Sygn. akt: KIO 2069/23

WYROK

z dnia 3 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Beata Konik

Protokolant:Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie 1 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 17 lipca 2023 r. przez odwołującego **Adamietz spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu** który działa w imieniu i na rzecz Województwa Opolskiego, przy udziale **DROG-BUD spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubojence** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, po **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą, kwotę **1 347 zł 90 gr** (słownie: tysiąc trzysta czterdzieści siedem złotych dziewięćdziesiąt groszy) poniesioną przez Odwołującego z tytułu dojazdu oraz kwotę **34 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy) tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa jako koszt poniesiony przez Odwołującego.

2.2.Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca: ……..…

Sygn. akt: KIO 2069/23

UZASADNIENIE

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu, który działa w imieniu i na rzecz Województwa Opolskiego (dalej: *„Zamawiający”*) prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn.: *„Modernizacja drogi wojewódzkiej nr 423 na odcinku Rozwadza - Zdzieszowice”,* nr postępowania: WP.3211.30.2023.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.).

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 9 maja 2023 r. nr 2023/BZP 00206860/01.

W postępowaniu tym Adamietz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich (dalej: *„Odwołujący”*) 17 lipca 2023 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp przez uznanie, że odpowiedzi udzielone przez Odwołującego z dnia 31 maja 2023 r.; dnia 19 czerwca 2023 r. oraz 28 czerwca 2023 r. nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 4.4.1. SWZ i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego;

2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp polegające na odrzuceniu oferty

Odwołującego tj. Adamietz sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich, poprzez uznanie, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 4.4.1. SWZ, pomimo, że wykazał spełnienie tego warunku doświadczenia przy pomocy zasobów podmiotu trzeciego tj. PD TRAKT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Kluczborku oraz udowodnił, że ww. podmiot trzeci wykona roboty drogowe, do realizacji których Zamawiający wymagał tego doświadczenia oraz, że zobowiązanie podmiotu trzeciego ma charakter realny,

3)art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że zmiana przez Odwołującego, oświadczenia z dnia 29 maja 2023 r. złożonego przez PD TRAKT spółka z ograniczoną odpowiedzialności sp. k. z siedzibą w Kluczborku stanowi zmianę treści oferty, podczas gdy tego rodzaju zmiana nie stanowi zmiany treści oferty, a poprawienie zakresu w odniesieniu do planowanego zaangażowania podwykonawców, w sytuacji, gdy status podwykonawcy jest przypisany podmiotowi trzeciemu znanemu na etapie składania ofert, nie wpływa na zmianę treści świadczenia wykonawcy, tym samym oferta Odwołującego nie została zmieniona, zatem nie podlegała odrzuceniu jako niezgodna z ustawą;

4)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez DROG-BUD sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie jako najkorzystniejszej, podczas gdy wykonawca ten nie przedstawił oferty najkorzystniejszej.

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

1)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2)unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

3)ponowną ocenę ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Odwołujący wyjaśnił, że go oferta jest pierwszą ofertą, która została najwyżej oceniona w kryteriach oceny ofert. W przypadku, gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów prawa i nie odrzuciłby oferty Odwołującego, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Wskutek błędnej decyzji Zamawiającego, Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania kontraktu i osiągnięcia z tego tytułu zysku, co bezpośrednio naraża Odwołującego na poniesienie szkody.

Ad zarzutów odwołania dotyczących niespełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że posłużenie się zdolnościami innych podmiotów przez wykonawcę jest dopuszczalne pod warunkiem wykazania przez niego realnego charakteru udostępnienia wymaganych zasobów, w zakresie gwarantującym wykorzystanie tych zasobów na etapie realizacji zamówienia. Wykonawca, powołując się na potencjał podmiotu trzeciego, ma zatem obowiązek wykazania, że realizując zamówienie, będzie faktycznie i w wymaganym zakresie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu.

W ocenie Odwołującego, nie ulega wątpliwości, że w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący temu obowiązkowi sprostał, a Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego stawiając dodatkowe wymogi na etapie weryfikacji ofert, niewynikające z SWZ. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy Pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ, przy czym nie jest to dopuszczalne po złożeniu ofert przez oferentów, na etapie badania ofert, a ponadto jest to obwarowane dodatkowymi wymogami określonymi w art. 137 ustawy Pzp.

