

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 12 marca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 25 lutego 2025 r. przez odwołującego – wykonawcę **I.K.** prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą **DROZNAK I.K.**, ul. Konwaliowa 6, 63-900 Masłowo w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Wrocław, Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu**, ul. Długa 49, 53-633 Wrocław

przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego uczestnika – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **ZABERD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław, **ROTOMAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Stabłowicka 134, 54-062 Wrocław

orzeka:

1 Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniach 1 i 2, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w zadaniach 1 i 2 i nakazuje ponowną ocenę złożonych ofert na zadania 1 i 2.

2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego 10.000 zł 00 gr. (dziesięć tysięcy złotych) wpisu oraz 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) kosztów odwołującego;
- 2.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego 13.600 zł 00 gr (trzynaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu wpisu oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 696/25

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Gminę Wrocław, Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu, w trybie przetargu nieograniczonego na *bieżące utrzymanie oznakowania pionowego oraz zabezpieczenie awarii w pasie drogowym na ternie miasta Wrocławia w podziale na 3 zadania* (nr postępowania *TXZ/EEO/260/136/2024/TG*), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych 10.12.2024 r., 2024/BZP 00643146, wobec czynności odrzucenia oferty na zadania 1 i 2, wniesione zostało 25.02.2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy I.K. – DROZNAK I.K. (sygn. akt KIO 696/25).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt. 3 p.z.p. w zw. z art. 118 ust. 2 p.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako rzekomo niezgodnej z przepisami ustawy pomimo tego, że oferta odwołującego jest zgodna z przepisami ustawy (zarzut główny), w szczególności spełnia warunki określone w art. 118 ust. 2 ustawy tj. potwierdza, że odwołujący ma realną możliwość polegania na zdolnościach podmiotu trzeciego – firmy TIOMAN Group sp. z o.o., gdyż podmiot ten zadeklarował faktyczne zaangażowanie w wykonaniu przedmiotowego zamówienia;
- 2.art. 223 ust. 1 p.z.p. poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niewezwanie odwołującego do wyjaśnień treści oferty celem ustalenia zakresu, który odwołujący ma zamiar powierzyć do wykonania podwykonawcy, jeżeli złożone przez odwołującego wyjaśnienia spowodowały powstanie po stronie zamawiającego nowych wątpliwości w tym zakresie (zarzut ewentualny);
- 3.art. 128 ust. 1 i 4 p.z.p. w zw. z art. 118 ust. 2 i 3 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do poprawienia lub uzupełnienia lub wyjaśnienia zobowiązania, o którym mowa w art. 118 ust. 3 p.z.p., poprzez przedłożenie zobowiązania, z którego wynikać będzie, że wskazany przez odwołującego podwykonawca udostępniający zasoby wykona przedmiot zamówienia udzielanego w postępowaniu w zakresie prac wskazanych w treści warunku udziału w postępowaniu, wobec czego odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu (zarzut ewentualny).

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w zakresie zadań 1 i 2, czynności odrzucenia oferty odwołującego, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert i dokonania wyboru oferty odwołującego w zadaniach 1 i 2, ewentualnie wezwanie odwołującego do wyjaśnień w zakresie złożonej oferty i podmiotowych środków dowodowych.

Zamawiający poinformował o czynnościach stanowiących podstawę zarzutów 20.02.2025 r.

Odwołujący nie zgadza się z oceną dokonaną przez zamawiającego, w której wskazał, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego nie potwierdziły, że podmiot udostępniający zasoby w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, będzie faktycznie wykonywał roboty budowlane i usługi stanowiące przedmiot zamówienia.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia oferty w zakresie podwykonawstwa oraz zakresu robót do wykonania przez podwykonawcę, wskazał:

„Jednoznacznie wyjaśniamy i potwierdzamy, zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, iż firma TIOMAN GROUP Sp. z o. o., udostępniająca zasoby dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w postaci wymaganego doświadczenia, będzie wykonywała przez cały okres trwania umowy dostawy asortymentu, niezbędne do realizacji bieżącego utrzymania oznakowania. Ponadto firma TIOMAN GROUP Sp. z o. o., deklarując swoje doradztwo i doświadczenie, wykazane w zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby i w wykazie robót gwarantuje rzeczywiste wsparcie, polegające na faktycznym zaangażowaniu w wykonanie zamówienia i pomoc przy realizacji części montażu”.

