Sygn. akt: KIO 1928/23

WYROK
z dnia 21 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 19 lipca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2023 r. przez wykonawcę **PGTB Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Kujawsko – Pomorskie w imieniu którego działa Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy**
przy udziale wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża **odwołującego PGTB Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku** w i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego PGTB Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku** tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od **odwołującego PGTB Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku** na rzecz zamawiającego **Województwo Kujawsko – Pomorskie w imieniu którego działa Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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 1928/23

Uzasadnienie

Zamawiający Województwo Kujawsko – Pomorskie w imieniu którego działa Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, pn. „Odnowa nawierzchni DW 269 na odc. Chodecz-Wola Adamowa od km 40+042 do km 45+540 dł. 5,498 km", nr referencyjny: ZDW.N4.363.2.2023.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00188306.
Postępowanie jest prowadzone na podstawie ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 roku (dalej ustawa Pzp lub Pzp).
W dniu 4 lipca 2023 r. odwołanie wniósł odwołujący PGTB Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp— poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania oraz zaniechanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, mimo że Wykonawca wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu z powołaniem na zasoby podmiotu trzeciego i konsekwentnie przedłożył zobowiązanie podmiotu trzeciego do wykonania części zamówienia - około 56% - w charakterze podwykonawcy, tj. w części w której zakres robót dotyczy robót wskazanych w warunku, czyli wykonania nawierzchni bitumicznej, co powoduje, że Wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz, że udostępnienie zasobów ma charakter realny i gwarantuje Wykonawcy rzeczywisty dostęp do udostępnionych zasobów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:
1.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2.unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania,
3.powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, która to czynność powinna doprowadzić do wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej,

4.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionej na rozprawie faktury.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał:

W dniu 24 kwietnia 2023 roku Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie. Jego przedmiotem jest odnowa nawierzchni DW 269 na odc. Chodecz — Wola Adamowa od km 40 + 042 do km 45 + 540 dł. 5,498 km. W zakres zamówienia wchodzą w szczególności następujące elementy robót:

1)Frezowanie nawierzchni,
2)Rozebranie konstrukcji jezdni,
3)Ścinka poboczy,
4)Wykonanie konstrukcji jezdni,
5)Naprawa krawędzi jezdni,
6)Wykonanie w-wy wyrównawczej MMA AC16W,
7)Ułożenie siatki przeciwspękaniowej szklanej,
8)Wykonanie w-wy wiążącej MMA AC16W,
9)Wykonanie w-wy ścieralnej SMA 8,
10)Odnowa i regulacja zjazdów na posesje i w pola,
11)Remont przepustów pod drogą wojewódzką,
12)Regulacja poboczy,
13)Reprofilacja rowów,
14)Odtworzenie oznakowania pionowego i poziomego.

W treści SWZ Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu:

4.2) warunki dotyczące zdolności zawodowej:

1) Doświadczenie zawodowe: wykonanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie — należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie co najmniej dwóch zamówień obejmujących budowę, rozbudowę, przebudowę, remont drogi w technologii porównywalnej tj. wykonanie nawierzchni bitumicznych o wartości każdego zamówienia nie mniejszej niż 8 000 000 00 zł brutto z podaniem rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty budowlane zostały wykonane.

Widzimy zatem, że w treści warunku Zamawiający odnosi się bezpośrednio do doświadczenia Wykonawcy zdobytego przy wykonaniu nawierzchni bitumicznych.

W celu spełnienia niniejszego warunku Odwołujący powołał się na zasoby podmiotu trzeciego — B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D. oraz przedłożył zobowiązanie, z którego wynika, że zamierza zlecić podmiotowi trzeciemu wykonanie części zamówienia w charakterze podwykonawcy.

Jako że podmiot trzeci w całości spełnia warunek udziału w postępowaniu, który wymagał doświadczenia w wykonaniu nawierzchni bitumicznych, Odwołujący zamierzał zlecić podmiotowi trzeciemu wykonanie wszystkich warstw nawierzchni bitumicznych. Wynika to bezpośrednio z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w dniu 19 czerwca 2023 roku, gdzie Odwołujący wskazał, że zakres rzeczowy jaki zamierza zlecić podmiotowi trzeciemu to:

1. ppkt- 4) Wykonanie konstrukcji jezdni w tym m.in. ułożenie podbudowy z betonu asfaltowego, oczyszczenie i skropienie nawierzchni i warstw konstrukcyjnych, wykonanie warstwy profilowej,
2. ppkt 5 Naprawa krawędzi jezdni*
3. ppkt 6 Wykonanie w-wy wyrównawczej MMA AC16W,
4. ppkt Ułożenie siatki przeciwspękaniowej szklanej,
5. ppkt 8 Wykonanie w-wy wiążącej MMA AC16W,
6. ppkt 9 Wykonanie w-wy ścieralnej SMA 8,
7. ppkt 10 Odnowa i regulacja zjazdów na posesje i w pola.

W wyjaśnieniach Wykonawca wskazał, że stanowi to ok. 56% zakresu zamówienia. Wyjaśnieniami z dnia 27 czerwca 2023 roku Odwołujący podtrzymał powyższe.

Mimo tego, w dniu 29 czerwca 2023 roku Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy z postępowania wskazując, że podmiot trzeci nie będzie wykonywał wystarczającej ilości robót, aby uznać, że realnie udostępnił on swoje zasoby.