Odwołujący zauważył, iż formułując warunek udziału w postępowaniu Zamawiający odniósł się do wykonania nawierzchni warstwy ścieralnej z SMA o powierzchni co najmniej 5000 m2 i oraz wartości zrealizowanych robót drogowych wskazując na kwotę 3.000.000,00 zł. Zamawiający nie wymagał doświadczenia w realizacji konkretnych robót drogowych, poza wykonaniem nawierzchni warstwy ścieralnej z SMA wskazanej w pkt 4.4.1.b. Tym samym, poza wykonaniem prac związanych z wykonaniem nawierzchni warstwy ścieralnej z SMA, nie można było zidentyfikować konkretnego zakresu prac, które miałyby być powierzone do wykonania podwykonawcy (udostępniającemu swoje doświadczenie), jako konieczne do wykonania z uwagi na wymagane zdolności. Okoliczność ta w przedmiotowym stanie faktycznym winna mieć, zdaniem Odwołującego, istotne znaczenie dla oceny zobowiązania podmiotu trzeciego, oświadczenia Wykonawcy z formularza oferty i złożonych wyjaśnień treści oferty.

Odwołujący wskazał, że roboty drogowe, polegające przede wszystkim na budowie lub naprawie nawierzchni dróg bądź warstw znajdujących się pod nawierzchnią, zaliczane są do inżynieryjnych robót budowlanych. Brak jest jednak jednolitej definicji pojęcia robót drogowych. Obejmować one mogą różny zakres.

Odwołujący podkreślił, iż na żadnym etapie, ani w SWZ, ani w wyjaśnieniach do SWZ nie wskazano definicji robót drogowych, zatem bezpodstawne jest twierdzenie Zamawiającego, sformułowane dopiero na etapie weryfikacji ofert, jakoby podmiot udostępniający zasoby miałby wykonać całość prac. Takie twierdzenie stoi w opozycji zarówno do idei udostępniania zasobów wskazanej w art. 118 – 123 ustawy Pzp, jak i postanowień SWZ. Założeniem instytucji udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci, zarówno w poprzednim jak i obecnym stanie prawnym, jest wsparcie

sektora małych i średnich przedsiębiorstw oraz umożliwienie udziału w postępowaniach przetargowych mniej doświadczonym wykonawcom.

Zdaniem Odwołującego, SWZ nie definiuje pojęcia*„robót drogowych”*. Nie sposób uznać, że każdorazowo w zakres prac drogowych wchodzą np. prace rozbiórkowe, położenie krawężników, oznakowanie, oznakowanie pionowe czy wykonanie zieleni. Wobec powyższego, nie można domniemywać, że Zamawiający wymagając doświadczenia w wykonaniu prac drogowych wymagał doświadczenia w wykonaniu prac rozbiórkowych, położeniu krawężników, oznakowaniu, oznakowaniu pionowym czy wykonaniu zieleni.

Odwołujący powołał się na stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 6 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1337/22 przy braku identyfikacji konkretnego rodzaju prac wymaganego doświadczenia, samo zapewnienie udziału w realizacji robót budowlanych przez cały okres realizacji inwestycji było wystarczającym przyrzeczeniem oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów. Ponadto Odwołujący powołał się na stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 8 stycznia 2019 r., sygn. akt: KIO 2597/18.

Zdaniem Odwołującego zakres prac wskazany w zobowiązaniu złożonym przez PD TRAKT w dniu 29 maja 2023 r. obejmuje realizację robót drogowych w standardowym zakresie, w szczególności nawierzchni warstwy ścieralnej z SMA, której wykonanie stanowiło warunek udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, przy braku identyfikacji konkretnego rodzaju prac wymaganego doświadczenia w SWZ, samo zapewnienie udziału w realizacji robót budowlanych w zakresie wskazanym w zobowiązaniu podmiotu trzeciego powinno być uznane za wystarczające przyrzeczenie oddania Odwołującemu przez PD TRAKT do dyspozycji niezbędnych zasobów.

Odwołujący wskazał, że w dotychczasowym orzecznictwie Izba reprezentowała pogląd, że jeżeli wykonawca oświadczył, że będzie realizował przedmiot zamówienia z zastosowaniem potencjału podmiotów udostępniających zasób, a nie samodzielnie, to oznacza to tyle, że bez zasobów takich podmiotów sam nie jest w stanie wykonać zamówienia. Wobec tego, jeżeli zatem wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie przy podwykonawstwie podmiotów udostępniających zasób, to tym bardziej może on skorzystać z połączonej wiedzy i doświadczenia tych podmiotów, które umożliwią należyte wykonanie zobowiązania.