Z przedłożonych wraz z ofertą dokumentów, jak i treści dodatkowych wyjaśnień wynika zatem bezspornie, że Tioman Group Sp. z o.o. udostępni swoje zasoby w zakresie wymaganego doświadczenia w sposób realny i rzeczywisty, poprzez faktyczny udział i zaangażowanie w wykonaniu zamówienia. W szczególności przesądzą o tym wprost wyjaśnienia wykonawcy z dnia 5 lutego 2025 r. stanowiące o udostępnieniu przez Tioman Group Sp. z o.o. swego doświadczenia poprzez faktyczne zaangażowanie w wykonanie zamówienia oraz zobowiązanie Tioman Group Sp. z o.o. z dnia 7 stycznia 2025r., w którym wskazano, że stosunek, jaki ma łączyć Tioman Group Sp. z o.o. z odwołującym ma mieć charakter umowy podwykonawczej, a nie umowy o świadczenie usług doradczych, konsultacyjnych lub nadzorczych.

W przypadku dalszych wątpliwości zamawiający zobowiązany był zwrócić się do odwołującego z kolejnym wezwaniem do wyjaśnienia treści oferty. W sytuacji wątpliwości dotyczących oświadczenia podmiotu trzeciego, do którego nie ma zastosowania art. 223 ust. 1 ustawy, zastosowanie winien mieć art. 128 ustawy. Zamawiający zaniechał zastosowania przewidzianych w tym przepisie norm nakazujących wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, ewentualnie wyjaśnienia ich treści.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie (pismo z 11.03.2025 r.).

Zamawiający podtrzymując decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego wskazał, że postawiony warunek udziału w postępowaniu nie dotyczy dostawy, ale utrzymania i/lub wdrażania zmian organizacji ruchu docelowego i właśnie takie czynności powinien wykonać podmiot udostępniający zasoby. Podmiot powinien jako podwykonawca uczestniczyć w realizacji części zamówienia, która była objęta warunkiem.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili po stronie zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: ZABERD Sp. z o.o. z/s we Wrocławiu i ROTOMAT Sp. z o.o. z/s we Wrocławiu Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym odnosi się do podstawy zarzutów (pismo z 11.03.2025 r.).

Odwołujący na posiedzeniu wniósł opozycję wobec przystąpienie po stronie zamawiającego konsorcjum Zaberd/Rotomat kwestionując skuteczność zgłoszenia przystąpienia przez podmiot nieuprawniony. O braku skuteczności czynności procesowej świadczyć ma brak umocowania dla osoby wnoszącej przystąpienie, która działała na podstawie i w zakresie umocowania od lidera konsorcjum wskazanego w treści pełnomocnictwa z kwietnia 2024 r., które miało być niewystarczające z uwagi na zakres umocowania wynikający z pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum z grudnia 2024 r. Odwołujący wskazywał na wątpliwości tak co do ustalenia, czy lider konsorcjum był uprawniony do udzielenia pełnomocnictwa substytucyjnego, jak również kwestionował status osoby wnoszącej przystąpienie w świetle warunków określonych w art. 510 Ustawy.

Zgodnie z art. 526 ust. 2 Ustawy *Izba uwzględni opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. W przeciwnym przypadku Izba oddala opozycję.* Uwzględniając podstawę zgłoszonej opozycji należy wskazać, że odwołujący nie odnosił się do istnienia lub braku interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, skupiając całość argumentacji na ocenie umocowania dla osoby wnoszącej przystąpienie, dla której pełnomocnictwo zostało załączone wraz z przystąpieniem, podobnie jak pełnomocnictwo współkonsorcjanta ROTOMAT dla lidera wskazujące, m.in. na uprawnienie

