskazywał on precyzyjny sposób udostępnienia doświadczenia i dokładny zakres udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia,

•wyjaśnienia i potwierdzenia zakresu pełnomocnictwa dla Pani H.K., ewentualnie jego uzupełnienia w sposób potwierdzający umocowanie pełnomocnika do składania oświadczeń woli jako podmiot trzeci.

W dniu 15 grudnia 2023 r. wykonawca ORFIX przedstawił Zamawiającemu wyjaśnienia wskazując, że:

•złożona przez niego oferta nie przewidywała powierzenia całości przedmiotu zamówienia polegającego na zimowym utrzymaniu dróg gminnych sprzętem mechanicznym na terenie Gminy Kobierzyce Saferoad Grawil sp. z o.o. (dalej: „Saferoad"), tj. podmiotowi trzeciemu, zaś zgodnie z jego wolą oraz ustaleniami z Saferoad, podmiot ten jako jego podwykonawca miał realizować część zakresu przedmiotu zamówienia ustalony na 50% przedmiotu zamówienia, zaś udostępnienie zasobów przez Saferoad nastąpić miało na czas niezbędny do realizacji zamówienia;

•pełnomocnictwo udzielone Pani H.K. w pełni upoważniało ją do podpisywania w imieniu Saferoad zarówno zobowiązania do udostępnienia zasobów, jak również innych dokumentów i oświadczeń.

Ponadto ORFIX załączył do wyjaśnień dokumenty pochodzące od podmiotu trzeciego potwierdzające ww. okoliczności, tj. oświadczenie podpisane przez członka zarządu Saferoad w sprawie pełnomocnictwa dla Pani H.K. oraz zobowiązanie Saferowad do udostępnienia potencjału z dnia 15 grudnia 2023 r. wskazujące na zamiar realizacji 50% zamówienia.

W dniu 21 grudnia 2023 r. Zamawiający ponownie dokonał wyboru oferty ORFIX jako oferty najkorzystniejszej.

1.2. uzasadnienie zarzutów dotyczącego niewykonania żądań podniesionych w uwzględnionym odwołaniu

Przystępując do uzasadnieniu pierwszego z podniesionych zarzutów należy przede wszystkim zauważyć, że w odwołaniu wniesionym uprzednio (w dniu 30 listopada 2023 r.) do Krajowej Izby Odwoławczej sformułował jeden zarzut podstawowy (zasadniczy), i kolejny (w istocie dwa kolejne) zarzuty ewentualne. Zarzuty te zostały podniesione – co

wprost wynika z treści odwołania – ewentualnie, jedynie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu podniesionego wcześniej (tj. zarzutu podstawowego).
Podniesione zarzuty zostały skorelowane z wnioskami (żądaniami) co do rozstrzygnięcia odwołania – te również zostały sformułowane jako: wniosek podstawowy: o nakazanie odrzucenia oferty ORFIX, oraz ewentualny: o nakazanie wezwania ORFIX do uzupełnienia – w przypadku nieuwzględnienia wniosku sformułowanego na pierwszym miejscu.
Zaznaczenia w tym zakresie wymaga, że stanowisko dopuszczające możliwość zgłaszania obok żądania głównego również żądania ewentualnego wyrażone zostało w licznych orzeczeniach Sądu Najwyższego (por. uzasadnienia wyroków Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 1979 r. sygn. akt IV CR 403/78, z dnia 14 października 1999 r. sygn. akt I PKN 325/99, z dnia 8 czerwca 2001 r. sygn. akt I PKN 490/00, z dnia 24 czerwca 2009 r. sygn. akt I CSK 510/08 oraz postanowień: z dnia 20 kwietnia 1966 r. sygn. akt I CZ 29/66, z dnia 20 maja 1987 r. sygn. akt I CZ 55/87, z dnia 6 grudnia 2006 r. sygn. akt IV CZ 96/06 oraz z dnia 28 października 2008 r. sygn. akt I PZ 25/08).
Z kolei w orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych generalnie dopuszczono możliwość podnoszenia również zarzutów o charakterze ewentualnym. Jak bowiem słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 1 października 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 53/21. „Zarzut ewentualny na gruncie niniejszego postępowania należy zestawić z powszechnie przyjętym i uznanym cywilistycznym roszczeniem ewentualnym. Ani prawo zamówień publicznych ani kodeks postępowania cywilnego nie precyzują pojęcia zarzutu ewentualnego. Jednakże ani jeden, ani drugi akt prawny nie ograniczają możliwości sformułowania zarzutu czy też roszczenia ewentualnego. Dodatkowo judykatura dopuszcza taką konstrukcję procesową. Skoro zatem dopuszczalne jest podnoszenie roszczenia ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie KPC, to także w pełni dopuszczalne jest podnoszenie zarzutu ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie sPzp."
Mając na uwadze wskazane podobieństwo konstrukcji żądania (roszczenia) i zarzutu ewentualnego, ocena zarzutów ewentualnych winna być dokonywana według tożsamych zasad, według których żądania (roszczenia) ewentualne są rozstrzygane przez sądy powszechne.
W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, iż żądanie ewentualne zgłaszane jako dodatkowe na wypadek niemożności uwzględnienia przez Sąd żądania zasadniczego, jest szczególnym przypadkiem kumulacji roszczeń. Przy uwzględnieniu żądania zasadniczego Sąd nie orzeka w ogóle o żądaniu ewentualnym, a czyni to jedynie, gdy brak podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego (tak: wyroki Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 1996 r., III CRN 58/95, nie publ., z dnia 12 stycznia 2012 r., IV CSK 219/11, nie publ. i z dnia 4 października 2012 r., I CSK 100/12, nie publ.). Podobnie wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 października 2013 r., sygn. akt III CZP 58/13, OSNC 2014 nr 6, poz. 62 stwierdzając, że powód może sformułować w powództwie żądanie ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia przez sąd żądania głównego, oraz w wyroku z dnia 26 stycznia 1979 r.(sygn. akt IV CR 403) wskazując, iż zgłoszenie żądania ewentualnego stanowi szczególny przypadek kumulacji przedmiotowej w procesie - mianowicie **sąd orzeka o żądaniu ewentualnym wtedy, gdy oddali powództwo o świadczenie zgłoszone na pierwszym miejscu**.
Jak wyjaśnił dosadnie tę kwestię Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 31 stycznia 1996 r. sygn. akt III CRN 58/95:
„Żądanie ewentualne zgłaszane jest jako dodatkowe na wypadek niemożności uwzględnienia przez sąd żądania zasadniczego. Sąd rozpoznaje i rozstrzyga o żądaniu ewentualnym tylko wówczas, gdy brak podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego. Jest to szczególny przypadek kumulacji roszczeń (art. 191). Do rozstrzygnięcia o powództwie mają wówczas zastosowanie następujące zasady:
a) przy uwzględnieniu żądania zasadniczego nie orzeka się w ogóle o żądaniu ewentualnym,
b) o żądaniu ewentualnym orzeka się dopiero, gdy **brak podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego**, i **wtedy następuje oddalenie żądania zasadniczego i orzeczenie (zasądzające lub oddalające) o żądaniu ewentualnym**".
Innymi słowy, każdorazowe uwzględnienie żądania ewentualnego (również: zarzutu ewentualnego) jest immanentnie powiązane z oddaleniem zarzutu i żądania zasadniczego (podstawowego, sformułowanego na pierwszym miejscu).
Stanowisko powyższe potwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu postanowienia z dnia 2 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17 wskazując, iż:
„Izba za niezasadne uznała zarzuty główne dotyczące zaniechania odrzucenia oferty. Natomiast za zasadne uznała zarzuty zgłoszone jako ewentualne (na wypadek nie uwzględnienia zarzutów głównych), a dotyczące naruszenia art. 87 ust. 1 pzp oraz art. 90 ust.1 Pzp w zakresie zaniechania wszczęcia procedury wyjaśniającej.
Przekładając brzmienie powyższego przepisu na grunt niniejszej sprawy wskazać należało, że skoro odwołanie skarżącego (...) sp. zo.o. zostało oddalone w części i jednocześnie w części zostało uwzględnione, a tym samym również sprzeciw (...) został w części uwzględniony i w części oddalony co do zarzutów skierowanych przeciwko jego ofercie, za całkowicie prawidłowe należało uznać rozstrzygnięcie Izby w zakresie obciążenia stron kosztami postępowania po połowie, albowiem roszczenia obu stron zostały w części uwzględnione jak i w części oddalone. (…)