Odwołujący argumentował, że Zamawiający nie może wymagać, że 100% zamówienia w zakresie robót wykona nie wykonawca, lecz wyłącznie podmiot trzeci udostępniający zasoby. Podkreślić należy, że ani polski, ani unijny ustawodawca nie wymagają , by podmiot użyczający doświadczenie musiał wykonać zamówienie w całym zakresie. Ideą udzielenia zasobów jest to, aby również wykonawca, który uzyskuje zamówienie w oparciu o doświadczenie podmiotu trzeciego, nabył doświadczenie w zakresie realizacji zamówienia. Udział w wykonywaniu zamówienia przez podmiot trzeci powinien być więc rozumiany jako realizacja, co najmniej części świadczenia wykonawcy wynikającego z umowy o zamówienie publiczne.

Odwołujący podniósł, że procentowy widział PD TRAKT przy założeniu wykonania zakresu prac wskazanego w zobowiązaniu z dnia 29 maja 2023 r., doprecyzowanego oświadczeniem z dnia 19 czerwca 2023 r., złożonym na wezwanie Zamawiającego, wynosi 79,82 %, co niewątpliwie nie jest wartością symboliczną, a w okolicznościach przedmiotowego zamówienia oraz po analizie postawionych warunków udziału w postępowaniu, pozwala twierdzić, że jest wartością odpowiednią, pozwalającą na uznanie warunku udziału w postępowaniu za spełniony.

Odwołujący wskazał, że w przypadku robót budowlanych zobowiązanie podmiotu trzeciego, zgodnie z art. 118 ust. 4 pkt 3 PZP powinno zawierać oświadczenie co do tego czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby zrealizuje roboty, do realizacji których te zdolności są wymagane. W tym zakresie oświadczenie PD TRAKT z dnia 29 maja 2023 r. zawierało wymagane informacje.

Wobec powyższego brak jest podstaw nieuznania wyjaśnień Odwołującego za wystarczające, ani do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

Ad zarzutu błędnego odrzucenia oferty Odwołującego w związku z niezgodnością treści oferty z ustawą.

Odwołujący wskazał, że w doktrynie prezentowane jest stanowisko, że jeżeli zaangażowanie podmiotu trzeciego przybiera formę podwykonawstwa, to ewentualna zmiana oświadczenia w formularzu ofertowym może być dokonana na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a wiec jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Tego rodzaju zmiana nie stanowi treści oferty, ponieważ przez treść oferty należy co do zasady rozumieć zakres świadczenia objętego zamówieniem, a nie wprowadzanie zmian w treści formularza oferty. Poprawienie zakresu w odniesieniu do planowanego zaangażowania podwykonawców, w sytuacji, gdy status podwykonawcy jest przypisany podmiotowi trzeciemu znanemu na etapie składania ofert, nie wpływa na zmianę treści świadczenia wykonawcy.

Odwołujący wskazał też, że zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp w sytuacji, gdy wykonawcy polegają na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, podmioty te muszą wykonać roboty budowlane do realizacji których wymagane jest doświadczenie oceniane na etapie prowadzenia

postępowania. W praktyce oznacza to, że podmiot trzeci musi być bezpośrednio zaangażowany w realizację zamówienia, nie na zasadzie pomocy w jego wykonaniu, a poprzez bezpośrednią realizację danego zakresu robót budowlanych. Zaangażowanie podmiotu trzeciego może przybierać formę umowy o podwykonawstwo w rozumieniu art. 7 pkt 27 ustawy Pzp szczególnie wówczas, gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, a podmiot trzeci odpowiada za spełnienie zasadniczego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w zakresie wykonania robót budowlanych. Nieprawidłowe wypełnienie formularza oferty w zakresie deklaracji co do planowanego zaangażowania podwykonawców nie dyskwalifikuje oferty. Jak wynika z art. 122 ustawy Pzp przepisy dopuszczają możliwość wprowadzania zmian co do podmiotów, które mają wykonywać zamówienie w charakterze podmiotów trzecich. W tych okolicznościach poprawienie formularza ofertowego poprzez dostosowanie jego treści do faktycznej roli przypisanej podmiotowi trzeciemu, nie stanowi istotnej zmiany w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i jest dopuszczalne.

Ponadto wskazać należy, że w przypadku, kiedy treść oświadczenia o podwykonawstwie nie jest zgodna z zakresem podwykonawstwa wynikającego z udostepnienia doświadczenia, zasadnym jest skorzystanie przez zamawiającego z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień z art. 223 ust. 1 PZP służy bowiem do wyjaśnienia niejasności w treści oferty, a zgodnie z pytaniem niejasna jest kwestia podwykonawstwa wskazanego w ofercie. Oświadczenie w tym zakresie oraz udostępnienie doświadczenia, wskazują bowiem każde na inny jego zakres. Także w takim przypadku, zmiana oświadczenia dotyczącego zakresu robót mających zostać wykonane przez podmiot udostępniający nie stanowi zmiany oferty.