Twierdzenia Zamawiającego przedstawione w uzasadnieniu odrzucenia sprowadzają się do tego, że zdaniem Zamawiającego wskazany przez Odwołującego zakres robót powierzony podwykonawcy nie odpowiada robotom, jakie

są najistotniejsze z punktu widzenia postawionego warunku:
„Należy podkreślić, że roboty drogowe, składające się na odnowę drogi przedstawione w dokumentacji projektowej, stanowiące przedmiot zamówienia tworzą pewną technologiczną i funkcjonalną całość podlegającą odbiorowi. Zakres powierzonych robót PUZ nie obejmuje m.in. wykonania: warstwy ulepszonego podłoża z gruntu stabilizowanego cementem CI warstwy mrozoochronnej z mieszanek związanych spoiwami hydraulicznymi C3M, podbudowy kruszywa łamanego C90/3 0/3 1,5 na których są wykonywane kolejne warstwy nawierzchni. Prace te są dla prawidłowego wykonania zamówienia niezwykle istotne i wymagają zachowania dużego reżimu technologicznego. Wykonawca więc, musi posiadać w tej dziedzinie odpowiednie doświadczenie. oraz dysponować odpowiednim parkiem maszynowym i doświadczonym personelem, aby wykonać te roboty poprawnie, w zgodzie z dokumentacją i sztuką budowlaną."
Powyższe twierdzenia Zamawiającego są jednak nadinterpretacją SWZ dokonaną na etapie po złożeniu oferty przez Wykonawców, co jest na tym etapie niedopuszczalne. W treści warunku Zamawiający wskazał bowiem wyłącznie na doświadczenie w wykonaniu nawierzchni bitumicznej, a nie w całym zakresie niniejszego zamówienia (tj. zarówno w zakresie innych warstw niż nawierzchnia bitumiczna, jak też w zakresie wszelkich pozostałych robót, np. rozebrania konstrukcji jezdni, regulacji poboczy, reprofilacji rowów itd.). Zamawiający w treści warunku jednoznacznie odwołał się do doświadczenia w wykonaniu nawierzchni bitumicznych — a ten zakres zamówienia opisany w warunku stanowi trochę ponad połowę zakresu całego zamówienia. Pozostała część nie została objęta postawionym warunkiem.
Jak wskazał Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach - wszystkie roboty związane z wykonaniem nawierzchni bitumicznych Odwołujący zamierza powierzyć podmiotowi udostępniającemu zasoby. Jak słusznie uznał Zamawiający zakres robót przewidzianych do wykonania przez podmiot trzeci nie obejmuje zatem wykonania innych robót poza wykonaniem nawierzchni bitumicznych, w tym m.in. warstwy ulepszonego podłoża z gruntu stabilizowanego cementem, warstwy mrozochronnej czy podbudowy z kruszywa, bowiem warunek udziału w postępowaniu, który spełnia podmiot trzeci wskazywał wyłącznie na doświadczenie w wykonywaniu nawierzchni bitumicznych — inne prace. o których teraz pisze Zamawiający nie były wskazane w warunku udziału w postępowaniu, a zatem nie istnieje obowiązek zlecenia ich do wykonania przez podmiot trzeci.
Nie ma zatem powodów do kwestionowania tego, że Odwołujący chce własnymi siłami wykonać wszystkie roboty poza wykonaniem nawierzchni bitumicznych, bowiem podmiot trzeci spełniający warunek udziału w postępowaniu zrealizuje 100% robót opisanych w warunku, tj. związanych z wykonaniem nawierzchni bitumicznych, a Odwołujący pozostały zakres co do którego nie postawiono wymagań w zakresie doświadczenia.
Wskazać należy, że wartość oferty Odwołującego to 14 746 616,60 zł - z czego wartość robót związanych z wykonaniem nawierzchni bitumicznych według kosztorysu ofertowego wynosi 8 591 329,27 zł brutto, co stanowi 58% tego zamówienia. W treści warunku Zamawiający ustanowił pułap doświadczenia na poziomie 8 mln zł, podczas gdy szacował zamówienie na ponad 14 mln zł — a zatem nie można uznać, że postawiony warunek w sposób rzeczowy czy wartościowy wypełnia cały przedmiot za mówienia, bowiem jak widzimy z samego szacowania, istnieje jeszcze cały zakres innych robót, które nie stanowią „wykonania nawierzchni bitumicznej"
Konsekwentnie — opierając się właśnie na wyliczeniach co do proporcji, jaką wykonanie nawierzchni bitumicznej stanowi w całym zakresie zamówienia - w wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, że podmiot trzeci wykona całość prac związanych z nawierzchnią bitumiczną.
Zamawiający w treści odrzucenia wskazuje wprost, że skoro warunek dotyczył całości zamówienia to podmiot spełniający warunek powinien realizować zamówienie w odniesieniu do całości. Podkreślamy jednak, że jak wskazano wyżej - Zamawiający nie postawił warunku w odniesieniu do całego zamówienia, a wyłącznie w odniesieniu do wykonania nawierzchni bitumicznej, co stanowi nieco ponad połowę wartości tego zamówienia. Mamy zatem cały szereg innych prac, które nie mieszczą się w zakresie postawionego warunku.
W tym zakresie nie mieszczą się m.in. właśnie roboty związane z wykonaniem warstwy ulepszonego podłoża z gruntu stabilizowanego cementem, warstwy mrozochronnej czy podbudowy z kruszywa, które jak wskazał Zamawiający są „niezwykle istotne i wymagają zachowania dużego reżimu technologicznego". Odwołujący zwraca zatem uwagę, iż ten zakres nie został opisany przez Zamawiającego w treści warunku, a zatem nie ma żadnego powodu dla uznania, że zakres ten musi wykonywać podmiot trzeci. Ponadto, Odwołujący wskazuje, że zgodnie z treścią Szczegółowych Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych w zakresie pkt 8.2 przewidziany jest odbiór robót zanikających zakryciu, który „polega na finalnej ocenie ilości i jakości wykonywanych Robót, które w dalszym procesie realizacji ulegną zakryciu". Innymi słowy odbiorowi podlega każda z warstw drogi, a zatem to, że na wskazanych przez Zamawiającego warstwach (niewykonywanych przez podmiot trzeci, a przez Odwołującego), będą układane kolejne będące warstwami nawierzchni bitumicznej nie ma żadnego znaczenia dla prawidłowości wykonania samej nawierzchni bitumicznej, bowiem prawidłowość wykonania każdej z warstw poprzedzających będzie podlegała weryfikacji podczas odbiorów częściowych i tylko prawidłowo wykonane roboty zostaną przez Zamawiającego odebrane.
Co istotne — sam Zamawiający w treści odrzucenia przywołał szereg orzeczeń, w których znajdziemy m.in. następujące