Jedynie na marginesie należało wskazać, że przepisy ustawy Pzp w zakresie postepowania odwoławczego przed Izbą w inny sposób, niż ma to miejsce w procedurze cywilnej podchodzą do formułowania i rozpatrywania zarzutów ewentualnych zawartych w odwołaniu. Tym samym **błędne jest stanowisko skarżącego, iż Izba w całości uwzględniła zarzuty jego odwołania, uwzględniając tylko zarzuty ewentualne**. Powyższe wynika już z charakteru samego rozstrzygnięcia wyroku Izby, która w pkt. 3 oddaliła odwołanie właśnie w stosunku do zarzutów głównych. Natomiast orzeczenie Sądu Powszechnego w postępowaniu cywilnym wydane po rozpoznaniu środka zaskarżenia w którym sformułowano obok zarzutów głównych, zarzuty ewentualne, zawsze zawiera rozstrzygnięcie całościowe."

Z tej przyczyny, w uwzględnienie w całości odwołania z dnia 30 listopada 2023 r. oznaczało uwzględnienie go w zakresie zarzutu podstawowego (zasadniczego). Składając takie oświadczenie procesowe – które było przecież podstawą umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w sprawie KIO 3608/23 – Zamawiający winien był dokonać czynności zgodnie z zasadniczym żądaniem odwołania – a więc powinien odrzucić ofertę złożoną przez ORFIX.

Zaniechanie powyższego obowiązku stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego art. 522 ust. 1 ustawy PZ.

1.3.Uzasadnienie zarzutów dotyczących niezgodności oferty z ustawą oraz nieważności na podstawie odrębnych przepisów

Wobec braku wykonania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty ORFIX zgodnie z zasadniczym żądaniem uwzględnionego wcześniej odwołania, celowe jest ponowne sformułowanie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia tej oferty.

W tym zakresie wskazać należy, że ORFIX już w chwili złożenia oferty zadeklarował, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego, tj. Saferoad.

Jednocześnie w formularzu ofertowym ORFIX oświadczył, że zamierza powierzyć podwykonawcy (Saferoad) wykonanie prac w zakresie: „Realizacja zimowego utrzymania dróg gminnych sprzętem mechanicznym na terenie gminy Kobierzyce przez cały okres obowiązywania umowy".

Tak określony zakres powierzenia prac podwykonawcy wyczerpuje w istocie całość przedmiotu zamówienia.

Dostrzeżenia bowiem wymaga, że przedmiotem zamówienia udzielanego w Postępowaniu, zgodnie z postanowieniem rozdziału IV pkt 1 specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) jest„zimowe utrzymanie dróg gminnych w wielkości ok. 160 km sprzętem mechanicznym na terenie gminy Kobierzyce". Przedmiot ten określony został niemal identycznie jak zakres udziału podmiotu udostępniającego zasoby i jednocześnie zakres prac powierzanych podwykonawcy: obejmuje on bowiem:

•zimowe utrzymanie
•dróg gminnych
•sprzętem mechanicznym,
•na terenie Gminy Kobierzyce.

Poza ww. czynnościami w rozdziale IV SWZ zostały opisane wyłącznie zadania o charakterze ubocznym, takie jak np. potwierdzanie wykonania prac Zamawiającemu czy przedkładanie dokumentów potwierdzających zatrudnienie pracowników w oparciu o umowę pracy.

Czynności takie, jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 5 maja 2021 r. sygn. akt Zs 11/21, nie konstytuują realizacji przedmiotu zamówienia ani żadnej jego części (w kontekście znaczeniowym pojęcia użytego w przepisie art. 462), lecz mają wyłącznie charakter czynności organizacyjno-koordynacyjnych. Nie sposób bowiem uznać, że o wykonywaniu zamówienia można mówić w sytuacji, gdy zakres udziału ogranicza się do czynności czysto organizacyjnych. Nie stanowią one de facto świadczeń realizowanych na rzecz Zamawiającego, trudno zatem uznać, aby ich wykonywanie mogłoby stanowić wykonywanie zamówienia w sensie faktycznym.

Tym samym stwierdzić należy, że ORFIX zadeklarował wolę powierzenia podwykonawcy prac wyczerpujących całość przedmiotu zamówienia. Takie oświadczenie pozostaje w sprzeczności z przepisami art. 462 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 17 ust. 2 ustawy PZP.