Wobec powyższego brak jest podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Ad zarzutu naruszenia wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w konsekwencji wadliwego odrzucenia oferty Odwołującego. Wobec powyższego zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonał wyboru oferty w sposób wadliwy – nie wybrał najkorzystniejszej oferty, gdyż Przystępujący nie przedstawił oferty najkorzystniejszej. Ofertę najkorzystniejszą złożył Odwołujący, a jak wskazano powyżej, nie podlegała ona odrzuceniu.

W konkluzji należy stwierdzić, że Odwołujący dowiódł, że podmiot udostepniający zasoby, który spełnia warunki udziału w postępowaniu wykona roboty drogowe do realizacji, których Zamawiający wymagał doświadczenia. Wobec powyższego Zamawiający, wbrew przepisom Ustawy, bezpodstawnie przyjął, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji Zamawiający, wbrew przepisom Ustawy oraz bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego i wadliwie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

W złożonej pismem z 31 lipca 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

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

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

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił wykonawca DROG-BUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubojence (dalej: *„Przystępujący”*).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołani, piśmie Przystępującego z 31 lipca 2023 r., jak i podczas rozprawy.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: *„SWZ”*), Izba ustaliła, że warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, został zgodnie z pkt 4.4.1 określony następująco:

„Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że wykonał (zakończył) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, minimum:

a) jedno zadanie w zakresie robót drogowych o wartości co najmniej 3.000.000,00 PLN brutto na drodze o parametrach co najmniej klasy G**,*

b) nawierzchnie warstwy ścieralnej z SMA o powierzchni co najmniej 5000 m2 na jednym zadaniu.

Roboty określone w podpunkcie b) mogą być wykonane w ramach zadania określonego w podpunkcie a).

** – zamawiający poprzez roboty drogowe będzie rozumiał budowę, przebudowę, rozbudowę, modernizację lub odnowę dróg o parametrach co najmniej klasy G**.*

*** – w przypadku zadań zrealizowanych poza granicami Rzeczpospolitej Polskiej na drogach o równoważnych parametrach.*

Zamawiający z pojęcia roboty drogowe wyłącza remonty dróg i zadania, w których robotami podstawowymi była budowa kanalizacji sanitarnej.

Za drogę zamawiający uzna drogę w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1693 – tekst jednolity z późn. zm.).

Jako wykonanie (zakończenie) zadania należy rozumieć wystawienie co najmniej świadectwa przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisanie protokołu odbioru robót lub innego równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się świadectwa przejęcia).”

W pkt 4.5 Zamawiający opisał poleganie na potencjale podmiotów trzecich w sposób następujący:

„1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, 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.

2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

3. 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 art. 112 ust 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych lub o których mowa w punktach od 4.1 do 4.4 powyżej oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy, o których mowa w punkcie 4.8 poniżej.

4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

5. Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, odpowiada solidarnie z wykonawcą, który polega na jego sytuacji finansowej lub ekonomicznej, za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnione zasoby podmiot ten nie ponosi winy.

6. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w punkcie 1 powyżej nie potwierdzają spełnienia 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.

7. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w punkcie 2 powyżej, 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.

8. Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w punkcie 5.1 SWZ także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby.

9. Na wezwanie zamawiającego wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy Prawo zamówień publicznych, zobowiązany jest do przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w punkcie 5.5 SWZ potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy do wykluczenia z postępowania (do podmiotów udostępniających zasoby stosuje się odpowiednio postanowienia punktów od 5.6 do 5.7 SWZ) oraz właściwych, odpowiednich do udostępnianego zasobu (zasobów) dokumentów wskazanych w punkcie 5.4 SWZ.

10. 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."

W pkt 9.3.1 SWZ Zamawiający wskazał następujący zakres przedmiotu zamówienia:

„Przedmiotowe przedsięwzięcie obejmuje swym zakresem:

a)modernizację drogi wojewódzkiej nr 423 od km 38+445 do km 39+280,00 – ok, 0,835km oraz od km 40+318,73 do km 40+598,73 – ok.0,28 km,

b)klasa techniczna G,

c)wycinkę drzew,

d)wykonanie nasadzeń zastępczych,

e)budowę poboczy gruntowych ulepszonych o szerokości min. 1,25m,

f)przebudowę i budowę zjazdów publicznych i indywidualnych,

g)odtworzenie lub profilowanie rowów drogowych,

h)modernizację oznakowania pionowego i poziomego

Szczegółowy zakres zamówienia zawarty jest w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiarze robót."