twierdzenia:
KIO 342/21
Jeżeli zaś wykonawca korzysta z doświadczenia podmiotu trzeciego, to podmiot ten musi zrealizować roboty budowlane, do realizacji których udostępniane doświadczenie jest wymagane, Innymi słowy, jeżeli wykonawca nie posiada własnego doświadczenia i chce skorzystać z doświadczenia innego wykonawcy, to jest to dozwolone. Jednakże w takim przypadku, mając na uwadze charakter użyczanego potencjału, ustawodawca wprowadził obostrzenie w postaci wymogu, aby to doświadczony przedsiębiorca wykonywał te roboty. Możliwości polegania na zasobie doświadczenia została więc uzależniona od tego, czy podmiot trzeci zrealizuje roboty budowlane, do realizacji których udostępniany zasób jest potrzebny. co de facto oznacza obowiązek zapewnienia w tej części podwykonawstwa (lub istnienia innego stosunku prawnego) w trakcie wykonywania inwestycji.
KIO 3545/20
Dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykonawcy, który nie wykazał posiadania doświadczenia w ramach 2 robót określonych w warunku udziału w postępowaniu, stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Za błędny należy uznać argument Odwołującego, że stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców inne traktowanie wykonawców występujących jako konsorcjum a inne wykonawców korzystających z zasobów podmiotu trzeciego, […] Ustawodawca zatem pozostawia kwestię uregulowania sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców w konsorcjum do decyzji zamawiającego, natomiast przepis art. 22a ust. 4 ustawy PZP nie pozostawia zamawiającemu "luzu" decyzyjnego, określając, że udostępnienie potencjału jest dopuszczalne, jeżeli podmiot udostępniający zrealizuje zamówienie w zakresie w jakim udostępnia swe zasoby, Dyspozycja art. 22a ust. 4 ustawy PZP znalazła zresztą odbicie w SIWZ, [...]. Mając na uwadze tak sformułowane przepisy ustawy oraz SIWZ to właśnie dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie wykazał posiadania doświadczenia w ramach 2 robót określonych w warunku udziału w postępowaniu, stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.
KIO 1174/20
Odwołujący zaoferował realizację zamówienia, powierzając zakres wymagany do zrealizowania przez podmiot udostępniający zasoby w postaci niezbędnego doświadczenia, w granicach węższych niż było to wymagane warunkiem udziału w postępowaniu. Użycie zwrotów: zapewnienie doradztwa, konsultacji, nadzoru, szkoleń, przekazanie kontaktów handlowych czy udostępnienie sprzętu i warsztatu, udział w realizacji w zakresie sprawowania funkcji koordynatora umowy inżyniera kontraktu oraz specjalisty do spraw rozliczeń, nie stanowi potwierdzenia czynnej i pełnej realizacji usługi objętej warunkiem zamówienia określonej w pkt 5.1.1.2. SIWZ. Wniosek taki, potwierdza również treść formularza ofertowego w którym Odwołujący wyraźnie wskazuje część zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcy tj. doradztwo, konsultacje i nadzoru, co stanowi zakres znacznie węższy od wskazanego w warunku udziału w postępowaniu. Nie można zatem zgodzić się z Odwołującym, iż z treści złączonego zobowiązania wynika, że podwykonawca zrealizuje zamówienie.
Z orzeczeń tych jednoznacznie wynika, że podmiot trzeci musi realizować takie roboty jakie stanowiły istotę postawionego warunku i niedozwolone jest powierzenie Wykonawcy zakresu węższego. Przenosząc to na grunt niniejszej sprawy należy zatem stwierdzić, że Odwołujący prawidłowo określił, że podmiot trzeci będzie wykonywał około 56% robót, bowiem to właśnie taki zakres odpowiada treści postawionego warunku, który spełnił podmiot trzeci. To zatem przy wykonywaniu takiego zakresu Zamawiający wymagał posiadania stosownego doświadczenia. Wykonanie nawierzchni bitumicznej w niniejszym postępowaniu to właśnie trochę ponad połowa zamówienia, zaś pozostały zakres nie został objęty warunkiem.
Podmiot trzeci będzie wykonywał roboty w zakresie ok. 56% zamówienia, tj. ok. 8 258 105,30 zł (podczas gdy warunek został postawiony na poziomie właśnie 8 mln zł). Również rzeczowo podmiot ten będzie wykonywał wszystkie roboty, które są istotą wykonania nawierzchni w technologii bitumicznej — co wynika z zakresu prac wskazanych w wyjaśnieniach.
Wskazujemy, że również art. 118 ust. 2 ustawy Pzp odnosi się do tego, że podmiot trzeci ma wykonywać roboty, do realizacji których wymagane są zdolności opisane w warunku. Przepis ten ma na celu spowodowanie, że udział podmiotu trzeciego będzie realny. Przede wszystkim przepis ten jest jednak istotny z punktu widzenia jego materialnego brzmienia, nie sprowadza się do powierzenia podmiotowi trzeciemu całego zakresu robót stanowiących przedmiot zamówienia, bowiem takie działanie jest niedopuszczalne m.in. z uwagi na brzmienie art. 462 ust. 2 ustawy Pzp, który przewiduje możliwość zlecenia podwykonawcy realizacji części — a nie całości — zamówienia. Przepis art. 118 ust. 2 ustawy PZP wprost odnosi się do realizacji robót, przy realizacji których wymagane są zdolności - a więc do zakresu wskazanego w warunku, a nie do całego zakresu zamówienia. W niniejszej sprawie podmiot trzeci zobowiązał się do wykonania zakresu robót socjalistycznych, tj. tych przy realizacji których wymagane jest doświadczenie opisane przez Zamawiającego w treści warunku (przy wykonaniu nawierzchni bitumicznej), a zatem w sposób zgodny z przywołanym

