

WYROK

Warszawa, 5 maja 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Poprawa

Małgorzata Rakowska
Ewa Sikorska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2025 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2025 roku przez wykonawcę **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Poznaniu** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego **Mirbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Skierniewicach**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600,00 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego **Skarb Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Poznaniu** - tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od odwołującego **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** na rzecz zamawiającego **Skarb Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Poznaniu** kwotę 3 600,00 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:
.....
.....

Sygn. akt: KIO 1293/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S11 Ostrów Wlkp. – Kępno; odcinek I węzeł Przygodzice – węzeł Ostrzeszów Północ (bez węzła)”.

Numer postępowania nadany przez Zamawiającego: OPO.D-3.2410.6.2024, zwane dalej „Postępowaniem”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2024 poz. 1320 ze zm.) zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr Dz.U./S 188/2024 w dniu 26 września 2024 r. (nr 579335-2004).

W dniu 4 kwietnia 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Strabag Sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie na niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego podjęte w Postępowaniu, polegające na wyborze oferty Mirbud S.A. (zwanej dalej: „Wykonawcą Mirbud”), jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Mirbud i zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 121 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

Wykonawcy Mirbud, w sytuacji gdy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie powierzenia podwykonawcy wykonania kluczowego zadania, co do którego Zamawiający w pkt 6.5. Instrukcji dla Wykonawców stanowiącej integralną część Specyfikacji Warunków Zamówienia zastrzegł obowiązek osobistego wykonania,

2)art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy Mirbud jako najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy w sytuacji, w której treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia,

3)art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w sposób przejrzysty i proporcjonalny,

4)art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia Wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Wykonawcy Mirbud S.A. jako najkorzystniejszej

2)nakazanie Zamawiającemu powtórzenia stosownych czynności w zakresie prawidłowego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Wykonawcy Mirbud S.A.,

3)nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert ustalonych w SWZ przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnej oceny ofert,

4)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów Postępowania oraz ewentualnych dowodów złożonych na rozprawie przed KIO lub w dalszych pismach procesowych.

Odwołujący wskazał, że interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację.

Zgodnie z ustalonymi w dokumentacji zamówienia wymaganiami, w świetle wyjaśnień udzielanych przez Wykonawcę w toku postępowania, prawidłowe dokonanie oceny oferty Mirbud S.A. przez Zamawiającego powinno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy, co wobec pozostałych rozstrzygnięć Zamawiającego oznaczać będzie wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

W pkt 6.5. Instrukcji dla Wykonawców (IDW) stanowiącej integralną część Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) Zamawiający skorzystał z uprawnienia przewidzianego

w art. 121 pkt 1 Pzp wskazując, że:

„Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań tj. nawierzchni trasy głównej, łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wykonanie warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług”.

Zgodnie z powyższym warunkiem zamówienia, Zamawiający wymaga, by roboty budowlane polegające na wykonaniu nawierzchni trasy głównej łącznie z wytworzeniem

i wbudowaniem wykonał osobiście wykonawca wybrany w postępowaniu. Obowiązek ten oznacza, że wykonawca zobowiązany jest wytworzyć całą nawierzchnię trasy głównej budowanej drogi, a następnie ją wbudować co implikuje konieczność dysponowania określonym potencjałem technicznym.

W niniejszym Postępowaniu Zamawiający skorelował przewidziany w pkt 6.5. IDW SWZ obowiązek osobistego wykonania kluczowych zadań z warunkiem udziału w Postępowaniu opisanym w pkt 8.2.4 ppkt 3 IDW SWZ (z uwzględnieniem modyfikacji):

„Wykonawca musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia następujące narzędzia, wyposażenie zakładu i urządzenia techniczne:

a) *wytwórnia mieszanek **mineralno-asfaltowych** (stacjonarna lub mobilna) o wydajności min. 240 Mg/h: minimalna ilość - 1 szt.*

b) ***układarka** do układania nawierzchni o szerokości układania nie mniejszej niż 10,25 m - minimalna ilość - 1 szt.*”

Wskazane wyżej warunki zamówienia obligują wykonawców do:

- osobistego wykonania kluczowych zadań określonych w pkt 6.5. IDW SWZ

- dysponowania potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania kluczowego zadania

Wykonawca Mirbud opisanych wyżej warunków zamówienia nie spełnia.

