

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 czerwca 2025 r. przez wykonawcę Tymczasowe Drogi Modułowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łukowie, ul. Warszawska 87 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Sokołów Podlaski z siedzibą w Sokołowie Podlaskim, ul. Wolności 44

Uczestnik po stronie zamawiającego:

Wykonawca A.W. prowadzący działalność pod firmą P.W. WIKRUSZ A.W. z siedzibą w Miedznej, ul. Kolonie 1a

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu uiszczonego przez odwołującego, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika zamawiającego,

2.2. Zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika zamawiającego.

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

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 2256/25

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym pn: „Przebudowa dróg gminnych na terenie Gminy Sokołów Podlaski” ogłoszono w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2025/BZP 00206693/01 z dnia 25 kwietnia 2025 r. 29 maja 2025 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

3 czerwca 2025 r. wykonawca Tymczasowe Drogi Modułowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łukowie, ul. Warszawska 87 wniósł odwołanie przez prezesa i wiceprezesa zarządu. Do odwołania dołączono dowód jego opłacenia oraz dowód przekazania zamawiającemu.

Zaskarżonej czynności zamawiającego zarzucił naruszenie:

A/ art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, że w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenia) powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, jednak z oferty oraz zobowiązania podmiotu trzeciego wynika, że podmiot ten nie wykona całości robót budowlanych, do realizacji których wymagane są zdolności opisane w warunku, w sytuacji, gdy oferta odwołującego spełnia warunki udziału w postępowaniu, natomiast podmiot, na którego zasoby wykonawca powołał się w ramach postępowania, zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą.

B/ art. 119 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie przez zamawiającego, polegające na dokonaniu błędnej oceny w zakresie spełnienia warunku doświadczenia odwołującego, który w tym zakresie posługuje się zasobami podmiotu trzeciego, w sytuacji gdy załączone zobowiązanie podmiotu trzeciego w pełni pozwala na uznanie, że wykonawca spełnia warunek doświadczenia.

C/ art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy przez sporządzenie uzasadnienia do czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego jako rzekomo niespełniającej warunków zamówienia w sposób lakoniczny i ogólny, jak również nie wyjaśniający przyczyny odrzucenia;

D/ art. 16 ustawy przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości i proporcjonalności, przejawiające się w szczególności w odrzuceniu oferty odwołującego, pomimo że oferta przez niego złożona spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego;
- 2) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez P.W. WIKRUSZ A.W., ul. Kolonie 1a, 07-106 Miedzna,
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności zbadania i oceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego,
- 4) dopuszczenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści pisma,
- 5) obciążenia kosztami postępowania zamawiającego na rzecz odwołującego, przez zasądzenie kwoty 10.000 zł, stanowiącej uzasadnione koszty odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, jak również ewentualnych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w przypadku skorzystania przez odwołującego z pomocy profesjonalnego pełnomocnika, na podstawie przedłożonej na rozprawie faktury VAT.

W zakresie postępowania dowodowego o:

- 1) przeprowadzenie dowodu z dokumentów
 - pisma zamawiającego z dnia 29 maja 2025 r. - zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej,
 - pisma zamawiającego z dnia 29 maja 2025 r. – informacja o wyniku postępowania,
 - wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z dnia 19 maja 2025 r.,
 - pismo wykonawcy z dnia 21 maja 2025 r.,
 - na fakty odrzucenia oferty wykonawcy TDM Sp. z o.o. z naruszeniem przepisów ustawy, zgodność oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia, naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez zamawiającego, odrzucenia niezgodnie z prawem oferty odwołującego i okoliczności wskazane szczegółowo w uzasadnieniu;
- 2) zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia do akt postępowania – akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy odwołanie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania jako wykonawca, którego oferta wybrana została w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejsza, w przypadku uwzględnienia odwołania.

Zamawiający poinformował, na podstawie art. 253 ust. 1 ustawy, odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty P.W. WIKRUSZ A.W.. Zamawiający wskazał, że przedmiotowa oferta uzyskała najwyższą ilość punktów według kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Zamawiający poinformował również o odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwołujący nie zgodził się z tym rozstrzygnięciem.

Niezasadnym było postępowanie zamawiającego w odniesieniu do oferty odwołującego i odrzucenie tejże oferty na podstawie 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy.

Odwołujący wskazał, że zamawiający swoim postępowaniem naruszył art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, że w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenia) powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, jednak z oferty oraz zobowiązania podmiotu trzeciego wynika, że podmiot ten nie wykona całości robót budowlanych, do realizacji których wymagane są zdolności opisane w warunku, w sytuacji, gdy oferta odwołującego spełnia warunki udziału w postępowaniu, natomiast podmiot, na którego zasoby wykonawca powołał się w ramach postępowania, zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą.