przepisem.
Odwołujący podkreśla, że fakt posłużenia się doświadczeniem podmiotu trzeciego celem spełnienia warunków nie oznacza, że całość robót opisanych w SWZ ma wykonywać podmiottrzeci. Pogląd taki byłby sprzeczny z istotą złożenia oferty przez Wykonawcę i udziału Wykonawcy w postępowaniu przetargowym, bowiem sprowadzałby rolę Wykonawcy jedynie do podmiotu który koordynuje realizację zamówienia publicznego, a nie wykonuje zawartą umowę. Taka wykładnia byłaby wprost sprzeczna z przepisami prawa oraz orzecznictwem. Zamawiający nie ma zatem prawa do oczekiwania, że to podmiot trzeci zrealizuje całość czy niemal całość zamówienia, a do tego zdaje się dążyć Zamawiający.
W wyroku z dnia 14 marca 2023 roku, KIO 539/23, Krajowa Izba Odwoławcza jednoznacznie uznała, że wykładania art. 462 ust. 1 ustawy Pzp nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest dopuszczalne. Z ww. przepisu jednoznacznie wynika, że Wykonawca może powierzyć podwykonawcy wykonanie jedynie części zamówienia. Powyższe jest spójne z zawartą w art. 7 pkt 27 ustawy Pzp definicją umowy o podwykonawstwo, która odwołuje się do wykonania części zamówienia przez podwykonawcę. Wskazać ponadto należy, iż zamówienia udziela się Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 ustawy Pzp), a nie podwykonawcy. Tym samym dopuszczenie możliwości zlecenia całości zamówienia publicznego podwykonawcy w istocie prowadziłoby do zmiany Wykonawcy i godziłoby w fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych.
Nie może być zatem tak, że jeśli Wykonawca powołuje się na zasoby podmiot trzeciego to w konsekwencji zmuszony jest do powierzenia podwykonawcy realizacji całość zamówienia publicznego. Byłoby to sprzeczne z przepisami prawa. Ustawa Pzp wprawdzie wymaga bezpośredniego udziału w realizacji zamówienia przez podmiot, na zasobach którego polega Wykonawca, ale nie przesądza, że ma to być realizacja całości, a tej części którą obejmuje warunek.
W wyroku KIO 212/21 Izba jednoznacznie stwierdziła, że podmiot, na zdolności którego powołuje się Wykonawca nie musi wykonać sam zakresu zamówienia, do którego wykonania wymagane są te zdolności. Jednocześnie jednak jego udział nie może pozostać symboliczny, niewielki w stosunku do całości wykonywanych robót budowlanych. W niniejszej sprawie podmiot trzeci wykona ponad połowę zakresu zamówienia, a zatem nie można uznać, że jego udział jest symboliczny. W rozpoznawanej sprawie KIO 212/21 dążono de facto do tego, aby w treści zobowiązania podmiotu trzeciego został wymieniony cały zakres rzeczowy przedmiotowego zamówienia. Zamawiający w niniejszym postępowaniu zdaje się dążyć do tego samego. Takie stanowisko Izba uznała jednak za niezasadne ponieważ prowadziłoby do nieuprawnionego zrównania warunków udziału w postępowaniu z zakresem przedmiotowym zamówienia.
W niniejszej sprawie podmiot trzeci wykona ponad połowę zakresu całego zamówienia — przy czym jest to ta kluczowa część zamówienia, dla której wymagane jest posiadanie doświadczenia opisanego w warunku. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że podmiot trzeci wykona zgodnie z dyspozycją art. 118 ust. 2 ustawy Pzp roboty, do realizacji których wymagane było doświadczenie opisane w warunku.
Pozostały zakres robót Odwołujący wykona własnymi siłami. Jak wskazaliśmy Zamawiającemu już w złożonych wyjaśnieniach, Odwołujący posiada własne zdolności techniczne i zawodowe oraz bogate własne doświadczenie zawodowe w realizacjach robót branży drogowej, w konsekwencji czego w zakresie nieobjętych warunkiem z powodzeniem może realizować zamówienie siłami własnymi.
Na zakończenie Odwołujący wskazuje, że niezrozumiałe są dla niego twierdzenia o rzekomym wystąpieniu przesłanki wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia jego oferty poprzez próbę zamierzonego wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący składając wyjaśnienia jednoznacznie bowiem wskazywał, że posiada doświadczenie, ale nie w zakresie wzmaganym warunkiem. Wynika to wprost z treści wyjaśnień, gdzie wskazano, że „Wykonawca podkreśla, że na etapie składania oferty nie przedkładał własnych referencji - nie z uwagi na brak doświadczenia własnego, ale z uwagi na określony w treści SWZ wymóg, który opierał się na powtarzalności doświadczenia, tj. posiadania dwóch robót o określonych wartościach" oraz wskazał, że „Wykonawca skorzystał z doświadczenia podmiotu trzeciego, który jako podmiot posiadający całość doświadczenia będzie realizował znaczny zakres prac, do wykonania których to doświadczenie jest wymagane, zaś w pozostałym zakresie zamówienie wykonywać może Wykonawca, który również jest podmiotem doświadczonym". Przedstawienie referencji z innych prac miało pokazać Zamawiającemu, że Wykonawca posiada doświadczenie w kontraktach drogowych i z powodzeniem może wykonać prace, które nie zostały objęte warunkiem. Próba interpretacji, że Odwołujący próbował wprowadzić Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu jest wręcz niedorzeczne biorąc pod uwagę, że Odwołujący konsekwentnie powoływał się na realizacje podmiotu trzeciego, których Zamawiający nie zakwestionował.
Zastanawiające jest przy tym, że Zamawiający wskazał, że przesłanka wykluczenia z uwagi na rzekomą próbę wprowadzenia w błąd będzie podstawą odrębnej weryfikacji w przypadku odwołania — jednak Zamawiający nie zastosował tej przesłanki i odrzucił ofertę Odwołującego wyłącznie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, a

zatem zakończył czynności badania i oceny ofert i tylko w tym zakresie zakwestionował ofertę Odwołującego. Tylko w tym zakresie Odwołujący składa zatem odwołanie, bowiem to ten przepis stanowi podstawę odrzucenia oferty Odwołującego.

Zamawiający, w dniu 14 lipca 2023 r., złożył odpowiedź na odwołanie w której wniósł o odrzucenie odwołania ewentualnie o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił stanowisko wobec zarzutu odwołania.