W załączniku nr 4 do SWZ, Zamawiający określił wzór zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby na potrzeby realizacji zamówienia. W treści tego załącznika, podmiot udostępniający miał m.in. złożyć następujące oświadczenie:

„1. Oświadczam, że:

a) udostępniam wykonawcy wyżej wymienione zasoby, w następującym zakresie (należy szczegółowo określić):
.....
.....

b) sposób i okres udostępniania przeze mnie zasobów i ich wykorzystania przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący:
.....

c) jako podmiot udostępniający zasoby, w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą w następującym zakresie:
....."

Oferty w tym postępowaniu o zamówienie zostały złożone przez 5 wykonawców, w tym przez Odwołującego i Przystępującego.

Na podstawie formularza oferty Odwołującego, Izba ustaliła, że pkt 10 ma następujące brzmienie:

„10. Oświadczamy, że przedmiot zamówienia zamierzamy wykonać:

~~a) siłami własnymi~~,*

b) z udziałem podwykonawców: .....*
.....

(część zamówienia, którą wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom,
podać nazwy albo imiona i nazwiska ewentualnych podwykonawców, jeżeli są znani)"

Odwołujący wraz z ofertą złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. PD TRAKT Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kluczborku (data podpisu elektronicznego 29 maja 2023 r.) na wzorze stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ, o następującej treści:

„zobowiązuję się do udostępnienia swoich zasobów: zdolność techniczna lub zawodowa (…)

1. Oświadczam, że:

a) udostępniam wykonawcy wyżej wymienione zasoby, w następującym zakresie (należy szczegółowo określić): naszą wiedzę i doświadczenie, uzyskane podczas realizacji inwestycji polegającej na: - budowie drogi klasy GP pn. „Budowa ciągu pieszo-rowerowego na odcinku DK 42 Ligota Górna-Biadacz", o wartości 3.156.380,53 zł (brutto) – referencje z dnia 08.05.2019 r.

- wymianie nawierzchni DK nr 46 pn. „Wymiana nawierzchni drogi krajowej nr 46 odc. od km 40+100 do km 40+446 i od km 43+933 do km 44+040 oraz drogi krajowej nr 46c - obw. Otmuchowa od km 0+000 do km 3+405 o dł. 3,850 km", o wartości 2.595.801,19 PLN brutto, w ramach której wykonaliśmy nawierzchnie warstwy ścieralnej z SMA o powierzchni ponad 53 tys. m2; zakończone w październiku 20219 r.

b) sposób i okres udostępniania przeze mnie zasobów i ich wykorzystania przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący:

Udział naszej firmy w realizacji zamówienia, polegający na wykonaniu części robót budowlanych w zakresie robót drogowych oraz nawierzchni warstwy ścieralnej z SMA, przez cały okres realizacji niezbędny do wykonania zamówienia

przez Wykonawcę. Oświadczamy, iż stosunek, jaki będzie łączył naszą firmę z Wykonawcą, będzie miał charakter umowy podwykonawczej.
c) jako podmiot udostępniający zasoby, w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą w następującym zakresie:
realizacja części robót budowlanych w zakresie robót drogowych oraz nawierzchni
warstwy ścieralnej z SMA."
Pismem z 31 maja 2023 r., wobec sposobu wypełnienia pkt 10 formularza ofertowego Zamawiający zwrócił się do Odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp czy wykonawca wykona zamówienie siłami własnymi czy z udziałem podwykonawców, a jeżeli tak to w jakiej części.
Odwołujący na powyższe odpowiedział pismem z 31 maja 2023 r., w którym wyjaśnił, że sposób wypełnienia pkt 10 w ofercie jest omyłkowy. Odwołujący wskazał, że zamierza podzlecić podwykonawcom następujący zakres prac: częściowo roboty drogowe oraz nawierzchniowe – firma PD TRAKT zgodnie ze wskazaniami zobowiązania do udostepnienia zasobów oraz oznakowanie – podwykonawca nie jest jeszcze znany.
Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z 12 czerwca 2023 r., wezwał Odwołującego m.in. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia nowego zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, tj. PD TRAKT, z wyszczególnieniem jaki konkretnie zakres części robót budowlanych w zakresie robót drogowych zgodnie z pkt 4.4.1 ppkt a) oraz w zakresie warstwy ścieralnej z SMA , zgodnie z pkt 4.4.1 ppkt b) będzie wykonywał podmiot udostępniający zasoby. W ocenie Zamawiającego z oświadczenia wynika, że podmiot PD TRAKT udostępni swoje zasoby polegające na wykonaniu części robót budowlanych, jednak w treści zobowiązana nie sprecyzowano w jakiej części roboty zostaną wykonane przez podmiot udostępniający zasoby.
W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący uzupełnił załącznik nr 4 tj. zobowiązanie PD TRAKT o następującej treści:
„Zobowiązuję się do realizacji zadania polegającej na wykonaniu części robót budowlanych z wyszczególnieniem zakresu prac przedstawionych w tabeli poniżej: (…)".