19 maja 2025 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych szczegółowo wymienionych w treści pisma. 21 maja 2025 r. odwołujący przedłożył zamawiającemu żądane dokumenty, w tym zobowiązanie podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby na potrzeby realizacji zamówienia, w którym wskazano, przedstawiając szczegóły w stosunku do zobowiązania wcześniej złożonego, że podmiot udostępniający zasoby, który będzie też podwykonawcą w ramach wykonywania zamówienia, zobowiązał się udostępnić swoje zasoby tj.: referencje dotyczące budowy drogi publicznej, w skład której wchodziło wykonanie robót rozbiórkowych, robót brukarskich, robót nawierzchniowych, robót brukarskich tj. budowy chodników, dróg dla pieszych i rowerów, wprowadzanie tymczasowej organizacji ruchu o wartości przekraczającej 700 000,00 złotych brutto. Udostępnienie zasobu dotyczy zdolności technicznej i zawodowej.

Jednocześnie wskazał, że do dyspozycji wykonawcy udostępnia się wykonawcy wyżej wymienione zasoby, w następującym zakresie: Referencje dotyczące budowy drogi publicznej w skład której wchodziło wykonanie robót rozbiórkowych, robót brukarskich, robót nawierzchniowych, robót brukarskich tj. budowy chodników, dróg dla pieszych i rowerów, wprowadzanie tymczasowej organizacji ruchu o wartości przekraczającej 700 000,00 złotych brutto. Udostępnienie zasobu dotyczy zdolności technicznej i zawodowej. Referencje wystawione przez firmę Ensalta Sp. z o.o. z siedzibą w Modliniczka przy ul. Willowej 98, 32-085 Modliniczka.

W zakresie zaś sposobu i okresu udostępnienia oraz wykorzystania udostępnionych wykonawcy zasobów podkreślono,

że podmiot udostępniający zasoby – T.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Brukarskie T.B., będzie brał czynny udział w wykonywaniu zadania tj. wykonanie robót rozbiórkowych, przygotowawczych, robót ziemnych tj. wykopy, nasypy, korytowanie, wykonanie warstw odcinających, wykonanie podbudów z kruszyw, wykonanie robót brukarskich oraz robót związanych z wprowadzeniem czasowej organizacji ruchu. Podmiot ten oświadczył, że posiada zaplecze techniczne, pracowników oraz sprzęt do ww. robót. Okres udostępnienia zasobów jest adekwatny do czasu realizacji zamówienia.

Ponadto, podmiot udostępniający zasoby, oświadczył, że: jako podmiot udostępniający zdolności w postaci wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia będzie realizował usługi, których wskazane zdolności dotyczą, zakres jego udziału przy realizacji zamówienia będzie polegał na: wykonaniu robót rozbiórkowych, przygotowawczych, robót ziemnych tj. wykopy, nasypy, korytowanie, wykonanie warstw odcinających, wykonanie podbudów z kruszyw, wykonanie robót brukarskich oraz robót związanych z wprowadzeniem czasowej organizacji ruchu, charakter stosunku łączącego go z wykonawcą będzie polegał na podwykonawstwie w zakresie ww. robót drogowych na podstawie zawartej umowy podwykonawczej. T.B. zobowiązał się także, że okres jego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie trwał przez cały okres realizacji zadania.

Odwołujący nadmieniał, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie zadania pn.: Przebudowa dróg gminnych na terenie Gminy Sokółów Podlaski obejmującego prace budowlane pn.: Przebudowa drogi gminnej wewnętrznej w miejscowości Bachorza

-roboty przygotowawcze

-podbudowa

-nawierzchnia

-roboty wykończeniowe (pobocza, rowy)

-oznakowanie

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierający zakres prac do zrealizowania zawarty jest w przedmiarach robót stanowiących załącznik nr 6 do SWZ oraz w dokumentacji technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do SWZ.

Zamawiający w ramach postępowania – pkt. IV SWZ podwykonawstwo, stwierdził, że zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia.

Jednocześnie, w zakresie punktu VIII SWZ - Warunki udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wskazał, że wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że: dysponuje co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej zgodnie z art. 12, art. 12a ust 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2024r. poz. 725 ze zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy Prawo budowlane oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2020 r. poz. 220 ze zm.), a ponadto w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie lub rozbudowie drogi o wartości minimum 700 000,00 złotych brutto.