Zgodnie z art. 462 ust. 1 ustawy PZP wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. A contrario zatem nie może wykonawca powierzyć podwykonawcy wykonania całości zamówienia.

Stosownie zaś do postanowienia art. 17 ust. 2 ustawy PZP, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Nie można zatem powierzać realizacji zamówienia podmiotowi, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy (nie złożył oferty podlegającej ocenie Zamawiającego we wszystkich jej aspektach, zarówno podmiotowych, jak i przedmiotowych). Powierzenie całości prac podwykonawcy (który swojej oferty w postępowaniu nie składał) stanowi sytuację analogiczną do tej, jak gdyby zamówienie zostało udzielone podwykonawcy – prowadzi więc do naruszenia przepisu art. 17 ust. 2 ustawy PZP lub co najmniej stanowi próbę jego obejścia – co musi być uznane na mocy art. 58 § 1 k.c. okoliczność prowadzącą do nieważności czynności prawnej (oferty przewidującej powierzenie całości prac podwykonawcy).

Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 5 maja 2021 r. sygn. akt Zs 11/21:

„Nie ulega wątpliwości, że na gruncie prawa zamówień publicznych, zarówno na poziomie prawodawstwa Unii Europejskiej, jak i regulacji krajowych, możliwe jest wykorzystanie podwykonawstwa w trakcie realizacji zamówienia publicznego. Dyrektywa (...) w przepisie 71 ust. 2 konsekwentnie posługuje się pojęciem "any share of the contract it may intend to subcontract", nie pozostawiając zaś alternatywy w postaci "all of the contract", a więc nie dopuszczając możliwości wskazania, że całość zamówienia będzie realizowana przez podwykonawcę. W konsekwencji implementacji dyrektyw zamówieniowych z 2014 r. zarówno w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (art. 2 pkt 9b) jak i w przepisach ustawy z dnia 11 września 2019 r. tejże ustawy (art. 7 pkt 27) wprowadzono definicję umowy o podwykonawstwo, w których wyraźnie wskazano, że są to umowy na mocy których odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązują się wykonać część zamówienia. Co więcej ustawodawca konsekwentnie w art. 36a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. jak i w nowelizacji z dnia 11 września 2019 r. w art. 462 ustawy Prawo zamówień publicznych określił, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. **Podkreślić należy, że wykładnia literalna obu norm nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe. Przyjęcie odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuację, w których poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcy, zamawiający de facto udzielałby zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy - pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień publicznych. A taka sytuacja byłaby niezgodna zarówno z zasadą udzielania zamówienia jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa jak i zasadą transparentności. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia".**

Stanowisko powyższe prezentowane jest szeroko również w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2023 r. sygn. akt KIO 907/23, wyrok z dnia 14 czerwca 2023 r. sygn. akt KIO 1492/23; KIO 1527/23 czy wyrok z dnia 2 czerwca 2023 r. sygn. akt KIO 1388/23, w którym Izba uznała za prawidłową decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy w sytuacji, gdy wskazany w ofercie zakres prac powierzanych podwykonawcy pokrywał się z całością przedmiotu zamówienia udzielanego w ramach danego zadania/oferty częściowej).

W świetle powyższego zasadne i konieczne było odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę ORFIX na podstawie art. 224 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy PZP.

W tym zakresie dodatkowo wskazuję, że nie mogą mieć znaczenia dla oceny zasadności odrzucenia oferty zawarte w wyjaśnieniach złożonych przez ORFIX twierdzenia, jakoby nie zamierzał on powierzać podmiotowi Saferoad całości, a jedynie 50% przedmiotu zamówienia. Bez znaczenia pozostają również w tym zakresie uzupełnione przez ORFIX dokumenty, w szczególności uzupełnione zobowiązanie Saferoad do udostępnienia potencjału, wskazujące na zamiar Saferoad realizacji jedynie 50% zimowego utrzymania dróg gminnych sprzętem mechanicznym na terenie gminy Kobierzyce.

Oświadczenia takie, przedstawione Zamawiającemu już po dacie złożenia oferty, nie mogą w żaden sposób zmienić jej pierwotnej treści – jest to bowiem na mocy art. 223 ust. 1 ustawy PZP niedopuszczalne. W oświadczeniu zawartym w ofercie (jej pierwotnej treści) próżno jest szukać jakiegokolwiek odniesienia do zamiaru powierzenia podwykonawcy jedynie części (50%) prac z zakresu zimowego utrzymania. Nie sposób zatem nie odnieść wrażenia, iż wskazany w wyjaśnieniach z dnia 15 grudnia i załączonym do nich zobowiązaniu Saferoad) zamiar powierzenia temu podmiotowi jedynie 50% prac z zakresu zimowego utrzymania, stanowi w istocie zmianę pierwotnego i wyartykułowanego w ofercie zamiaru powierzenia 100% takich prac. Zmiana ta zresztą mogła zostać spowodowana wyłącznie odwołaniem wniesionym uprzednio w dniu 30 listopada 2023 r. – którą to czynnością Odwołujący zapewne przekonał ORFIX, że taki zakres podwykonawstwa jest niedopuszczalny.

Ponadto nie można wykluczyć, że zakres prac, które zamierzał on powierzyć podwykonawcom, będzie szerszy niż wynikających z zamiaru korzystania z zasobów Saferoad. Nie można przecież wykluczyć, aby ORFIX zamierzał powierzyć inne części zamówienia (pozostałe 50% w stosunku do udziału zadeklarowanego w uzupełnionym w dniu 15 grudnia 2023 r. zobowiązaniu) innym jeszcze podmiotom. Sformułowanie użyte w jego ofercie (dotyczące zamiaru powierzenia realizacji zimowego utrzymania dróg gminnych sprzętem mechanicznym na terenie gminy Kobierzyce podwykonawcy) otwiera wykonawcy ORFIX możliwość podzlecenia całości przedmiotu zamówienia – co oczywiście prowadziłoby do niezgodności oferty ORFIX z ustawą PZP.

Sama zaś oferta, już po jej złożeniu, nie może zaś podlegać żadnym modyfikacjom, wyjaśnieniom czy interpretacjom (które w istocie prowadziłyby do zmiany jej pierwotnej treści). Mogłoby to bowiem sprawiać wrażenie negocjowania treści oferty już po jej złożeniu – co w świetle ugruntowanego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest niedopuszczalne (por. pkt 31 wyroku Trybunału z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 Manova, podobnie w pkt 37 wyroku Trybunału z dnia 5 grudnia 2013 r. w sprawie C-561/12 Nordecon oraz w pkt wyroku z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s.).