do przystępowania w imieniu konsorcjum do postępowań odwoławczych (pkt 6). Zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu ust. 2 Izba zobowiązana była do oddalenia opozycji. Odnosząc się natomiast do oceny skuteczności zgłoszenia przystąpienia skład orzekający nie podzielił stanowiska odwołującego, jego oceny i wniosku, że przystąpienie wniesione zostało przez podmiot nieuprawniony. Nie budzi żadnych wątpliwości, w świetle jednoznacznych zapisów pełnomocnictwa z 12.12.2024 r., że podmiotem uprawnionym do wniesienia przystąpienia w imieniu konsorcjum była spółka ZABERD Sp. z o.o., jak również, że przystąpienie zgłoszone zostało w imieniu konsorcjum, jako wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne. W treści pełnomocnictwa wskazane zostało również, że *Lider będzie reprezentował Konsorcjum przez osoby upoważnione do jego reprezentacji lub przez osoby posiadające jego stosowne pełnomocnictwa*. W ocenie składu orzekającego, treść pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum nie ingeruje w zasady reprezentacji spółki, w tym również nie ma znaczenia dla ustalenia ważności udzielonego wcześniej pełnomocnictwa rodzajowego dla osoby reprezentującej spółkę, ustanowioną liderem konsorcjum. Odwołujący nie wykazał, aby pełnomocnictwo z 09.04.2024 r. zostało odwołane. Odwołujący nie kwestionował również samego zakresu pełnomocnictwa, wskazując jednak na naruszenie art. 510 Ustawy, który określa osoby mogące być pełnomocnikiem w postępowaniu odwoławczym. Na podstawie tego przepisu pełnomocnikiem może być, m.in. osoba pozostająca w stosunku zlecenia, czy też pracownik spółki. Konsorcjum przesłało do akt sprawy wraz z pismem procesowym dodatkowe pełnomocnictwo z 10.03.2025 r., w którym wskazane zostało, że pełnomocnik ZABERD Sp. z o.o., który wniósł przystąpienie jest pracownikiem spółki, co w ocenie składu orzekającego w sposób dostateczny rozwiewało wątpliwości zgłaszane przez odwołującego, co do ustalenia, czy przystąpienie zostało wniesione przez podmiot uprawniony do reprezentowania konsorcjum w postępowaniu odwoławczym, tj. lidera konsorcjum. Należy również krytycznie odnieść się do wniosku odwołującego o braku możliwości uzupełnienia ewentualnych braków pełnomocnictwa, co potwierdza, m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 27.09.2023 r., sygn. akt XXIII Zs 46/23, w którym oceniając przystąpienie jako skuteczne, Sąd przyjął pełnomocnictwo złożone do akt sprawy, potwierdzając przy tym możliwość usunięcia braków wcześniejszego pełnomocnictwa na podstawie art. 511 ust. 2 Ustawy w zakresie daty, która nie mogła przesądzać o nieprawidłowości przystąpienia jako czynności procesowej.

W związku z podtrzymaniem zarzutów odwołanie podlegało rozpoznaniu na rozprawie.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), dalej jako „Ustawa”.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym swz, ofertę odwołującego, jak i wyjaśnienia z 05.02.2025 r., a także stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła.

Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na bieżącym utrzymaniu oznakowania pionowego oraz zabezpieczenia awarii w pasie drogowym na terenie miasta Wrocławia, w podziale na 3 zadania. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik do swz. Zadanie 1 i 2 obejmuje:

- utrzymywanie istniejących elementów oznakowania pionowego docelowego w należyтым stanie technicznym i estetycznym polegające na ich naprawie lub wymianie;
- wdrażanie zmian w organizacji ruchu docelowego.

Zgodnie z pkt 5 OPZ

Wykonawca udzieli gwarancji na:

5.1) materiał:

- a) dla znaków i tablic wykonanych z folii odblaskowej na podkładzie z blachy ocynkowanej – 60 miesięcy
- b) dla konstrukcji wsporczych ocynkowanych – 60 miesięcy,
- c) dla innych elementów – 24 miesiące,

5.2) montaż poszczególnych elementów oznakowania pionowego docelowego – min. 24 miesiące

5.3) malowanie powierzchni konstrukcji wsporczych – 36 miesięcy.

Zgodnie z pkt 6.4 OPZ

Oznakowanie pionowe tymczasowe będzie realizowane przy użyciu elementów oznakowania stanowiących własność Wykonawcy lub pozostających w jego dyspozycji, zaś konserwacja oznakowania pionowego i wdrażanie zmian w docelowych organizacjach ruchu przy użyciu elementów oznakowania zakupionych/wyprodukowanych przez Wykonawcę lub otrzymanych od Zamawiającego.

Odwołujący złożył ofertę na zadania 1 i 2. W formularzu oferty, pkt 10 dotyczący podwykonawstwa wykreślił.

Do oferty załączone zostało zobowiązanie podmiotu trzeciego, udostępniającego zasoby w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia z pkt IV.4 swz, tj:

WYKONAWCA SPEŁNI POWYŻSZY WARUNEK, JEŻELI WYKAŻE, ŻE:

wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w miastach powyżej 100.000 mieszkańców:

- dla zadania 1: zamówienia w zakresie utrzymania i/lub wdrażania zmian organizacji ruchu docelowego łącznie na kwotę co najmniej 400.000,00 zł brutto, w tym co najmniej jedno zamówienie o wartości 200.000,00 zł brutto;

- dla zadania 2: zamówienia w zakresie utrzymania i/lub wdrażania zmian organizacji ruchu docelowego łącznie na kwotę co najmniej 400.000,00 zł brutto, w tym co najmniej jedno zamówienie o wartości 200.000,00 zł brutto.