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia w tym całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę odpowiedź na odwołanie, oświadczenia i stanowiska wyrażone przez strony i uczestników postępowania, w tym w trakcie posiedzenia i rozprawy w dniu 19 lipca 2023 r., Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz strony do której zgłoszono przystąpienie, zgłosił przystąpienie wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej Przystępujący) zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba uznała zgłoszone przystąpienie za skuteczne.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, iż odwołanie podlega odrzuceniu jako wniesione po terminie. W ocenie Izby, Odwołanie dążyło do podważenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonanej w dniu 29 czerwca 2023 r. i argumentacja Odwołania skupiała się na tej czynności. Faktem jest, że ze względu na stan faktyczny zaistniały w niniejszej sprawie Odwołujący odwoływał się do czynności wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, kto rej to czynności Odwołujący nie podważał w toku postępowania lecz, w ocenie Izby, okoliczność ta mająca znaczenie dla rozstrzygnięcia postepowania odwoławczego, nie przesądza o terminowości wniesienia odwołania. Słusznie również wskazywał Odwołujący, iż pełne wskazanie podstaw odrzucenia nastąpiło dopiero w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego. W tej sytuacji wniosek o odrzucenie odwołania podlegał oddaleniu.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy opisany przez odwołującego odpowiada prawdzie. Uzupełniająco Izba wskazuje, iż Odwołujący wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu korzystał z zasobów podmiotu trzeciego. Co do wykazanego doświadczenia i spełniania przez nie opisanego w SWZ warunku dotyczącego zdolności zawodowej pomiędzy stronami sporu nie było.

Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia w dniu 14 czerwca 2023 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnień zakresu realizacji zamówienia przez podwykonawcę firmę B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D., będący jednocześnie podmiotem udostępniającym zasoby. Zamawiający wskazał, iż użyte w formularzu oferty określenie jest nieprecyzyjne i zażądał wyjaśnień i uszczegółowienia co Odwołujący rozumie pod pojęciem roboty branży drogowej oraz do wskazania procentowego zaangażowania podwykonawcy firmy B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D. w realizację zamówienia.

Odwołujący w dniu 19 czerwca 2023 r. udzielił odpowiedzi na powyższe wezwanie wskazując zakres robót który zamierza powierzyć podwykonawcy i dodatkowo załączając uszczegółowione zobowiązanie podmiotu trzeciego tj. ww. podwykonawcy.

Zamawiający w dniu 22 czerwca 2023 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 Pzp do uzupełnienia dokumentów niezbędnych do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, wskazując w szczególności, ze po analizie przedłożonych wyjaśnień i dokumentów – Zamawiający ocenił, że zarówno procentowe zaangażowanie jak i powierzenie częściowe niektórych elementów robót powoduje, że pozostałe roboty będzie wykonywał wykonawca który nie posiada doświadczenia w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w SWZ.

W dniu 27 czerwca 2023 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi na powyższe wezwanie, przedstawiając w niej argumentację i stanowisko. Jednocześnie Odwołujący wskazał na własne doświadczenie stwierdzając przy tym, że nie wskazywał go na potwierdzenie spełniania warunku ze względu na konieczność wykazania się doświadczeniem powtarzalnym (dwie roboty) w sytuacji gdy on posiada doświadczenie w realizacji jednej realizacji odpowiadającej postawionemu warunkowi udziału.

W dniu 29 czerwca 2023 r., Zamawiający, poinformował wykonawców o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy STRABAG sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego przedstawiając następujące uzasadnienie:

„*Uzasadnienie faktyczne:* W prowadzonym postępowaniu Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia określił,

że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy spełniają warunek doświadczenia zawodowego określony w następujący sposób:

- wykonanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie co najmniej dwóch zamówień obejmujących budowę, rozbudowę, przebudowę, remont drogi w technologii porównywalnej tj. wykonanie nawierzchni bitumicznych o wartości każdego zamówienia nie mniejszej niż 8 000 000,00 zł brutto z podaniem rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty budowlane zostały wykonane.

Wykonawca PGTB Sp. z o.o. w treści oferty w pkt. X –*sposób realizacji zamówienia*, wskazał, że powierzy podwykonawcy B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D. realizację części robót związanych z przedmiotem zamówienia: *cześć robót branży drogowej*. Do oferty dołączono również zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby tj. B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D. (dalej: PUZ), z którego wynika, że podmiot ten będzie występował jako podwykonawca i jednocześnie będzie udostępniał swoje zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca PGTB Sp. z o.o. przedłożył podmiotowe środki dowodowe. Z przedłożonego wykazu robót wynika, że Wykonawca będzie korzystał w całości z doświadczenia PUZ – na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Oświadczenie Wykonawcy zawarte w formularzu oferty wskazywało, że PUZ wykona jedynie część robót drogowych, w sytuacji w której B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D. spełnia w całości warunek doświadczenia zawodowego.

Należy zaznaczyć, że w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Z uwagi na brak określenia, jaką część robót drogowych Wykonawca ma zamiar powierzyć do wykonania podmiotowi posiadającemu doświadczenie, Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w dniu 14.06.2023 r. wezwał Wykonawcę do wyjaśnień w zakresie złożonego w formularzu ofertowym oświadczenia i precyzyjnego oraz szczegółowego wskazania zakresu realizacji zamówienia przez PUZ - B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D..

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca sprecyzował zakres robót, który ma zamiar powierzyć PUZ:

1. ppkt 4) Wykonanie konstrukcji jezdni w tym m.in. ułożenie podbudowy z betonu asfaltowego, oczyszczenie i skropienie nawierzchni i warstw konstrukcyjnych, wykonanie warstwy profilowej,
2. ppkt 5 Naprawa krawędzi jezdni,
3. ppkt 6 Wykonanie w-wy wyrównawczej MMA AC16W,
4. ppkt 7 Ułożenie siatki przeciwspękaniowej szklanej,
5. ppkt 8 Wykonanie w-wy wiążącej MMA AC16W,
6. ppkt 9 Wykonanie w-wy ścieralnej SMA 8,
7. ppkt 10 Odnowa i regulacja zjazdów na posesje i w pola.

Jednocześnie Wykonawca określił poziom zaangażowania Podwykonawcy B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D. w realizację zamówienia na poziomie 56 %.

Wykonawca w załączeniu do wyjaśnień przedłożył również uszczegółowione zobowiązanie PUZ, wskazujące tożsamy zakres robót do wykonania.