Zgodzić się należy również ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonej w uzasadnieniu wyroku z dnia 17

kwietnia 2023 r. sygn. akt KIO 907/23, zgodnie z którym

„procedura wyjaśniania treści oferty nie może co do zasady skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. Za nieuprawnione - zdaniem Izby - jest wzywanie wykonawców do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w sytuacji, której treść oferty jest jasna i nie budzi wątpliwości, nawet jeśli ta oferta jest sprzeczna ze SWZ. Procedura wyjaśnień oferty nie stanowi bowiem narzędzia do zmiany treści oferty wykonawcy, ale wyłącznie do ustalenia jej znaczenia, w sytuacji istniejących, obiektywnych wątpliwości interpretacyjnych co do jej treści. Tymczasem w analizowanym stanie faktycznym, oświadczenie Konsorcjum było jasne i precyzyjne. Wykonawca oświadczył, że 100% zamówienia zostanie powierzona podwykonawcom. Irrelewantne dla sprawy są pierwotne intencje Konsorcjum, powoływanie się na posiadane doświadczenie i zamiar osobistego wykonania zamówienia. Jak Izba wyjaśniła powyżej, wykonawca, jako profesjonalista, jest zobowiązany do starannego i przemyślanego wypełnienia formularza oferty. Konsekwencje oświadczeń złożonych przez Konsorcjum w formularzu oferty obarczają wykonawcę, bowiem wykonawca jest ich autorem.”.

1.4. uzasadnienie zarzutów dotyczących zaniechania wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że deklaracja Saferoad do wykonania 50% przedmiotu zamówienia, nie wskazująca w ogóle, jakie to prace Saferoad miałby wykonać, nie pozwala Zamawiającemu na stwierdzenie, czy sposób udostępnienia potencjału i zakres udziału Saferoad zapewnia ORFIX realną możliwość korzystania z udostępnionego potencjału w trakcie realizacji zamówienia publicznego.

Zobowiązanie to określa zakresu udziału Saferoad w wykonaniu zamówienia w sposób bardzo ogólny i abstrakcyjny – jako 50% zamówienia. Nie wynika z niego jednak, według jakiego klucza będzie ustalony ów pięćdziesięcioprocentowy udział Saferod w realizacji zamówienia, tj. nie wiadomo, jakie konkretnie czynności w ramach przedmiotu zamówienia miałby zrealizować podmiot udostępniający zasoby.

Bez tej informacji Zamawiający nie ma możliwości dokonania oceny, czy stosunek łączący ORFIX oraz Saferoad zapewnia realny dostęp do niezbędnej wiedzy i doświadczenia i czy udział Saferowad w wykonywaniu zamówienia jest wystarczający, do zapewnienia faktycznej możliwości korzystania z udostępnianych zasobów. Nie sposób wykluczyć przecież takiej możliwości, iż ów udział miałby dotyczyć jedynie czynności organizacyjnych, takich jak zapewnienie sprzętu (pojazdów), bazy magazynowej, czy też materiałów do zwalczania śliskości zimowej (których wartość może sięgnąć połowie wartości zamówienia), a których zapewnienie przez Saferoad w żaden sposób nie zapewni wykonawcy ORFIX możliwości korzystania z wiedzy i doświadczenia „udostępnianych” przez Saferoad.

W tym zakresie Odwoławczą w pełni aprobuje i podziela pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2023 r. sygn. akt KIO 922/23, gdzie wskazano, że: „W świetle treści SWZ, w tym przedmiotu zamówienia, treści oferty i dokumentów złożonych przez wykonawcę Kompens, **bez uzyskania informacji jakie roboty przy realizacji zamówienia miałby wykonać ww. podwykonawca, nie jest możliwa ocena czy 50% udział tego podwykonawcy wskazany w pkt 11 ppkt 2 oferty jest wystarczający dla uznania realności zasobów czy zbyt mały**. Przed podjęciem czynności co do oferty Przystępującego konieczne jest ustalenie **konkretnego** (na ile to możliwe przy przyjętej formule "zaprojektuj i wybuduj") **zakresu udziału podmiotu udostępniającego** zasoby w realizacji zamówienia.”.

Dostrzeżenia wymaga, że w stanie faktycznym sprawy Zamawiający pismem z dnia 12 grudnia 2023 r. zwrócił się do ORFIX z żądaniem uzupełnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów „w taki sposób, aby wskazywało ono **precyzyjny sposób** udostępnienia doświadczenia i dokładny zakres udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia, tj. **jaki dokładnie zakres** zamówienia (jaką część zamówienia, w jakiej proporcji i **w zakresie jakich czynności**) Saferoad wykona”.

ORFIX powyższemu wezwaniu nie uczynił za dość, bowiem przekazał zobowiązanie, które w ogóle nie wskazywało konkretnych czynności, które Saferoad miałby wykonać – a jedynie sprowadzało się do wskazania, że wykona on 50% całego zamówienia.

Mając to na uwadze, ponowne wzywanie do uzupełnienia zobowiązania w analogicznym zakresie nie jest już dopuszczalne – co oznacza, że wskazana nieprecyzyjność winna prowadzić do uznania, że ORFIX nie będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem niezbędnym do wykonania zamówienia.