W zobowiązaniu podmiot TIOMAN Group Sp. z o.o. wskazał:

1) zakres moich/naszych zasobów dostępnych Wykonawcy:

w odniesieniu do spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, wykaże że zrealizował w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert roboty o łącznej wartości co najmniej 400 000,00 zł brutto w zakresie wdrożenia organizacji ruchu docelowego w mieście powyżej 100 000 mieszkańców, zgodnie z zapisem rozdziału IV pkt. 1 ust. 4) SIWZ

2) sposób wykorzystania moich/naszych zasobów przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia:

wiedza i doświadczenie w formie konsultacji, doradztwo, przekazywanie know-how w zakresie niezbędnym do należytej realizacji zamówienia przez cały okres jego trwania

3) charakteru stosunku, jaki będzie mnie/nas łączył z Wykonawcą:

umowa o podwykonawstwo przez cały okres trwania realizacji zamówienia

4) zakres mojego/naszego udziału przy wykonywaniu zamówienia:

dostawa oznakowania w okresie trwania realizacji zamówienia

5) okres wykorzystania moich/naszych zasobów przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia:

przez cały okres trwania realizacji zamówienia

Zgodnie z swz, pkt IV:

6. Zamawiający oceni, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

7. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

8. Wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

Zamawiający pismem z 31.01.2025 r. wezwał odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 oraz art. 187 Ustawy do wyjaśnienia treści oferty, wskazując:

Państwo, jako wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia i chcący skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia musicie zapewnić, że podmiot udostępniający zasoby faktycznie wykona roboty budowlane lub usługi, do realizacji których określone zdolności są wymagane.

W złożonym przez Państwa Formularzu Oferty pkt. 10 dotyczący podwykonawstwa został przez Państwo wykreślony, co stoi w sprzeczności z przedłożonymi dokumentami na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający przypomina, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 stycznia 2022 r. wyjaśniła, że „podmioty udostępniające zasoby muszą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako podwykonawcy, wykonując usługi do realizacji których zdolności były wymagane i określone przez zamawiającego. Udział podmiotu trzeciego polegający np. wyłącznie na prowadzeniu działalności o charakterze doradczym lub nadzorującym, nie gwarantuje, że wykonawcy zostaną rzeczywiście udostępnione zasoby niezbędne do wykonania zamówienia. Liczy się zatem tylko rzeczywiste wsparcie wykonawcy polegające na faktycznym zaangażowaniu w wykonanie zamówienia w zakresie wymaganego doświadczenia, dla wykazania którego zasoby podmiotu trzeciego zostały udostępniane.”

Mając powyższe na uwadze Zamawiający wzywa do jednoznacznego wyjaśnienia oferty w zakresie podwykonawstwa oraz, jeśli zasadne, zakresu robót do wykonania przez podwykonawcę.

W wyjaśnieniach z 05.02.2025 r. odwołujący wskazał na nowe brzmienie oświadczenia z pkt 10 formularza oferty, tj. potwierdził udział podwykonawcy – TIOMAN Group Sp. z o.o. w zakresie obejmującym dostawę oznakowania w okresie trwania realizacji zamówienia, wiedza i doświadczenie w formie konsultacji, doradztwo, przekazywanie know-how w zakresie niezbędnym do należytej realizacji zamówienia przez cały okres jego trwania.

Jednoznacznie wyjaśniamy i potwierdzamy, zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, iż firma TIOMAN GROUP Sp. z o.o., udostępniająca zasoby dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w postaci wymaganego doświadczenia, będzie wykonywała przez cały okres trwania umowy dostawy asortymentu, niezbędne do realizacji bieżącego utrzymania oznakowania.