Wykonawca ten wskazał w pkt 5 złożonej oferty, że zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia:

„Cały zakres prac z wyłączeniem nawierzchni trasy głównej, łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wykonanie warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp)”

Jednocześnie też Wykonawca Mirbud załączył do oferty oświadczenie zawierające „Wykaz sprzętu posiadanego przez

wykonawcę do realizacji zamówienia, w którym jako podstawa dysponowania zostało wskazane dysponowanie pośrednie.

W ślad za powyższym wykazem Wykonawca Mirbud przedłożył „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia” sporządzone przez spółkę Kobylarnia S.A., z którego wynika, że w zakresie wymagalnych zdolności technicznych Wykonawca Mirbud będzie korzystał z następujących zasobów spółki Kobylarnia S.A.:

- wytwórnia mieszanek mineralno-asfaltowych (stacjonarna lub mobilna) o wydajności min. 240 Mg/h: minimalna ilość - 1 szt.
- układarka do układania nawierzchni o szerokości układania nie mniejszej niż 10,25 m - minimalna ilość - 1 szt.

Z powyższych oświadczeń Wykonawcy Mirbud złożonych w toku Postępowania wynika,

że wykonawca też w sposób niezgodny z warunkami zamówienia przewidział udział podwykonawcy Kobylarnia w wykonaniu zobowiązania zastrzeżonego do osobistego wykonania.

Zgodnie z aprobowanym orzecznictwem w przypadku, gdy zamawiający zastrzeże konkretne zakresy przedmiotu zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę, oświadczenie o zamiarze wykonania części zamówienia za pomocą podwykonawców stanowi merytoryczną treść zobowiązania wykonawcy oferowanego. W takim przypadku zamawiający w sposób jednoznaczny i precyzyjny wskazał, że jego wolą jest, aby określone świadczenie było wykonane osobiście przez wykonawcę. Powierzenie określonego zakresu zobowiązania podwykonawcy, gdy zakres ten został zastrzeżony do osobistego wykonania przez Wykonawcę stanowi niezgodność treści oferty z treścią SWZ polegającą na nieprawidłowym określeniu sposobu wykonania zamówienia. Jeżeli więc wykonawca wskazuje w formularzu ofertowym na zamiar powierzenia wykonania zakresu zastrzeżonego do osobistego wykonania podwykonawcy, treść oferty staje się niezgodna z treścią SWZ – vide: wyrok KIO z 8.03.2019 r. KIO 282/19.

Analiza dokumentów złożonych w niniejszym Postępowaniu przez Mirbud S.A. dowodzi,

że zakres oferowanego świadczenia przez tego wykonawcę jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego – przy czym rozbieżności te dotyczą fundamentalnego wymogu osobistego wykonania kluczowej części zamówienia.

Niezależnie od powyższego, wskazać należy, że Wykonawca Mirbud, nawet przy założeniu korzystania z potencjału podmiotu trzeciego (co odwołujący kwestionuje niniejszym odwołaniem) Wykonawca Mirbud nie będzie w stanie w pełni skorzystać z tego potencjału na potrzeby przedmiotowego zamówienia. Potwierdzają to złożone przez Wykonawcę Mirbud