Tym samym, konieczne jest nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty ORFIX również na podstawie art. art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 118 ust. 1 i 4 oraz art. 119 ustawy PZP.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 stycznia 2024 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

Dnia 2 stycznia 2024 r. FB Serwis Wrocław sp.z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucono Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

1.art. 522 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w uprzednio wniesionym przez Odwołującego odwołaniu, w szczególności zaniechanie odrzucenia oferty ORFIX pomimo

złożenia oświadczenia o uwzględnieniu tegoż odwołania, c o doprowadziło do wydania przez Krajową Izbę Odwoławczą oświadczenia o umorzeniu postępowania odwoławczego w tym zakresie,

2.art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy PZP oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 *ustawy* PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ORFIX pomimo, iejest ona niezgodna z przepisami ustawy, tj. z art. 462 ust. 1 ustawy PZP oi- aż art. 17 ust. 2 ustawy PZP, bowiem wykonawca ten zadeklarował wolę powierzenia podwykonawcy, na którego zasobach polega, Saferoad Grawil sp. z o.o. realizacji zimowego utrzymania dróg gminnych sprzętem mechanicznym na terenie Gminy Kobierzyce przez cały okres obowiązywania umowy, co w istocie wyczerpuje całość przedmiotu zamówienia, podczas gdy powierzenie realizacji całości zamówienia podwykonawcy jest na mocy powołanego art. 462 ust. 1 ustawy PZP niedopuszczalne, a nadto zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy PZP zamówienie może być udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, zaś dopuszczenie do realizacji zamówienia w całości przez podwykonawcy jest sprzeczne z ww. zasadą lub co najmniej prowadzi do jej obejścia — co na mocy art. 58 § 1 k.c., stosowanym na mocy odesłania z art. 8 ust. 1 ustawy PZP prowadzi również do nieważności oferty,

3.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 118 ust. 1 i 4 oraz art. 119 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty 0RPIX, pomimo że wykonawcaten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż powołał się na wiedzę i doświadczenie udostępniane przez Saferoad, przedstawiając w tym celu zobowiązanie do udostępnienia zasobów, które nie wskazuje precyzyjnie sposobu udostępniania doświadczenia i dokładnego zakresu udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia, (nie wskazują, jakie konkretnie czynności Saferoad wykona), a jedynie w ogólny sposób wskazuje zamiar wykonania przez ten podmiot abstrakcyjnie określonego zakresu 50% zamówienia, co nie pozwala na ocenę, czy sposób udostępniania zasobów i zakres udziału Saferoad jest wystarczający dla zapewnienia realnego dysponowania przez ORFIX udostępnionymi zasobami w postaci wiedzy i doświadczenia wymaganych przez Zamawiającego, przy czym ORFIX był już wzywany do udostępnienia zobowiązania Saferoad w powyższym zakresie stąd też ponowne stosowanie *wobec* niego procedury sanacyjnej przewidzianej w art. 128 ust. 1 ustawy nie jest już dopuszczalne.

Odwołujący w związku z powyższym wnosi o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającego odrzucenie oferty 0RFIX, a ponadto o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu (faktury), który przedłożony zostanie na rozprawie.

Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem przedstawionym przez Odwołującego w odwołaniu z dnia 2 stycznia 2024 r. Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie naruszył wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy.

Odwołanie powinno zostać oddalone z uwagi na brak interesu prawnego Odwołującego. Zamawiający, jak poinformował na stronie internetowej prowadzonego postępowania zamierza przeznaczyć kwotę 1.560.000,00 złotych. Zamawiający nie posiada środków większej ilości środków na realizację tego zadania. Oferta Odwołującego (2.43S.400,00 złotych) znacząco przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego postępowania. W sytuacji odrzucenia, o co wnosi Odwołujący oferty wykonawcy ORFIX, Zamawiający zmuszony będzie unieważnić postępowanie z uwagi na kwotę przekraczającą możliwości finansowe Zamawiającego.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej,które jest ugruntowane *„odwołanie jest środkiem ochrony prawnej, którym celem jest zmiana sytuacji wykonawcy, polegającej na możliwości wyboru oferty wykonawcy odwołującego się. Celem postępowania odwoławczego nie jest zapewnienie zgodności czynności zamawiającego z prawem in abstracto. Wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia jest koniecznym warunkiem rozpoznania przez Izbę wniesionego odwołania. Brak wykazania łącznego spełniania przesłanek interesu we wniesieniu odwołania wymienionych w przepisie art. 505 ust 1 p.z.p. zawsze będzie prowadzić do oddalenia odwołania, to bez potrzeby rozpoznania jego zarzutów.“* (wyrok KIO 798/23z dnia 5 kwietnia 2023 r.). **Kluczowe jest, aby wnoszący odwołanie wykonawca mógł (jak wymaga tego art. 505 ust. 1 p.z.p.)** wykazać że ma **lub** miał **interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz wskutek wadliwych (skarżonych) czynności Zamawiającego poniósł lub może ponieść szkodę. Brak wykazania tych elementów skutkuje oddaleniem odwołania, nawet jeżeli merytorycznie byłoby ono zasadne** (wyrok KIO z dnia 27 marca 2023 r. KIO 540/23). Również w wyroki KIO z dnia 8 października 202 l r. KIO 1571/21 Izba wskazała, że *„analiza przepisu art. 505 ust. 1 p.z.p. prowadzi do wniosku, że w celu korzystania ze środków ochrony prawej wykonawca zobowiązany jest wykazać nie tylko interes w uzyskaniu zamówienia, ale także poniesienie lub możliwość poniesienia szkody z powodu działań lub zaniechań zamawiającego. Obydwie te przesłanki muszą być spełnione łącznie. Ponadto między szkodą grożąca wykonawcy, a naruszeniami ustawy Pzp zarzucanymi w odwołaniu, musi zostać wykazany adekwatny związek przyczynowo - skutkowy. Powyższe wynika z charakteru postępowania odwoławczego. **Postepowanie odwoławcze ma***

bowiem na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki* ochrony *prawnej, a nie* ochronę *interesu* publicznego *przez sprawowanie nadzoru nad prawidłowością* prowadzenia *postępowania."

Zarzut naruszenia art. 522 ust. 1 wskazany przez Odwołującego jest w ocenie Zamawiającego bezzasadny. Zamawiający najpierw, dnia 11 grudnia 2023 r., unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie poinformował Krajową Izbę Odwoławczą, że dokonał powyższej czynności oraz że zamierza wezwać Przystępującego do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień. Zatem Zamawiający powtórzył czynność badania i oceny ofert czego konsekwencją był ponowny wybór oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej. Pisma Zamawiającego nie należy postrzegać przez pryzmat art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła wcześniejsze postępowanie (postanowienie z dnia 14 grudnia 2023 r. KIO 3608/23) na podstawie art. 568 pkt 2) PZP z uwagi na jego zbędność.