Ponadto firma TIOMAN GROUP Sp. z o.o., deklarując swoje doradztwo i doświadczenie, wykazane w zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby i w wykazie robót gwarantuje rzeczywiste wsparcie, polegające na faktycznym zaangażowaniu w wykonanie zamówienia i pomoc przy realizacji części montażu.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego jako niezgodną z przepisami ustawy z uwagi na niespełnienie przez wykonawcę wymogu określonego w art. 118 ust. 2 Ustawy, wskazując w piśmie z 20.02.2025 r. w uzasadnieniu, że podmiot gwarantuje jedynie wsparcie polegające na zaangażowaniu i pomocy przy realizacji części montażu. Na tej podstawie zamawiający stwierdził, że wykonawca nie potwierdził, iż wskazany w ofercie podmiot trzeci firma TIOMAN GROUP Sp. z o.o., udostępniająca zasoby dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej faktycznie wykona roboty budowlane i usługi będące przedmiotem zamówienia.

20.02.2025 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniach 1 i 2 (oferta przystępującego).

Izba uwzględniła odwołanie, gdyż decyzja o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Ustawy oparta na stwierdzeniu, że podmiot udostępniający wykonawcy zasoby w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej nie będzie zaangażowany jako podwykonawca i gwarantować ma jedynie wsparcie i pomoc przy realizacji części montażu, nie mogło prowadzić do odrzucenia oferty, jako niezgodnej z przepisami Ustawy. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia, na podstawie tego stwierdzenia wnioskował, że podmiot nie będzie faktycznie wykonywał robót budowlanych i usług związanych z przedmiotem zamówienia, co miało naruszać art. 118 ust 3 Ustawy.

Na wstępie należy zauważyć, że odrzucając ofertę jako niezgodną z przepisami Ustawy, zamawiający zaniechał wcześniejszego wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający oceniając zobowiązanie podmiotu do udostępnienia zasobów za niewystarczające dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu zobowiązany był na podstawie art. 128 Ustawy wezwać wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, co umożliwiłoby zarówno uzupełnienie samego zobowiązania (jeżeli zawierałoby ono braki), jak również wykazanie, że odwołujący samodzielnie lub z powołaniem na potencjał innego podmiotu, spełnia warunek dotyczących doświadczenia. Powyższe nie miało jednak decydującego znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż skład orzekający uznał, że sama ocena oferty, jako niezgodnej z przepisami Ustawy nie była prawidłowa, co objęte było zarzutem podstawowym.

Zamawiający w sposób błędny ocenił ofertę wskazując przy tym, że oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby określające sposób wykorzystania zasobów, jak i wyjaśnienia samego wykonawcy dotyczące udziału podwykonawcy w realizacji prac, miały uzasadniać jej odrzucenie. Jak wskazano powyżej, co do zasady, wadliwym było samo uznanie, że skutkiem oceny niedostatecznego zaangażowania podmiotu trzeciego w realizację jest uznanie oferty za niezgodną z przepisami Ustawy, w sytuacji gdy zobowiązanie to stanowiło podmiotowy środek dowodowy, a na zamawiającym spoczywałby obowiązek uzupełnienia oceny podmiotowej wykonawcy. Również w odniesieniu do oceny zaangażowania podmiotu udostępniającego zasoby, ocena zamawiającego jest w ocenie składu orzekającego nieprawidłowa.

Na wstępie Izba wskazuje, że oświadczenie samego wykonawcy dotyczące zaangażowania potencjalnego podwykonawcy na etapie realizacji zamówienia nie musi prowadzić zawsze do stwierdzenia, że oferta podlegać będzie odrzuceniu. Skład orzekający podziela stanowisko Sądu Zamówień Publicznych, wyrażone m.in. w wyroku z 03.09.2024 r., sygn. akt XXIII Zs 77/24, w którym podkreślono znaczenie, jakie dla złożonego w ofercie oświadczenia i ewentualnej podstawy odrzucenia oferty, ma zastrzeżenie przez zamawiającego obowiązku osobistego wykonania części wskazanych prac. Sąd potwierdził, że informacja dotycząca części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, żądana przez zamawiającego na podstawie art. 462 ust. 2 Ustawy, ma charakter informacyjny (jako że żądanie to ma charakter fakultatywny). *Informacyjnego charakteru nie będzie miało jednak wskazanie w ofercie przez wykonawcę tych części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, jeżeli zamawiający w dokumentach zamówienia zastrzegł je jako wymagające osobistego wykonania przez wykonawcę (art. 60 ustawy PZP). Zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę określonych, kluczowych części zamówienia lub prac sprawia, że treść oświadczenia wykonawcy złożona w ofercie wykonawcy, stanowi jej merytoryczną zawartość, skutkującą koniecznością badania przez zamawiającego pod kątem zgodności z dokumentami zamówienia i wynikającą z tego sankcją odrzucenia oferty. Skoro zamawiający wymaga (zastrzega) wykonania prac wyłącznie przez wykonawcę składającego ofertę, to wskazanie w ofercie (dla zastrzeżonego zakresu) podwykonawcy skutkuje stwierdzeniem o sprzeczności treści oferty z dokumentami zamówienia (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, wydanie II, 2023).*