W ramach tego postępowania wykonawca miał zatem wykazać, że posiada zarówno potencjał kadrowy i kwestia ta została wykazana przez wskazanie w wykazie osób Kierownika budowy z ramienia odwołującego, ale także miał wykazać, że wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie lub rozbudowie drogi. Ta kwestia również została wykazana w ramach wykorzystania zasobu podmiotu trzeciego.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 29 maja 2025 r. - zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, pismo zamawiającego z dnia 29 maja 2025 r. – informacja o wyniku postępowania, wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z dnia 19 maja 2025 r., pismo wykonawcy z dnia 21 maja 2025 r.;

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Co do zasady, kwestia oceny, czy wykonawca spełnia warunki udziału w danym postępowaniu, odbywa się, biorąc pod uwagę treść warunku udziału w postępowaniu opisanego w SWZ, na podstawie dokumentów przedłożonych przez wykonawcę w postępowaniu” (wyrok KIO z 12.01.2023 r., KIO 3468/22, KIO 3498/22, LEX nr 3509596).

Biorąc pod uwagę wskazane powyżej warunki udziału w postępowaniu, a także treść zobowiązania podmiotu trzeciego, a zwłaszcza fakt, że odwołujący będzie dysponował potencjałem podmiotu trzeciego przez cały okres realizacji zamówienia oraz realnie (podmiot ten będzie przecież wykonywał istotne roboty w ramach zamówienia), należy uznać że w sposób zupełnie bezzasadny zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy.

Zamawiający niesłusznie przyjął, że „Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenia) powołał się w całości na zasoby

podmiotu trzeciego, jednak z oferty oraz zobowiązania podmiotu trzeciego wynika, że podmiot ten nie wykona całości robót budowlanych, do realizacji których wymagane są zdolności opisane w warunku. Zatem nie można uznać, że w niniejszej sprawie udostępnienie zasobów ma charakter realny i gwarantuje wykonawcy rzeczywisty dostęp do udostępnionych zasobów.”

Zgodnie z treścią art. 118 ust. 1 ustawy 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 (tzw. podmiotów trzecich), niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Przewidziana w art. 118 ust. 1 ustawy możliwość korzystania przez wykonawcę z zasobów podmiotów trzecich ma na celu umożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom, którzy sami nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, ale mając rzeczywisty dostęp do określonych zasobów podmiotów trzecich, będą w stanie należycie wykonać zamówienie publiczne.

W przypadku, gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane lub usługi, kluczowe znaczenie ma art. 118 ust. 2 ustawy, 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. Innymi słowy, jeżeli to podmiot trzeci spełnia warunek doświadczenia, to ten podmiot trzeci ma realizować zamówienie w tym zakresie, w którym do należytego wykonania niezbędne jest doświadczenie opisane w warunku udziału w postępowaniu. Poleganie na zasobach podmiotu trzeciego nie polega jednak na realizacji przez podmiot trzeci całości lub części zamówienia, dlatego po pierwsze warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia nie powinien zostać tak opisany, że podmiot trzeci będzie zobowiązany do realizacji np. całości zamówienia, a także zamawiający w ramach postępowania nie ma uprawnienia, by tego od wykonawcy oczekiwać.

Opis warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia nie może prowadzić do zrównania warunków udziału w postępowaniu z zakresem lub wielkością zamówienia. Należy odróżnić warunek posiadania doświadczenia od zakresu lub wielkości przedmiotu zamówienia publicznego, o którego wykonanie ubiega się dany wykonawca. Opis warunku udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia na zagwarantować zamawiającemu, że wcześniejsze doświadczenie ma dać rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego.

Powierzenie podmiotowi trzeciemu całości realizacji zamówienia, jak oczekuje w stanie faktycznym sprawy zamawiający, należy uznać za czynność prawną mającą na celu obejście przepisu art. 462 ust. 1 ustawy .

Dodatkowo, odwołujący wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 czerwca 2020 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 835/20, wyrok z 9 listopada 2017 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2245/17, wyrok w sprawie o sygn. akt: KIO 2390/17, wyrok w sprawie o sygn. akt: KIO 196/16.