Zdaniem Zamawiającego Przystępujący nie powierzył realizacji całości zamówienia podwykonawcy Saferoad. Z dokumentów postępowania jednoznacznie wynika, że wykonawca polega jedynie na doświadczeniu podmiotu trzeciego. Sprzęt oraz personel posiada sam Przystępujący. Oferta Przystępującego u Zamawiającego nie budziła żadnych wątpliwości co do tego, że nie mamy do czynienia z powierzeniem realizacji zamówienia w 100%. Jednakże po pierwszym odwołaniu Odwołującego, Zamawiający zdecydował się, aby skorzystać z możliwości prawnych, które daje ustawa Prawo zamówień publicznych i wezwał Przystępującego, aby upewnić się w swoim stanowisku oraz potwierdzić raz *jeszcze,* to co znajdowało się już w dokumentach przetargowych, do złożenia wyjaśnień co do zakresu w jakim będzie uczestniczył podmiot trzeci przy realizacji przedmiotowego postępowania.

Jak trafnie wskazuje Przystępujący w swoim piśmie z dnia 8 stycznia 2024 r. wskazanie procentowego udziału prac jakie zostaną przekazane do wykonania podwykonawcom stanowi narzędzie do ustalenia zgodności oferty wykonawcy m.in. z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp (wyrok KIO 907/23 z dnia 17 kwietnia 2023 r.).

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 września 2023 r. nr 2023/S 180-563754.

W dniu 2 stycznia 2024 r. wykonawca FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich wniósł odwołanie wobec wyboru oferty najkorzystniejszej, zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Pana B.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ORFIX B.O. w Tyńcu nad Ślęzą (dalej **ORFIX**") w Postępowaniu oraz zaniechania wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w tym dokumentów potwierdzających dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

1. **art. 522 ust. 1 ustawy PZP** poprzez zaniechanie wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w uprzednio wniesionym przez Odwołującego odwołaniu, w szczególności zaniechanie odrzucenia oferty ORFIX pomimo złożenia oświadczenia o uwzględnieniu tegoż odwołania, co doprowadziło do wydania przez Krajową Izbę Odwoławczą oświadczenia o umorzeniu postępowania odwoławczego w tym zakresie,
2. **art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy PZP oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ORFIX pomimo że jest ona niezgodna z przepisami ustawy, tj. z **art. 462 ust. 1 ustawy PZP** oraz **art. 17 ust. 2 ustawy PZP**, bowiem wykonawca ten zadeklarował wolę powierzenia podwykonawcy, na którego zasobach polega, Saferoad Grawil sp. z o.o. (dalej: „**Saferoad**") realizacji zimowego utrzymania dróg gminnych sprzętem mechanicznym na terenie Gminy Kobierzyce przez cały okres obowiązywania umowy, co w istocie wyczerpuje całość przedmiotu zamówienia,

podczas gdy powierzenie realizacji całości zamówienia podwykonawcy jest na mocy przywołanego art. 462 ust. 1 ustawy PZP niedopuszczalne, a nadto zgodnie z art. 17 ust 2 ustawy PZP zamówienie może być udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, zaś dopuszczenie do realizacji zamówienia w całości przez podwykonawcę jest sprzeczne z ww. zasadą lub co najmniej prowadzi do jej obejścia – co na mocy art. 58 § 1 k.c., stosowanym na mocy odesłania z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, prowadzi również do nieważności oferty,

3. **art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 118 ust. 1 i 4 oraz art. 119 ustawy PZP** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ORFIX, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż powołał się na wiedzę i doświadczenie udostępniane przez Saferoad, przedstawiając w tym celu zobowiązanie do udostępnienia zasobów które nie wskazuje precyzyjnie sposobu udostępnienia doświadczenia i dokładnego zakresu udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia, (nie wskazują, jakie konkretnie czynności Saferoad wykona),

a jedynie w ogólny sposób wskazuje na zamiar wykonania przez ten podmiot abstrakcyjnie określonego zakresu 50% zamówienia,

co nie pozwala na ocenę, czy sposób udostępnienia zasobów i zakres udziału Saferoad jest wystarczający dla zapewnienia realnego dysponowania przez ORFIX udostępnionymi zasobami w postaci wiedzy i doświadczenia

wymaganych przez Zamawiającego,

przy czym ORFIX był już wzywany do udostępnienia zobowiązania Saferoad w powyższym zakresie, stąd też ponowne stosowanie wobec niego procedury sanacyjnej przewidzianej w art. 128 ust. 1 ustawy nie jest już dopuszczalne.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 stycznia 2024 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca- B.O. prowadzący działalność gospodarczą, pod firmą ORFIX Zakład Usługowy B.O. w Kobierzycach.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący przy zgłoszeniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2024 r. (pismo z dnia 8 stycznia 2024 r.), jak również pismem procesowym z dnia 18 stycznia 2024 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. art. 522 ust. 1 ustawy PZP, W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

3) jest niezgodna z przepisami ustawy;

4) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 58 KC,

§ 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy.

§ 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

§ 3. Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.

Zgodnie z art. 462 ust. 1 ustawy PZP, Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy PZP, Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy PZP, Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych;

Zgodnie z art. 118 ust. 4 ustawy PZP, 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.

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

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego,

konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nr 2 i nr 3 znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie w powyższym zakresie zasługuje na uwzględnienie. Natomiast w zakresie zarzutu nr 1 odwołania, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, ze względu na cofnięcie tego zarzutu przez Odwołującego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba w pierwszej kolejności odniesie się do braku interesu prawnego po stronie Odwołującego wskazywany przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, jak i Przystępującego w piśmie procesowym, ze względu na to, iż Zamawiający nie posiada środków większej ilości na realizację zadania, a oferta Odwołującego na kwotę 2.435.400,00 zł znacząco przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego postępowania, przy czym Zamawiający w dniu 23 października 2023 r. poinformował na stronie prowadzonego postępowania, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 1.560.000,00 zł.