W przypadku wykazywania przez Wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu za pomocą zasobów podmiotu udostępniającego zasoby, Zamawiający zobowiązany jest zweryfikować czy udostępnione przez podmiot udostępniający zasoby pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz czy wobec tego podmiotu nie zachodzą podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

Po analizie złożonych dokumentów oraz oświadczeń Zamawiający uznał, że Wykonawca powierzając PUZ jedynie część robót nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający nie kwestionuje, że Wykonawca będzie dysponował zasobami PUZ – ponieważ podmiot zobowiązał się do wykonania części robót drogowych w ramach umowy podwykonawczej.

W drugiej kolejności Zamawiający w przypadku powoływania się na zasoby podmiotu udostępniającego zasoby ocenia zakres powierzenia robót podmiotowi udostępniającemu zasoby oraz czy potwierdza on spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Należy podkreślić, że roboty drogowe, składające się na odnowę drogi przedstawione w dokumentacji projektowej, stanowiące przedmiot zamówienia tworzą pewną technologiczną i funkcjonalną całość podlegającą odbiorowi. Zakres powierzonych robót PUZ nie obejmuje m.in. wykonania: warstwy ulepszonego podłoża z gruntu stabilizowanego cementem C1,5/2, warstwy mrozochronnej z mieszanek związanych spoiwami hydraulicznymi C3/4, podbudowy z kruszywa łamanego C90/3 0/31,5 na których są wykonywane kolejne warstwy nawierzchni. Prace te są dla prawidłowego wykonania zamówienia niezwykle istotne i wymagają zachowania dużego reżimu technologicznego. Wykonawca więc,

musi posiadać w tej dziedzinie odpowiednie doświadczenie, oraz dysponować odpowiednim parkiem maszynowym i doświadczonym personelem, aby wykonać te roboty poprawnie, w zgodzie z dokumentacją i sztuką budowlaną.
Powierzenie wykonania fundamentalnego elementu robót Wykonawcy nie posiadającemu doświadczenia może doprowadzić w sposób oczywisty do nienależytego wykonania całej konstrukcji jezdni. Zatem układanie warstw wierzchnich przez PUZ na nieprawidłowo wykonanych dolnych warstwach konstrukcyjnych nie zagwarantuje, że zostaną one wykonane w sposób właściwy i nie zapewni, że wybudowany obiekt będzie posiadał oczekiwaną przez Zamawiającego trwałość w okresie jego użytkowania.
Reasumując w przypadku posługiwania się doświadczeniem podmiotu trzeciego Wykonawca musi wykazać, że podmiot ten rzeczywiście będzie brał udział w realizacji części robót budowlanych, a stopień i zakres zaangażowania będą adekwatne do postawionego żądania wykazania się określonymi zdolnościami (art. 118 ust. 2 ustawy Pzp). Oznacza to, że zaangażowanie podmiotu udostępniającego zasoby w wykonanie wąskiego zakresu prac może wypełniać omawianą regułę, ale nie musi. Takie wnioski płyną m.in. z wyroku KIO z 21 czerwca 2021 r. (KIO 1323/21).*Oceny poziomu zaangażowania podmiotu trzeciego w realizację zamówienia musi dokonać sam zamawiający, biorąc pod uwagę nie tylko procentowy udział tego podmiotu w realizacji zamówienia, ale także inne aspekty właściwe dla powierzanego zakresu, jak pracochłonność wykonywania prac*.
Jeżeli Zamawiający postawił warunek doświadczenia odnoszący się do całego zamówienia a Wykonawca w zakresie owego warunku odnoszącego się do całego zamówienia, powołał się na zdolności innego podmiotu, to zgodnie z art. 118 ust. 2, podmiot ten powinien bezpośrednio uczestniczyć w realizacji zamówienia zgodnie z deklaracją, czyli w stosunku do całości, nie zaś w deklarowanych 56% robót drogowych – Zamawiający podkreśla ponownie, iż o negatywnej ocenie zaangażowania PUZ w udział w robotach nie świadczy wyłącznie sam % zaangażowania (jednak w ocenie Zamawiającego jest on niewystarczający), a również i przede wszystkim zakres powierzonych robót – co łącznie przesądza, że Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.
Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO:*Zobowiązanie do wykonania jedynie części zamówienia, gdy wykonawca powoływał się na doświadczenie w zakresie całości nie może być uznane za wystarczające*. (por. wyrok z dnia 22 marca 2021 r., sygn. akt KIO 341/21, wyrok z dnia 1 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3545/20 , wyrok z dnia 13 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1174/20 oraz wyroki KIO 211/18, KIO 2245/14, KIO 1755/17, KIO 1857/17.
W każdym przypadku należy dokonać indywidualnie oceny – czy powierzona część zamówienia – potwierdza spełnienie warunku doświadczenia. W tym celu Zamawiający z należytą starannością ustalił stan faktyczny i przeprowadził analizę przedłożonych przez Wykonawcę oświadczeń i dokumentów.
Reasumując, oceniając niniejszą sprawę, Zamawiający podkreśla, że powierzenie podmiotowi dysponującemu doświadczeniem jedynie części robót drogowych (nawierzchniowych) z pominięciem najistotniejszego elementu tj. dolnych warstw konstrukcyjnych, na których układana jest nawierzchnia – przesądza o tym, że roboty będzie wykonywał Wykonawca, który nie posiada doświadczenia wymaganego dla udziału w postępowaniu, co stanowi naruszenie zasad równego traktowania Wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a przede wszystkim podstawowej zasady – że zamówienia publiczne powinny być wykonywane wyłącznie przez podmioty gwarantujące ich należyte wykonanie.
Z uwagi na treść art. 122 ustawy, który umożliwia Wykonawcy samodzielne wykazanie spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający w dniu 22.06.2023 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia wykazu robót i przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.
Wykonawca PGTB Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie przedstawił argumentację, że PUZ nie musi wykonać 100 % zamówienia, jednocześnie podtrzymując oświadczenie, że PUZ będzie wykonywał roboty jako podwykonawca.
Ponadto przedłożył uzupełniony wykaz robót o drobne roboty, które wykonywał samodzielnie na rzecz różnych Zamawiających oraz jedną robotę na rzecz MCC S.A. o wartości przekraczającej 8 000 000,00 zł – wskazując, że jest samodzielnie podmiotem doświadczonym.
W ocenie Zamawiającego treść referencji, okres trwania umowy oraz brak wskazania nawet miejsca wykonania zamówienia w Wykazie, ani drogi na której roboty były rzekomo wykonywane – świadczy o tym, że była to ramowa umowa, na wiele drobnych zadań o być może charakterze drogowym, wykonywanych w ramach stałej współpracy na szeregu różnych inwestycji. Takie działanie Wykonawcy samodzielnie stanowi przesłankę wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia oferty poprzez próbę zamierzonego wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu (art. 109 ust. 1 pkt 7 lub 8 ustawy, Rozdział VII pkt 2 SWZ) – co w przypadku odwołania może być podstawą odrębnej weryfikacji.
Uzasadnienie prawne: 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.
Zamawiający w toku badania oferty uznał, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia – ani samodzielnie, ani za pomocą podmiotu udostępniającego zasoby. Zatem jego oferta podlega odrzuceniu.