Następnie pismem z 26 czerwca 2023 r., Zamawiający wskazał, że w jego ocenie nie zostało wykazane, aby PD TRAKT spełniał warunki udziału w postępowaniu, ponieważ z uzupełnionego zobowiązania tego podmiotu nie wynika aby miał on wykonać zamówienie w części odpowiadającej warunkowi udziału w postępowaniu, wobec powyższego ustalenia Zamawiający zwrócił się do Odwołującego, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. ze 122 ustawy Pzp do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że samodzielnie spełnia warunek udziały w postępowaniu.
W odpowiedzi na powyższe, Odwołujący złożył Zamawiającemu poprawiony wykaz PD Trakt – załącznik nr 4 do SWZ z następującą poprawią/zmienioną treścią:
„(…) c) jako podmiot udostępniający zasoby, w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą w następującym zakresie:
realizacja robót budowlanych w zakresie:
a) Przygotowanie terenu pod budowę:
− Roboty rozbiórkowe,
− Roboty ziemne w korpusie drogowym,
− Nasypy,
b) Roboty drogowe:
− Stabilizacja i podbudowy,
− Krawężniki,
− Nawierzchnie (w tym warstwa SMA),
− Przepusty pod zjazdami,
− Pobocza,
− Humusowanie,
− Zieleń. (…)"
Ponadto został zmieniony tj. rozszerzony zakres wskazany w tabeli.
Zamawiający pismem z 10 lipca 12023 r. poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, podając uzasadnienie.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, przywołanych w podstawie prawnej zarzutów odwołania.

art. 118 ust. 2 ustawy Pzp

2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

art. 128 ust. 1 ustawy Pzp

1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

2. Zamawiający poprawia w ofercie: (…)

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) i c), pkt 3 ustawy Pzp

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń; (…)

3) jest niezgodna z przepisami ustawy;

art. 239 ust. 1 ustawy Pzp

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, z następujących powodów.

W pierwszej kolejności oceniając poszczególne czynności Zamawiającego podjęte wobec oferty Odwołującego na etapie badania i oceny ofert, a opisane w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego z 10 lipca 2023 r., stwierdzić należy że Zamawiający prawidłowo ocenił załączone do oferty Odwołującego zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, tj. PD TRAKT sporządzone na wzorze stanowiącym załącznik 4 do SWZ (data podpisu 29 maja 2023 r.). Jest bezsporne, że Odwołujący powołał się na potencjał tego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 4.4.1 w pełnym zakresie, tj. w zakresie wskazanym zarówno pod literą a) jak i pod literą b). Natomiast z treści tego zobowiązania wprost wynika, że podmiot ten zrealizuje częściowo roboty budowlane w zakresie robót drogowych oraz nawierzchni warstwy ścieralnej SMA. Słusznie więc dostrzegł Zamawiający, że warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 4.4.1 litera a) dotyczył wykonania jednego zadania w zakresie robót drogowych o wartości co najmniej 3.000.000 PLN brutto na drodze o parametrach co najmniej klasy G. Słusznie zwrócił uwagę Zamawiający, że tuż pod opisem warunku wskazał, że przez roboty będzie rozumiał budowę, przebudowę, rozbudowę, modernizację lub odnowę dróg o parametrach klasy G. Zamawiający odesłał też do definicji *„drogi”* zawartej w ustawie z dnia 21 marca 1985 r, o drogach publicznych. Natomiast z treści zobowiązania wynika, że podmiot udostępniający zasoby wykona częściowo roboty budowlane, nie natomiast że wykona je w zakresie w jakim udostępnił swój potencjał.

Podniesiona przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania okoliczność jakoby w treści warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nie wyspecyfikował zakresu rzeczowego, jaki wchodzi w roboty drogowe nie ma w tej sprawie, w ocenie Izby, znaczenia. Brak takiego wyspecyfikowania skutkuje tym, że Zamawiający musi przyjąć, jako spełniające warunek, doświadczenie polegające na wykonaniu jednego zadania w zakresie robót drogowych (…) bez względu na zakres rzeczowy składający się na robotę budowlaną mającą wykazać spełnienie warunku. Natomiast w odniesieniu do oceny realności udostępnionego zasobu podmiotu trzeciego taki sposób sformułowania warunku oznacza w ocenie Izby, że podmiot trzeci musi uczestniczyć w realizacji zamówienia na każdym jego etapie w zakresie wykonania robót drogowych. Nie oznacza to jednocześnie, jak podnosi Odwołujący, że podwykonawca musi zatem wykonać cały zakres (100%) zamówienia. Nie taki jest cel powołania się na potencjał podmiotu trzeciego. Natomiast aby takie udostępnienie zasobów miało charakter realny, podwykonawca który udostępnił swoje zasoby celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej powinien brać udział w realizacji