Jednocześnie Zamawiający stwierdził, iż w sytuacji odrzucenia oferty Przystępującego zmuszony będzie unieważnić postępowanie z uwagi na kwotę przekraczającą możliwości finansowe Zamawiającego. Nadto na wniosek Przystępującego z dnia 7 grudnia 2023 r. Zamawiający odpowiedział Przystępującemu w dniu 8 grudnia 2023 r., że: „ Zamawiający nie dysponuje środkami finansowymi pozwalającymi na zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do kwoty przynajmniej 2.435.400,00 zł. Zamawiający nie planuje też zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia do kwoty przynajmniej 2.435.400,00 zł, w przypadku, gdyby po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego przez Krajową Izbę Odwoławczą ze względu na leżący po stronie Zamawiającego brak możliwości zwiększenia kwoty, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia przynajmniej do kwoty 2 435 400,00 zł brutto, Zamawiający unieważniłby postępowanie przetargowe z uwagi na upływ miesięcy zimowych oraz długie terminy przetargu unijnego i nie rozpisywałby nowego postępowania”.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, jak i Przystępującego jakoby Odwołujący nie miał legitymacji do wniesienia odwołania z uwagi na fakt, że cena zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu przez Odwołującego przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że unieważnienie postępowania z powodu okoliczności opisanych w art. 255 pkt 3 ustawy PZP w przypadku, gdyby oferta Odwołującego w wyniku rozstrzygnięcia Izby stała się najkorzystniejsza, na moment rozpoznania odwołania ma wyłącznie charakter hipotetyczny. Takie przyszłe i niepewne zdarzenie nie może prowadzić do stwierdzenia braku legitymacji do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Tym samym nie można odmówić wykonawcy możliwości korzystania z tych środków, możliwa jest bowiem sytuacja, w wyniku, której Zamawiający będzie miał możliwość zwiększenia kwoty na realizację zadania, zaś sama oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu i została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu złożonych ofert.

Biorąc powyższe pod uwagę, *w* ocenie Izby Odwołujący wykazał przesłanki wynikające z art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odnosząc się natomiast do zarzutów merytorycznych, Izba wskazuje, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy PZP oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ORFIX pomimo że jest ona niezgodna z przepisami ustawy, tj. z art. 462 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 17 ust. 2 ustawy PZP, bowiem wykonawca ten zadeklarował wolę powierzenia podwykonawcy, na którego zasobach polega, Saferoad Grawil sp. z o.o. (dalej: „Saferoad”) realizacji zimowego utrzymania dróg gminnych sprzętem mechanicznym na terenie Gminy Kobierzyce przez cały okres obowiązywania umowy, co w istocie wyczerpuje całość przedmiotu zamówienia, podczas gdy powierzenie realizacji całości zamówienia podwykonawcy jest na mocy przywołanego art. 462 ust. 1 ustawy PZP niedopuszczalne, jest zdaniem Izby zasadny.

Izba zważa, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z

przepisami ustawy, natomiast w myśl art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.
Izba zważa, że Przystępujący składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, zadeklarował, iż w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego, tj. z podwykonawcy firmy Saferoad Grawil Sp. z o.o.
Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, iż przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest „zimowe utrzymanie dróg gminnych w wielkości ok. 160 km sprzętem mechanicznym na terenie gminy Kobierzyce" (pkt IV ust. 1 SWZ), przy czym co istotne Przystępujący w formularzu ofertowym wskazał, że zamierza powierzyć ww. podwykonawcy wykonanie prac w postaci „Realizacja zimowego utrzymania dróg gminnych sprzętem mechanicznym na terenie gminy Kobierzyce przez cały okres obowiązywania umowy – udostępnienie wiedzy i doświadczenia".
Nadto powyższe pokrywa się z zobowiązaniem podmiotu udostępniającego zasoby z dnia 18 października 2023 r., stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ, z którego wynika, iż Saferoad Grawil Sp. z o.o. wskazałw pkt „c) zakres i okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący: Realizacja zimowego utrzymania dróg gminnych sprzętem mechanicznym na terenie gminy Kobierzyce przez cały okres obowiązywania umowy".
Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż zgodnie z art. 462 ust. 1 ustawy PZP, Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Tak więc z powyższej normy prawnej wynika, iż dany wykonawca nie może powierzyć podwykonawcy wykonania całości zamówienia.
Izba zważa, że Zamawiający pismem z dnia 12 grudnia 2023 r. wezwał Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy PZP m.in. do złożenia wyjaśnień odnośnie zobowiązania podmiotu trzeciego i zakresu jego udziału w zamówieniu oraz do uzupełnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów w taki sposób, aby wskazywało ono precyzyjny sposób udostępnienia doświadczenia i dokładny zakres udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia tj. jaki dokładnie zakres zamówienia (jaką cześć zamówienia, w jakiej proporcji i w zakresie jakich czynności) Saferoad Grawil Spółka z o.o. wykona w zamówieniu. W odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący złożył Zamawiającemu wyjaśnienia pismem z dnia 15 grudnia 2023 r., w którym Przystępujący stwierdził, iż złożona przez Przystępującego oferta „nie przewidywała powierzenia całości przedmiotu zamówienia polegającego na zimowym utrzymaniu dróg gminnych sprzętem mechanicznym na terenie Gminy Kobierzyce Saferoad Grawil sp. z o.o. (...) moją wolą było, aby Saferoad jako mój podwykonawca realizował część zakresu przedmiotu zamówienia. Zakres ten wraz z Saferoad ustaliliśmy na 50% przedmiotu zamówienia".
Izba chciałaby w tym miejscu zwrócić uwagę, iż wskazany w wyjaśnieniach z dnia 15 grudnia 2023 r. wraz z załączonym do ww. wyjaśnień uzupełnionym zobowiązaniem do udostępnienia zasobów, tj. zobowiązaniem podwykonawcy Saferoad Grawil Sp. z o.o., zamiar powierzenia temu podmiotowi 50% prac z zakresu zimowego utrzymania dróg gminnych sprzętem mechanicznym na terenie gminy Kobierzyce przez cały okres obowiązywania umowy, jest w ocenie Izby po pierwsze oświadczeniem, które w rzeczywistości nie odpowiada oświadczeniu zawartemu w formularzu ofertowym ani zobowiązaniu podmiotu udostepniającego zasoby z dnia 18.10.2023 r., w którym mowa jest jedynie o realizacji zimowego utrzymania dróg gminnych sprzętem mechanicznym na terenie gminy Kobierzyce przez cały okres obowiązywania umowy bez określenia jakiegokolwiek procentu prac z zakresu zimowego utrzymania dróg, a po drugie dopiero w uzupełnionym zobowiązaniu podwykonawca Saferoad Grawil Sp. z o.o. wpisał realizację 50% zimowego utrzymania dróg gminnych sprzętem mechanicznym na terenie gminy Kobierzyce przez cały okres obowiązywania umowy.
Warto w tym miejscu powołać również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2023 r. o sygn. akt KIO 907/23, na który powołuje się Zamawiający i Przystępujący, zgodnie z którym: „Wskazanie procentowego udziału prac jakie zostaną przekazane do wykonania podwykonawcom stanowi narzędzie do ustalenia zgodności oferty wykonawcy m.in. z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp". Izba zgadza się z poglądem tamtejszego składu orzekającego, jednakże w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z taką sytuacją, ponieważ procentowy udział prac podwykonawcy Saferoad Grawil Sp. z o.o. został wskazany dopiero w wyjaśnieniach i uzupełnionym zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby z dnia 15 grudnia 2023 r., tj. po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne w kontekście art. 223 ust. 1 ustawy PZP.
Izba zważa, że zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.
Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, iż oświadczenie złożone przez Przystępującego z dnia 15 grudnia 2023 r., jak również zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. podwykonawcy Safaroad Grawil Sp. z o.o. z dnia 15 grudnia 2023 r. są oświadczeniami, które de facto doprowadzają do zmiany treści złożonej oferty (formularza oferty) przez Przystępującego w jej pierwotnym brzmieniu.
Izba, za Odwołującym, uznała, iż wskazany w ofercie zakres prac powierzanych podwykonawcy Saferoad Grawil Sp. z o.o. pokrywał się w takiej sytuacji z całością przedmiotu zamówienia udzielanego w ramach przedmiotowego