Izba zważyła, co następuje:

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Izba wyjaśnia na wstępie, że w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym dokonała oceny czynności podjętych oraz zaniechanych przez Zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego w oparciu o dokumentację ww. postępowania, w której określone zostały warunki tego zamówienia oraz wymagania co do treści składanych oświadczeń i zakresu składanych dokumentów oraz rozpoznała odwołanie w zakresie podniesionych zarzutów (art. 555 Pzp).

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp uznając, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu jako złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący formułując zarzut podnosił naruszenie przez Zamawiającego art.16 ust. 1 Pzp oraz art. 17 ust. Pzp odnoszących się do zasad udzielania zamówień publicznych, a także art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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. Bezsporną dla stron była okoliczność, iż Odwołujący samodzielnie nie spełniał warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale VI ust. 1 pkt 4) ppkt 4.2) - 1) SWZoraz że w takich okolicznościach uprawniony był do polegania na zdolnościach technicznych i zawodowych innych podmiotów na podstawie 118 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym 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. Bezsporne było również, iż podmiot który udostępnia zasoby w postaci doświadczenia zobowiązany jest do wykonania robót do realizacji których te zasoby są wymagane, co zapewnia realizację zamówienia przez podmiot posiadający odpowiednie określone w warunkach udziału doświadczenie. Słusznie wskazywał Zamawiający, iż w przypadku posługiwania się doświadczeniem podmiotu trzeciego wykonawca musi wykazać, że podmiot ten rzeczywiście będzie brał udział w realizacji części robót budowlanych, a stopień i zakres jego zaangażowania będą adekwatne do postawionego żądania wykazania się określonymi zdolnościami. Spór de facto dotyczył zakresu wymaganego zaangażowania podmiotu udostępniającego, w realizację robót dla których zasoby były wymagane i wynikał z różnego rozumienia opisanego w Rozdziale VI ust. 1 pkt 4) ppkt 4.2) - 1) SWZ warunku udziału. Zamawiający uznał, iż po analizie złożonych dokumentów oraz oświadczeń Odwołujący powierzając B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D. jedynie część robót, zakreśloną wyjaśnieniami oraz złożonym uzupełnionym zobowiązaniem, nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że w związku z tym, że zakres powierzonych robót podmiotowi udostępniającemu nie obejmuje m.in. wykonania: warstwy ulepszonego podłoża z gruntu stabilizowanego cementem CI warstwy mrozoochronnej z mieszanek związanych spoiwami hydraulicznymi C3M, podbudowy kruszywa łamanego C90/3 0/3 1,5 na których są wykonywane kolejne warstwy nawierzchni, a które to prace te są dla prawidłowego wykonania zamówienia niezwykle istotne i wymagają zachowania dużego reżimu technologicznego, Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący podkreślał, że powyższe twierdzenia Zamawiającego są nadinterpretacją SWZ dokonaną na etapie po złożeniu oferty przez Wykonawców, co jest na tym etapie niedopuszczalne. Odwołujący wywodził, iż w treści warunku Zamawiający wskazał bowiem wyłącznie na doświadczenie w wykonaniu nawierzchni bitumicznej, a nie w całym zakresie niniejszego zamówienia (tj. zarówno w zakresie innych warstw niż nawierzchnia bitumiczna, jak też w zakresie wszelkich pozostałych robót, np. rozebrania konstrukcji jezdni, regulacji poboczy, reprofilacji rowów itd.). W ocenie Odwołującego, Zamawiający w treści warunku jednoznacznie odwołał się do doświadczenia w wykonaniu nawierzchni bitumicznych — a ten zakres zamówienia opisany w warunku stanowi trochę ponad połowę zakresu całego zamówienia. Pozostała część robót, w ocenie Odwołującego, nie została objęta postawionym warunkiem. Jak wskazał Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach - wszystkie roboty związane z wykonaniem nawierzchni bitumicznych Odwołujący zamierza powierzyć podmiotowi udostępniającemu zasoby. Odwołujący potwierdził, że słusznie uznał Zamawiający, że zakres robót przewidzianych do wykonania przez podmiot trzeci nie obejmuje zatem wykonania innych robót poza wykonaniem nawierzchni bitumicznych, w tym m.in. warstwy ulepszonego podłoża z gruntu stabilizowanego cementem, warstwy mrozochronnej czy podbudowy z kruszywa. Jednakże Odwołujący stał na stanowisku, że warunek udziału w postępowaniu, który spełnia podmiot trzeci wskazywał wyłącznie na doświadczenie w wykonywaniu nawierzchni bitumicznych, a podmiot trzeci spełniający warunek udziału w postępowaniu zrealizuje 100% robót opisanych w warunku, tj. związanych z wykonaniem nawierzchni bitumicznych. Tym samym, Odwołujący uznał, iż spełnił warunek udziału w postępowaniu.