zamówienia na każdym jego etapie w zakresie w jakim udostępnił swój potencjał, tj. w przypadku warunku opisanego w pkt 4.4.1 litera a) w zakresie wykonania całości robót drogowych, innymi słowy na każdym etapie ich wykonania. Powyższe wynika wprost z treści art. 118 ust. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie podkreślić należy, że z przepisu tego nie wynika, aby taki podmiot miał zrealizować ten zakres samodzielnie albo wykonać całe zamówienie.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego w zakresie w jakim odnosi się ono do prawidłowości zobowiązania (podpis z 19 czerwca 2023 r.) uzupełnionego na pierwsze wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że w zobowiązaniu tym oświadczenie o wykonaniu części robót budowlanych w zakresie robót drogowych oraz nawierzchni warstwy ścieralnej zostało przez TD TRAKT podtrzymane, został tylko dodany w pkt 3 zakres rzeczowy, który, jak jest miedzy stronami bezsporne, nie uwzględnia takich pozycji z części kosztorysu ofertowego jak wymagania ogólne, roboty pomiarowe, roboty rozbiórkowe, roboty ziemne w korpusie drogowym, nasypy, krawężniki, zieleń. O ile można się zgodzić z Odwołującym, że np. zieleń nie jest elementem koniecznym dla prawidłowego zrealizowania zadania polegającego na wykonaniu robót drogowych, o tyle już w przypadku takich prac jak roboty ziemnie w korpusie drogowym, nasypy czy krawężniki w ocenie Izby nie można wywieźć takiego twierdzenia. Stąd też zdaniem Izby Zamawiający prawidłowo ocenił uzupełnione zobowiązanie PD TRAKT, gdyż nie wynika z treści tego zobowiązania, że zasoby będą udostępnione w sposób realny, ponieważ podmiot ten nie zobowiązał się do udziału w realizacji zamówienia w zakresie w jakim udostępnił swój potencjał, lecz zobowiązał się do wykonania części robót budowlanych w zakresie robót drogowych, tj. w zakresie węższym niż udostępniony potencjał. Potwierdzeniem powyższego jest również pośrednio okoliczność, że w zobowiązaniu uzupełnionym na wezwanie z 26 czerwca 2023 r. PD TRAKT wskazał już pełny zakres robót drogowych.

Zamawiający zatem prawidłowo wezwał Odwołującego pismem z 26 czerwca 2023 r. w trybie art. 122 ustawy Pzp do zastąpienia podmiotu PD TRAKT innym podmiotem lub podmiotami albo do wykazania, że Odwołujący samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu wskazane w pkt 4.4.1 litera a) i b) SWZ. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący jednak nie uzupełnił zobowiązania innego podmiotu/podmiotów ani nie wykazał że sam spełnia warunki udziału w postępowaniu lecz ponownie złożył Zamawiającemu z własnej inicjatywy kolejne zobowiązani PD TRAKT, w treści którego podmiot ten wskazał:*„Udział naszej firmy w realizacji zamówienia, polegający na wykonaniu roboty budowlane w zakresie: robót rozbiórkowych, robót ziemnych, nasypów, warstw stabilizacji oraz podbudów, krawężników, nawierzchni (w tym warstwy SMA), przepustów, poboczy, humusowania oraz zieleni., przez cały okres realizacji niezbędny do wykonania zamówienia przez Wykonawcę. Oświadczamy, iż stosunek, jaki będzie łączył naszą firmę z Wykonawcą, będzie miał charakter umowy podwykonawczej."*

W literze c) tego zobowiązania wskazano natomiast: *„realizacja robót budowlanych w zakresie:*

a) Przygotowanie terenu pod budowę:

− Roboty rozbiórkowe,

− Roboty ziemne w korpusie drogowym,

− Nasypy,

b) Roboty drogowe:

− Stabilizacja i podbudowy,

− Krawężniki,

− Nawierzchnie (w tym warstwa SMA),

− Przepusty pod zjazdami,

− Pobocza,

− Humusowanie,

− Zieleń."