zamówienia poprzez zimowe utrzymanie dróg gminnych sprzętem mechanicznym na terenie Gminy Kobierzyce przez cały okres obowiązywania umowy, co w ocenie Izby pozostaje w sprzeczności z normą prawną opisaną w art. 462 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 17 ust. 2 ustawy PZP.

Tym samym, Izba nie zgadza się z argumentacją Przystępującego, który w piśmie procesowym stwierdził, iż „od początku oferta Przystępującego zakładała powierzenie Saferoad części zamówienia", ponieważ wola taka została, jak już Izba powyżej zważyła, dopiero w wyjaśnieniach i zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby z dnia 15 grudnia 2023 r.

Konkludując, w ocenie Izby, zarzut ten jest zasadny.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 118 ust. 1 i 4 oraz art. 119 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ORFIX, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż powołał się na wiedzę i doświadczenie udostępniane przez Saferoad, przedstawiając w tym celu zobowiązanie do udostępnienia zasobów które nie wskazuje precyzyjnie sposobu udostępnienia doświadczenia i dokładnego zakresu udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia, (nie wskazują, jakie konkretnie czynności Saferoad wykona), jest zdaniem Izby zasadny.

Izba zważa, że zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy PZP, Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

Z kolei w myśl art. 118 ust. 4 ustawy PZP, 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.

W pierwszej kolejności Izba zważa, że z uzupełnionego zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, tj. Saferoad Grawil Sp. z o.o. z dnia 15 grudnia 2023 r. do realizacji 50% zimowego utrzymania dróg gminnych sprzętem mechanicznym na terenie gminy Kobierzyce przez cały okres obowiązywania umowy nie wynika, jakie konkretnie czynności w ramach przedmiotu zamówienia miałby zrealizować podmiot udostępniający zasoby Saferoad Grawil Sp. z o.o.

Bez wskazania tych konkretnych czynności, zdaniem Izby Zamawiający nie ma możliwości dokonania oceny, czy stosunek łączący Przystępującego oraz podmiot udostępniający zasoby Saferoad Grawil Sp. z o.o. zapewnia realny dostęp do niezbędnej wiedzy i doświadczenia i czy udział Saferoad Grawil Sp. z o.o. w wykonywaniu zamówienia jest wystarczający do zapewnienia faktycznej możliwości korzystania z udostępnianych zasobów.

W związku powyższym, Izba nie popiera argumentacji Przystępującego, który w piśmie procesowym stwierdził, iż Przestępujący „ w sposób precyzyjny określił sposób udostępnienia doświadczenia oraz dokładny zakres udziału podmiotu udostępniającego zasoby tj. Saferoad poprzez wykonanie 50% przedmiotu zamówienia (...)... informacja ta jest wystarczająco precyzyjna".

Warto w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2023 r. o sygn. akt KIO 922/23, w którym wskazano, że: „W świetle treści SWZ, w tym przedmiotu zamówienia, treści oferty i dokumentów złożonych przez wykonawcę Kompens, bez uzyskania informacji jakie roboty przy realizacji zamówienia miałby wykonać ww. podwykonawca, nie jest możliwa ocena czy 50% udział tego podwykonawcy wskazany w pkt 11 ppkt 2 oferty jest wystarczający dla uznania realności zasobów czy zbyt mały. Przed podjęciem czynności co do oferty Przystępującego konieczne jest ustalenie konkretnego (na ile to możliwe przy przyjętej formule "zaprojektuj i wybuduj") zakresu udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia.", a Izba w pełni podziela pogląd tamtejszego składu orzekającego.

Nadto Izba zważa, że w stanie faktycznym sprawy Zamawiający pismem z dnia 12 grudnia 2023 r. zwrócił się do Przystępującego z żądaniem uzupełnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów „w taki sposób, aby wskazywało ono precyzyjny sposób udostępnienia doświadczenia i dokładny zakres udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia tj. jaki dokładnie zakres zamówienia (jaką część zamówienia, w jakiej proporcji i w zakresie jakich czynności) Saferoad Grawil Sp. z o.o. wykona w zamówieniu", przy czym co istotne Przystępujący nie uczynił zadość powyższemu wezwaniu, ponieważ w uzupełnionym zobowiązaniu w ogóle nie wskazał konkretnych czynności, które Saferoad Grawil Sp. z.o.o. miałby wykonać, ograniczając się jedynie do wskazania, że wykona on 50% przedmiotu

zamówienia (pkt d).

Na marginesie, Izba wskazuje, iż Przestępujący był już wzywany do udostępnienia zobowiązania Saferoad Grawil Sp. z o.o. w powyższym zakresie, stąd też ponowne stosowanie wobec niego procedury sanacyjnej przewidzianej w art. 128 ust. 1 ustawy PZP nie jest już możliwe, ponieważ jak przyjmuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń może być dokonywane tylko raz w stosunku do tego samego braku lub tego samego błędu dotyczącego określonego oświadczenia lub dokumentu.

Biorąc powyższe pod uwagę, zarzut ten jest w ocenie Izby zasadny.

Nadto Izba zważa, że dowody dołączone przez Przystępującego do pisma procesowego w postaci umowy nr RŚZiZP.UM z 2022 r. (projekt) oraz umowy nr RŚZiZP.UM z 2023 r. (projekt), nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego**.**

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: ……