W niniejszej sprawie zamawiający nie zastrzegł żadnej części zamówienia do osobistego wykonania, co prowadzić powinno do uznania, że oświadczenie zawarte w formularzu ofertowym mogło mieć znaczenie informacyjne i nie stanowiło istotnej, rozumianej jako obligatoryjnej z punktu widzenia zobowiązania wykonawcy, treści oferty. Zamawiający uprawniony był zatem do wyjaśnienia treści oferty (co miało miejsce), a wyjaśnienia wykonawcy nie mogły automatycznie prowadzić do uznania, że oferta jest niezgodna z przepisami Ustawy.

Oceniając wyjaśnienia odwołującego z 05.02.2025 r. w zestawieniu z zobowiązaniem podmiotu trzeciego zamawiający uznał, że podmiot jedynie zapewnia wsparcie polegające na zaangażowaniu i pomocy przy realizacji części montażu. Na tej podstawie zamawiający stwierdził, że wykonawca nie potwierdził, iż wskazany w ofercie podmiot trzeci, firma TIOMAN GROUP Sp. z o.o., udostępniająca zasoby dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, faktycznie wykona roboty budowlane i usługi będące przedmiotem zamówienia.

Izba oceniając zobowiązanie podmiotu trzeciego uznała, że nie można pominąć szerszego kontekstu zobowiązania, w którym podmiot wprost wskazywał na umowę podwykonawczą przez cały okres realizacji zamówienia, co potwierdził również wykonawca w wyjaśnieniach dotyczących treści oferty, a w zobowiązaniu wskazany został udział w dostawie oznakowania w czasie trwania zamówienia. Zamawiający na rozprawie podkreślał, że bez wskazania na udział w „utrzymaniu i wdrożeniu oznakowania” nie można uznać, że podmiot będzie zaangażowany w realizację robót w zakresie odpowiadającym doświadczeniu. Zamawiający referował zatem do opisu warunku udziału w postępowaniu, w którym określił doświadczenie w *zakresie utrzymania i/lub wdrażania zmian organizacji ruchu*, identyfikując ten zakres faktycznie oznakowaniem, który stanowi istotny element przedmiotu zamówienia. Zgodnie z OPZ wykonawca odpowiedzialny jest za utrzymywanie istniejących elementów oznakowania pionowego docelowego w należyтым stanie technicznym i estetycznym polegające na ich naprawie lub wymianie, jak również wdrażanie zmian w organizacji ruchu docelowego. Zamówienie wymaga zatem dostawy oznakowania w całym okresie realizacji prac. Jednocześnie należy zauważyć, że opis doświadczenia w warunku nie był precyzyjny w tym znaczeniu, że nie wskazywał konkretnych czynności, jakie miałyby wypełniać znaczenie opisu „utrzymanie i/lub wdrożenie”. Zakres czynności koniecznych do potwierdzenia spełnienia warunku miała zatem charakter otwarty i nie musiał być identyfikowany wyłącznie przez pryzmat całości czynności objętych przedmiotem zamówienia. Ten niewątpliwie obejmuje dostawę oznakowania, co zostało wskazane w OPZ i objęte jest gwarancją wykonawcy (pkt 5 OPZ). Tym samym Izba uznała, że taki sposób zaangażowania jak opisany w zobowiązaniu pozwala uznać, że podmiot będzie zaangażowany przez cały okres realizacji zamówienia w prace stanowiące istotną część zamówienia, a tym samym udostępnienie zasobów miało charakter realny. Należy również podkreślić, że udział podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia nie oznacza wykluczenia z ich wykonania samego wykonawcy, a tym samym wskazanie w wyjaśnieniach, że podmiot udostępniający zasoby będzie uczestniczył w części montażu, nie mogło uzasadniać twierdzenia o braku zaangażowania w realizację prac, do których wykonania wymagane jest minimalne doświadczenie określone w warunku udziału w postępowaniu.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w

wysokości 10.000 zł oraz uzasadnione koszty zamawiającego w wysokości przewidzianej przepisami rozporządzenia, a wykazane rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciąża nimi w całości odwołującego.

Przewodnicząca:.....