Zatem treść uzupełnionego zobowiązania na drugie wezwanie jest inna niż zobowiązania przedstawionego w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, co pośrednio potwierdza w ocenie Izby, że zobowiązanie podpisane 19 czerwca 2023 r., nie zapewniało realnego udostępnienia potencjału podmiotu PD TRAKT, skoro kolejne zobowiązanie, podpisane 28 czerwca 2023 r. przedstawia inny zakres zaangażowania wobec dwóch wcześniejszych zobowiązań. Nie jest przy tym jednak trafna ocena dokonana przez Zamawiającego wobec zobowiązania podpisanego 28 czerwca 2023 r., zgodnie z którą stanowi ono zmianę treści oferty. Izba wskazuje, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie stanowi treści oferty lecz jest to dokument podmiotowy, składany w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu i w celu oceny realnego charakteru udostępnienia tych zasobów. Zasadnie wobec tego został podniesiony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, jednak z uwagi na treść art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców, odwołanie nie mogło z tego powodu zostać uwzględnione.

Przechodząc natomiast do oceny zasadności zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zakresie w jakim odnosi się on do poprawienia samego formularza ofertowego, zarzut jest bezpodstawny, gdyż uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego z 10 lipca 2023 r. nie odnosi się do tej kwestii. Z uzasadnienia czynności wynika bowiem wyraźnie, że ocena ta dotyczy zobowiązania podpisanego 28 czerwca 2023 r., i złożonego w odpowiedzi na wezwanie z 26 czerwca 2023 r., co potwierdza stwierdzenie zawarte w tym uzasadnieniu, zgodnie z którym: *„Wobec powyższego akceptacja zmiany treści zobowiązania podmiotu PD TRAKT Sp. z o.o. Sp. k. oznaczałby akceptację zmiany treści złożonej oferty, co jest sprzeczne z treścią art. 223 ustawy Pzp.”*. Tym samym ocena ta nie dotyczy sytuacji związanej z wypełnieniem pkt 10 formularza oferty. Zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp jako odnoszący się w uzasadnieniu odwołania do zaniechania poprawienia pkt 10 formularza oferty jest chybiony, gdyż kwestia związana z wypełnieniem pkt 10 formularza oferty nie była podstawą faktyczna odrzucenia oferty, tj. nie została wskazana w uzasadnieniu z 10 lipca 2023 r.

Niemniej jednak sama czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego była prawidłowa, gdyż Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie z 26 czerwca 2023 r. nie udzielił adekwatnej odpowiedzi, tj. nie zastąpił podmiotu PD TRAKT innym podmiotem/podmiotami ani nie wykazał, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej opisany w pkt 4.4.1 litera a) i b) SWZ. Odwołujący w odpowiedzi na to wezwanie ponownie uzupełnił zobowiązanie PD TRAKT (z własnej inicjatywny, gdyż wezwanie tego nie dotyczyło), składając tym samym trzecie zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia zasobów celem wykazania realnego charakteru tego udostępnienia. Takie samodzielne uzupełnienie w okolicznościach tej sprawy jest w ocenie Izby niedopuszczalne, ponieważ narusza zasadę jednokrotnego uzupełnienia danego dokumentu/oświadczenia. Szansę wykazania realnego charakteru zobowiązania PD TRAKT, Odwołujący otrzymał przy wezwaniu z 12 czerwca 2023 r., czego zaniechał w odpowiedzi na to wezwanie. Konsekwencją powyższego jest niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, choć podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego można by również uzupełnić o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń, gdyż niewątpliwie Odwołujący nie złożył w odpowiedzi na wezwanie z 26 czerwca 2023 r. dokumentów/oświadczeń o które został wezwany.

Izba nie podziela też stanowiska Odwołującego, że wezwanie z 26 czerwca 2023 r. było zbędne, ponieważ zobowiązanie uzupełnione w odpowiedzi na wezwanie z 12 czerwca 2023 r. było wystarczające. Izba we wcześniejszej części uzasadnienia wskazała ocenę uzupełnionego zobowiązania w odpowiedzi na wezwanie z 12 czerwca 2023, dlatego w tym miejscu Izba ograniczy się jedynie do zwrócenia uwagi, że argumentacja ta jest ponadto na tym etapie postępowania o tyle spóźniona, że Odwołujący zaniechał zaskarżenia wezwania z 26 czerwca 2023 r. z treści którego powziął informację o ocenie uzupełnionego zobowiązania w odpowiedzi na wezwanie z 12 czerwca 2023 r.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym samo zapewnienie udziału w realizacji robót budowlanych przez cały okres realizacji inwestycji było wystarczającym przyrzeczeniem oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów, Izba ponownie wskazuje, że w zobowiązaniu podmiotu PD TRAKT z 19 czerwca 2023 r., zapewnienie tego udziału odnosiło się tylko do części robót drogowych, tj. nie odnosiło się do całego zakresu, w jakim potencjał tego podmiotu został Odwołującemu udostępniony.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 związku z § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z §5 pkt 1) i 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodnicząca: ……..…