w toku Postępowania, już po złożeniu ofert, wyjaśnienia dotyczące treści oferty. W piśmie złożonym w dniu 18.02.2025 r. Wykonawca Mirbud wyjaśnił, że wymaganą wytwórnię mas bitumicznych zamierza zlokalizować na placu budowy jednej z realizowanych w bliskim sąsiedztwie inwestycji. Oznacza to, że wymagana wytwórnia będzie również wykorzystywana na potrzeby realizacji innych inwestycji, tym samym wytwórnia nie będzie dedykowana na potrzeby realizacji zamówienia stanowiącego przedmiot niniejszego Postępowania. Odpowiedzi złożone przez Wykonawcę Mirbud łącznie ze złożoną ofertą stanowią o zakresie świadczenia, jakie zaoferował ten Wykonawca w ramach Postępowania. Należy mieć na uwadze fakt, iż odpowiedź Wykonawcy Mirbud złożona w oparciu o art. 223 ust. 1 Pzp stanowi wyjaśnienia oferty w jej pierwotnym brzmieniu. Stosownie do ww. regulacji, złożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do jakiegokolwiek zmiany w treści oferty, jak również nie jest dopuszczalne prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty.

W konsekwencji powyższego, wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę Mirbud jedynie potwierdzają, że złożona przez Wykonawcę Mirbud oferta oraz oferowane świadczenie pozostają niezgodne z wymaganiami Zamawiającego wyrażonymi w SWZ.

W ocenie Odwołującego kwestionowane czynności Zamawiającego stanowią naruszenie wskazanych w petitum odwołania przepisów prawa. Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

W dniu 9 kwietnia 2025 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach, zwany dalej Przystępującym, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający, pismem z dnia 25 kwietnia 2025 roku złożył odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący w dniu 27 kwietnia 2025 roku złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320 ze zm.) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało

wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2025 roku wobec wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanego w dniu 25 marca 2025 roku.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba za skuteczne uznała zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach do udziału w postępowaniu w charakterze Uczestników postępowania odwoławczego.

Przywołując regulacje prawne stanowiące podstawę zarzutów wniesionego odwołania należy wskazać, iż zgodnie:

- z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
 - 1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
 - 2)przejrzysty;
 - 3)proporcjonalny.
- z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.
- z art. 121 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących:
 - 1) zamówień na roboty budowlane lub usługi
- z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
 - 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp:
 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego w okolicznościach danej sprawy, odpowiadając na pytanie, czy Zamawiający poprzez ich wykonanie lub zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych mających lub mogących mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie podnoszonym w odwołaniu.

W pierwszej kolejności Izba podkreśla, że argumentacja podniesiona w treści odwołania oraz podczas rozprawy a także przedłożone przez Odwołującego dowody, nie dają podstaw Izbie, do uznania, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Izba oddaliła zatem zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w związku z art. 121 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Mirbud, w sytuacji gdy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie powierzenia podwykonawcy wykonania kluczowego zadania co do którego Zamawiający w pkt 6.5. Instrukcji dla Wykonawców stanowiącej integralną część Specyfikacji Warunków Zamówienia zastrzegł obowiązek osobistego wykonania.

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego

do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny

z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są

postanowienia w nich zawarte, w których zostały jasno i przejrzyście wyrażone oczekiwania zamawiającego.

Wobec powyższego, w pierwszej kolejności należy odnieść się do postanowień zawartych w warunkach zamówienia, w których Zamawiający określił stawiane wykonawcom wymagania, z uwzględnieniem wszelkich modyfikacji treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ). Pamiętać bowiem należy, że wykonawca składając ofertę nie może domyślać się co Zamawiający miał na myśli opisując przedmiot zamówienia, lecz winien przygotować ofertę w sposób spełniający wszystkie warunki zamówienia. Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy na podstawie niezawartych w treści warunków zamówienia wymagań lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji ich zapisów jak również dokonanie oceny oferty przez pryzmat oczekiwań nieznajdujących odzwierciedlenia w warunkach zamówienia, czy też zmiana wymagań dotyczących ofert po otwarciu ofert, według kryteriów niewynikających z treści warunków zamówienia. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu postanowień w nich zawartych.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy wskazać należy, że w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dalej „SWZ” pkt 6.5 Zamawiający ustanowił następujące wymaganie: *Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań tj. nawierzchni trasy głównej, łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wykonanie warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług.*

Oświadczenie o zakresie powierzenia zamówienia podwykonawcy, wykonawcy składali

w treści formularza ofertowego opracowanego przez Zamawiającego, stanowiącego załącznik do SWZ.