Oceniając czynność odrzucenia oferty Odwołującego należy w pierwszej kolejności odwołać się do treści spornego warunku. Zgodnie z warunkiem sformułowanym przez Zamawiającego w Rozdziale VI ust. 1 pkt 4) ppkt 4.2) - 1) SWZ „o

udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy spełniają warunek doświadczenia zawodowego:
- wykonanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – należycie, zgodnie z zasadami sztuki
budowlanej i prawidłowe ukończenie co najmniej dwóch zamówień obejmujących budowę, rozbudowę, przebudowę, remont drogi w technologii porównywalnej tj. wykonanie nawierzchni bitumicznych o wartości każdego zamówienia nie mniejszej niż 8 000 000,00 zł brutto z podaniem rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty budowlane zostały wykonane."
W ocenie Izby stanowisko Odwołującego wynika z błędnego rozumienia warunku udziału. W tym zakresie Izba uznała za prawidłowe rozumienie warunku udziału w postępowaniu przedstawione przez Zamawiającego i uzasadnione w odpowiedzi na odwołanie, iż warunek doświadczenia wykazywany przez Odwołującego za pomocą doświadczenia podmiotu trzeciego dotyczył wykonania zamówień dotyczących drogi w technologii porównywalnej, a sformułowanie „tj. wykonanie nawierzchni bitumicznych" dotyczyło doprecyzowania technologii, a nie zakreślenia wymaganego doświadczenia. Słusznie wywodził Zamawiający, że wykazując doświadczenia wykonawcy nie wykazywali robót polegających na wykonaniu nawierzchni bitumicznej oraz nie odnosili wartości wykazywanych robot do wartości stricte nawierzchni bitumicznych lecz wykazywali wykonanie całego zadania ze wszystkimi elementami niezbędnymi do wykonania robót obejmujących budowę, rozbudowę, przebudowę, remont drogi i to wartość tych robót wskazywali jako wartość zamówienia referencyjnego. Odwołujący w swej argumentacji odnosi się wyłącznie do elementu warunku w postaci nawierzchni bitumicznych pomijając jego wcześniejsze elementy, w związku z tym analogicznie Odwołujący interpretuje zakres wymaganego przepisami zaangażowania podmiotu trzeciego w realizację zamówienia. W ocenie Izby, jak już wskazano powyżej, stanowisko to jest błędne. W postawionym warunku Zamawiający wymagał legitymowania się przez wykonawcę wykonaniem i ukończeniem dwóch zamówień obejmujących budowę, rozbudowę, przebudowę, remont drogi w technologii porównywalnej o określonej wartości każdego z zamówień. Za technologię porównywalną Zamawiający uznał wykonanie nawierzchni bitumicznych. W związku z tym Zamawiający, wobec przedstawionego przez Odwołującego zobowiązania podmiotu trzeciego i określonego w nim zakresu prac które będzie wykonywał ten podmiot słusznie uznał, iż podmiot ten nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia w pełnym zakresie w jakim udostępniał swoje zdolności na potwierdzenie spełniania warunku, gdyż nie będzie zaangażowany w realizację elementów robót istotnych dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.
Wobec powyższego, zestawiając treść zobowiązania B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D., którego celem jest udowodnienie Zamawiającemu, że Odwołujący realizując zamówienie będzie dysonował niezbędnymi zasobami na potrzeby realizacji zamówienia, oraz wymogu że podmiot, który te zasoby udostępnia będzie wykonywał zamówienie w zakresie, do realizacji którego te zasoby są wymagane, z warunkiem udziału w postępowaniu określonym w Rozdziale VI ust. 1 pkt 4) ppkt 4.2) - 1) SWZ w ocenie Izby nie można stwierdzić, że treść zobowiązania potwierdza, że Odwołujący będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego, w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia w części, dla której przedmiotowe zdolności są wymagane. Jak już wskazano powyżej, treść zobowiązania złożonego do oferty, a także uzupełnionego w toku postępowania, w zakresie udostępnionych zasobów, nie pokrywa się z zakresem objętym powyższym warunkiem zamówienia. Umożliwienie Odwołującemu korzystania z udostępnionych zasobów bez zaangażowania podmiotu udostępniającego w pełnym zakresie w jakim udostępnia zasoby nie stanowi potwierdzenia, że podwykonawca realnie i faktycznie zrealizuje zamówienie, w zakresie dla którego określony został przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do doświadczenia.
Nie można zatem zgodzić się z Odwołującym, iż z treści załączonego zobowiązania wynika, że podwykonawca zrealizuje zamówienie w zakresie adekwatnym do udostępnionych zasobów. Z treści zobowiązania wynika, że podwykonawca weźmie udział w realizacji robót, do których zdolności są wymagane, jednak zważywszy na to, że podwykonawca w treści zobowiązania wskazał roboty do których realizacji się zobowiązał, a które nie pokrywają się z warunkiem udziału określonym w Rozdziale VI ust. 1 pkt 4) ppkt 4.2) - 1) SWZ to należy przyjąć, że udział podwykonawcy w realizacji zamówienia będzie ograniczony jedynie to przywołanych w zobowiązaniu robót. Powyższe ustalenie jednoznacznie wskazuje, że nie został dochowany wymóg określony w 118 ust. 2 Pzp, a co za tym idzie Odwołujący nie wykazał spełniania warunków w postępowaniu. Zarzut należy zatem uznać za niezasadny. Jednocześnie powyższe skutkuje uznaniem, iż oceniając ofertę Odwołującego oraz dokonując czynności w postępowaniu Zamawiający nie naruszył dyspozycji art. 16 ust. 1 i art. 17 ust. 2 Pzp.
Mając powyższe na uwadze, należy zauważyć, że konieczność realizacji robót w zakresie odpowiadającym udostępnionym zasobom, nie oznacza konieczności realizacji całego zamówienia. Jednakże zaangażowanie w realizację robót podmiotu udostępniającego zdolności (podlegające każdorazowo ocenie Zamawiającego) musi być na tyle znaczące, żeby pozwalało na uznanie, iż gwarantuje ono prawidłową realizację zamówienia. Podmiot udostępniający w szczególności powinien brać udział w realizacji robót, które były objęte warunkiem. Ponadto, jak wskazywał Zamawiający i Przystępujący w toku postępowania odwoławczego, w zakres zamówienia wchodzą również zadania inne

niż objęte udostępnionymi zdolnościami.
Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 122 Pzp. Jednakże wezwania tego nie wykonał, ani też nie zaskarżył tej czynności Zamawiającego jako wadliwej. Wobec tego czynność ta pozostaje w mocy. Czynność wezwania jak każda inna czynność w postępowaniu podlega zaskarżeniu, a zaniechanie w tym zakresie rodzi negatywne skutki procesowe dla Odwołującego.

Biorąc pod uwagę zapadłe rozstrzygnięcie, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: ……