W SWZ w pkt 8.2.4 w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej sprzętu (pkt 3)

z uwzględnieniem modyfikacji Zamawiający wymagał: *Wykonawca musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia następujące narzędzia, wyposażenie zakładu i urządzenia techniczne:*

- a) *wytwórnia mieszanek mineralno-asfaltowych (stacjonarna lub mobilna) o wydajności min. 240 Mg/h: minimalna ilość - 1 szt.*
- b) *układarka do układania nawierzchni o szerokości układania nie mniejszej niż 10,25 m - minimalna ilość - 1 szt.*

W pkt 11 SWZ Udostępnienie zasobów Zamawiający wskazał:

11.1. *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, z zastrzeżeniem postanowień pkt. 6.6. IDW.*

(...)

11.3. *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.*

11.4. *Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w pkt. 11.3 IDW, 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 kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.*

Powyższe wymagania wskazują, że jako kluczowe Zamawiający określił zadania polegające na wykonaniu nawierzchni trasy głównej łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wytworzeniem warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego lub nasypowego,

dla których Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego ich wykonania przez wykonawcę.

Dodatkowo, Zamawiający zastrzegł, że wykonawca musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia narzędzia, wyposażenie zakładu i urządzenia techniczne:

- a) *wytwórnia mieszanek mineralno-asfaltowych (stacjonarna lub mobilna) o wydajności min. 300 Mg/h: minimalna ilość - 1 szt.,*
- b) *układarka do układania nawierzchni o szerokości układania nie mniejszej niż 10,25 m - minimalna ilość - 1 szt.,*

dopuszczając w tym zakresie możliwość polegania na zdolnościach technicznych innych podmiotów. W tym celu Wykonawca zobowiązany będzie do złożenia wraz z ofertą zobowiązania do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, o treści potwierdzającej zakres określony w SWZ.

W treści oferty Przystępujący oświadczył, że:

ZAMIERZAMY powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia:

Cały zakres prac z wyłączeniem wykonania nawierzchni trasy głównej, łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wykonanie warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp).

Wykonawca spełni obowiązek osobistego wykonania zgodnie z pkt 6.5 SWZ.

Wraz z ofertą Przystępujący złożył zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia udzielone przez podmiot KOBYLARNIA S.A. Kobylarnia, ul. Zakole 1, 86-061 Brzoza o następującej treści:

OŚWIADCZAM/-MY, iż:

a) udostępniam Wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie:

- *wytwórnia mieszanek mineralno-asfaltowych (stacjonarna lub mobilna) o wydajności min. 240 Mg/h: minimalna ilość - 1 szt.*
- *układarka do układania nawierzchni o szerokości układania nie mniejszej niż 10,25 m - minimalna ilość - 1 szt.*

b) *sposób i okres udostępnienia oraz wykorzystania ww. zasobów będzie następujący:*

wynajem sprzętu na okres realizacji zamówienia, aż do jego całkowitego wykonania.

Powyżej przedstawiony stan faktyczny w ocenie Izby nie daje podstaw do wniosku wyprowadzonego przez Odwołującego, zgodnie z którym Przystępujący przewidział udział podwykonawcy Kobylarnia w wykonaniu zadania zastrzeżonego do osobistego wykonania przez wykonawcę.

Izba w pełni podziela stanowisko Zamawiającego, iż w treści SWZ Zamawiający nie ustanowił obowiązku dysponowania przez wykonawcę potencjałem technicznym w postaci własnej wytwórni mieszanek mineralno-asfaltowych oraz układarki. W żadnym miejscu SWZ Zamawiający nie ustanowił takiego wymogu. Odwołujący również nie wskazał w odwołaniu takiego postanowienie w treści SWZ.

Na potrzeby realizacji zamówienia wykonawca mógł zatem posłużyć się wymaganymi urządzeniami, dysponując nimi na podstawie dowolnego tytułu prawnego, uprawniającego go do korzystania z nich. Wymóg Zamawiającego odnosił się do posiadania dostępu do określonych narzędzi/urządzeń technicznych, a dostęp oznacza możliwość korzystania z określonych rzeczy, a nie bycie ich właścicielem.

Zgodzić się należy z Zamawiającym, że chodzi tu o sposób władania rzeczą, który odpowiada uprawnieniom właściciela bądź innej osoby mającej, na podstawie stosunku cywilnoprawnego, inne prawo, z którym łączy się uprawnienie do władania rzeczą. Osobiste zaangażowanie wybranego wykonawcy w kluczowe zadania – jak wskazał Zamawiający - zwiększa prawdopodobieństwo prawidłowego wykonania inwestycji. Nie sposób więc uznać, że celem tego zastrzeżenia jest konieczność posiadania przez Wykonawcę określonego sprzętu na własność.

Podkreślenia wymaga, że w treści zobowiązania do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia podmiot Kobylarnia zobligował się do wynajmu sprzętu na realizację zamówienia, aż do jego całkowitego wykonania, a nie do wykonania określonego zakresu prac – co wskazywałoby na udział tego podmiotu

w realizacji zamówienia jako podwykonawcy. Powyższa treść zobowiązania nie daje więc podstaw do uznania, że Przystępujący przewidział udział podmiotu Kobylarnia jako podwykonawcy w wykonaniu zadania zastrzeżonego do osobistego wykonania przez wykonawcę. Nie sposób więc zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że doszło do powierzenia określonego zakresu zobowiązania podwykonawcy. Co więcej, podczas rozprawy na pytanie ze strony składu orzekającego, z którego miejsca oferty i zobowiązania podmiotu Kobylarnia wynika, że Przystępujący nie wykona kluczowego zadania samodzielnie, Odwołujący wskazał, że taka treść nie wynika z oferty i zobowiązania, jednak w jego ocenie treść zobowiązania jest iluzoryczna. Jednakże za takim wnioskiem nie świadczą żadne okoliczności. Odwołujący nie przedstawił również żadnych dowodów potwierdzających podnoszone wątpliwości oraz stawione zarzuty.

Izba za niezasadną, bez związku z zarzutem uznała argumentację Odwołującego odnoszącą się wyjaśnień treści oferty, z których ma wynikać, że Przystępujący planuje wymaganą wytwórnię mas bitumicznych zlokalizować na placu budowy jednej z realizowanych w bliskim sąsiedztwie inwestycji. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał związku pomiędzy lokalizacją wytwórni mas bitumicznych a realizacją kluczowego zadania z udziałem podwykonawcy, ani prawem do dysponowania wytwórnią na potrzeby realizacji zamówienia. Z treści odpowiedzi Przystępującego nie wynika również zarzucana przez Odwołującego zmiana treści oferty Przystępującego.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, iż wyjaśnienia treści oferty mogą stanowić zmianę treści oferty, jednakże w analizowanym stanie faktycznym taka okoliczność nie miała miejsca.

W powyższych okolicznościach, nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający zaniechał odrzucenia

oferty Przystępującego z uwagi na naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 121 pkt. 1 ustawy Pzp. Zarzut należało uznać za niezasadny.

Zarzut podniesiony podczas rozprawy, odnoszący się do szeroko rozumianej definicji dostawy w ustawie Pzp oraz do wyjątku od osobistego wykonania kluczowego zadania w przedmiotowym zamówieniu, został przez Izbę pominięty, jako niepodniesiony w odwołaniu. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Izba oddaliła również zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Jak wynika z powyższych rozważań, Odwołujący nie wykazał że treść oferty Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, co skutkowałoby koniecznością jej odrzucenia. Ponadto w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji wskazującej na to, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych kryteriów oceny ofert, niż te, które określił w dokumentach zamówienia.

W konsekwencji powyższego, nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania

w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w sposób przejrzysty i proporcjonalny, oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez udzielenie zamówienia Wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Odwołanie podlegało zatem oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2) oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:
.....
.....