Odwołujący podkreślił, że T.B. udostępniający zasoby w ramach postępowania na rzecz wykonawcy, będzie jako podwykonawca aktywnie uczestniczył w realizacji zamówienia wspólnie z wykonawcą. W tym zakresie złożył stosowne oświadczenie, które należy oceniać przy uwzględnieniu zasad oceny oświadczeń woli. Zobowiązanie podmiotu trzeciego, przedkładane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ma charakter oświadczenia woli, do którego referuje art. 65 k.c. Ze złożonego oświadczenia wprost wynika, że tenże podmiot nie będzie dla przykładu co najwyżej udzielał konsultacji przy wykonywaniu zamówienia, ale będzie realnie wykonywał znaczny zakres prac, które składają się na przedmiot zamówienia. Podmiot ten nie musi ich wykonywać przecież sam, przeczyłoby to istocie instytucji zasobu podmiotu trzeciego, zakazowi wykonywania 100% zamówienia przez podwykonawcę, a także byłoby poniekąd absurdalne – przy realizacji zamówienia uczestniczyć też będzie wykonawca. Podmioty te wykonają zamówienie wspólnie.

Zamawiający naruszył również art. 119 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie przez zamawiającego, polegające na dokonaniu błędnej oceny w zakresie spełnienia warunku doświadczenia odwołującego, który w tym zakresie posługuje się zasobami podmiotu trzeciego, w sytuacji gdy załączone zobowiązanie podmiotu trzeciego w pełni pozwala na uznanie, że wykonawca spełnia warunek doświadczenia.

Sam fakt, że w zobowiązaniu podmiotu trzeciego pojawia się sformułowanie, że weźmie on udział w realizacji zamówienia przez wykonanie jako podwykonawca zakresu robót budowlanych do realizacji których wymagane są udostępnione zasoby, nie może być interpretowane w oderwaniu od całej treści zobowiązania. W dokumentacji przedłożonej przez wykonawcę szczegółowo wskazano, jakie roboty wykona podwykonawca.

Decyzja zamawiającego w sprawie odnośnie oferty odwołującego była uznaniowa – w zasadzie z przekroczeniem tejże uznaniowości, bez uwzględnienia treści złożonych oświadczeń woli, a także nie poparta wyczerpującym uzasadnieniem. Tym samym zamawiający dopuścił się naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy przez sporządzenie uzasadnienia do czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego jako rzekomo niespełniającej warunków zamówienia w sposób lakoniczny i ogólny, jak również nie wyjaśniający konkretnej przyczyny odrzucenia. Co budzi także

uzasadnione wątpliwości co do bezstronności zamawiającego.

Przytoczył treść art. 253 ust. 1 pkt 2 i podniósł, że wypełnianie obowiązków informacyjnych przez zamawiającego jest jedną z najistotniejszych gwarancji transparentności postępowania, a także równego traktowania wykonawców. Przekazanie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej jest kulminacją wszystkich czynności dokonywanych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Z technicznego punktu widzenia zamawiający powinien dokonać subsumpcji zaistniałego stanu faktycznego do odpowiedniej normy prawnej. Z uzasadnienia sporządzonego przez zamawiającego powinien wynikać precyzyjny opis zaistniałego stanu faktycznego oraz wykazanie, że w owym stanie faktycznym zaistniały przesłanki uzasadniające zastosowanie określonej (wskazanej precyzyjnie) normy prawnej.

Jeżeli zamawiający dokonał odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy z uwagi na fakt, że nie spełnia ona warunków udziału w postępowaniu, to „musi w sposób pełny przedstawić podstawy swojej oceny, w tym wyczerpujące uzasadnienie faktyczne, czego w niniejszej sprawie niewątpliwie zabrakło.

Zamawiający nie uzasadnił, dlaczego jego zdaniem wykonawca złożył ofertę niespełniającą warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający był zobowiązany do szczegółowego wyjaśnienia, dlaczego odrzucił ofertę odwołującego, a tego nie wyjaśnił. Uzasadnienie odrzucenia oferty sprowadza się do przytoczenia szeregu orzeczeń bez konkretnego wskazania dlaczego rzekomo wykonawca nie spełnia postawionych warunków.

Powołał wyrok KIO z 16.09.2019 r., KIO 1688/19, LEX nr 2740895.

Dowód: Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu ofert z dnia 29 maja 2025 r., SWZ;

Co również istotne, oferta złożona przez odwołującego spełnia wszelkie wymagania zamawiającego zawarte w dokumentach postępowania, została rzetelnie skalkulowana, i jest najkorzystniejsza ze wszystkich złożonych ofert w świetle postawionych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Oferta odwołującego przedstawia najniższą cenę w postępowaniu.

Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 16 ustawy przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości i proporcjonalności, przejawiające się w szczególności w odrzuceniu oferty odwołującego, pomimo że oferta przez niego złożona spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Przytoczył treść art. 16 ustawy. Przedmiotowy artykuł stanowi niejako podstawę każdej czynności zamawiającego związanej zarówno z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia, jak i z jego przeprowadzeniem. Zamawiający o zasadach płynących z tego artykułu powinien myśleć zawsze i podejmować każdą decyzję przez ich pryzmat. Nie sposób nie odnieść wrażenia, że zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji stanowi podstawę systemu zamówień publicznych i bez jej dochowania nie można mówić o skutecznym kontraktowaniu publicznych zakupów, a zdecydowana większość przewidzianych w ustawie zasad ma charakter pomocniczy w celu zagwarantowania jej przestrzegania.

Naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców może odnosić się właściwie do każdego elementu postępowania, wszędzie tam, gdzie następuje różnicowanie szans wykonawców nie tylko w możliwości uzyskania zamówienia, lecz również w możliwości złożenia korzystniejszej oferty. Należy pamiętać, że zamawiający powinien traktować wszystkich wykonawców na równych zasadach, wymagając realizacji zamówienia według tych samych reguł bez różnicowania ich sytuacji np. przez wybór oferty wykonawcy, który spełnia warunki udziału w postępowaniu, a nie odrzucenie jego oferty.

W tym stanie rzeczy można w istocie mieć wątpliwości co do bezstronności zamawiającego i zachowania zasady uczciwej konkurencji. Nie ulega również wątpliwości, że warunkiem realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest w szczególności zagwarantowanie przejrzystości procedur. Wszelkie działania zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinny mieć charakter proporcjonalny, co oznacza, że powinny być adekwatne dla osiągnięcia zakładanych celów. Na gruncie unijnego prawa zamówień publicznych stwierdza się wręcz, że w świetle zasady proporcjonalności, będącej ogólną zasadą prawa wspólnotowego, wszelkie podejmowane przez zamawiających środki nie mogą wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia ich celów.

Zamawiający, jako podmiot odpowiedzialny za udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 16) jest zobligowany do wnikliwej analizy wszystkich złożonych w postępowaniu ofert, tj. poddania ich badaniu i ocenie, której wynik nie pozostawia wątpliwości, że w świetle postanowień SWZ treść oferty danego wykonawcy jest zgodna z treścią SWZ, w szczególności spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega odrzuceniu. Zdaniem odwołującego sytuacja, która miała miejsce w ramach tego postępowania nie powinna mieć miejsca.

Przepis art. 118 ust. 4 ustawy nakazujący konieczność wykonania zamówienia (robót budowlanych lub usług) przez podmiot trzeci w takim zakresie, w jakim udostępnione zdolności są wymagane do ich realizacji, nie może łamać ogólnej zasady stwarzającej możliwości wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego przez wykonawcę bez względu na charakter stosunków łączących strony – byleby wykorzystanie to było realne – co należy obecnie rozumieć jako aktywny

udział w realizacji zamówienia.

Wobec braku jednoznacznej dyspozycji co do tego, w jakiej formie podmiot trzeci powinien uczestniczyć w realizacji zamówienia czy to w obowiązujących przepisach, czy to w dokumentach zamówienia, każde zobowiązanie do udostępnienia zasobów winno być badane i oceniane indywidualnie. W przypadku gdy mamy do czynienia z zamówieniem obejmującym wykonanie jedynie robót budowlanych na podstawie gotowej dokumentacji projektowej, zakres robót, jakie będzie wykonywał podwykonawca – przedstawiona przez niego forma zaangażowania nie może zostać uznana jako brak realnego udziału w realizacji zamówienia. Zwłaszcza, że niewątpliwie taki udział będzie brał.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest owszem sformalizowane, ale niezależnie od możliwych różnych ocen, na ile postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowane, należy mieć na względzie ocenę w jakim zakresie ma służyć zapewnieniu zamawiającemu zaspokojenia jego uzasadnionych potrzeb. Oferta odwołującego została prawidłowo złożona, spełnia warunki udziału w postępowaniu i zawiera najkorzystniejszą cenę. Odwołujący w ramach wykonywania umowy jest w stanie zapewnić zamawiającemu zaspokojenie jego uzasadnionych potrzeb w zakresie przebudowy dróg gminnych.

3 czerwca 2025 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

6 czerwca 2025 r. do postępowania odwoławczego zgłosił się wykonawca A.W. prowadzący działalność pod firmą P.W. WIKRUSZ A.W. z siedzibą w Miedznej, ul. Kolonie 1a. Zgłoszenie wniósł właściciel. Do zgłoszenia dołączono dowód jego przekazania stronom.

Przystępujący - P.W. WIKRUSZ A.W. wskazał, że jest zainteresowany rozstrzygnięciem na korzyść zamawiającego, tj. strony do której przystępuje, z uwagi na fakt że w przypadku rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego na korzyść Gminy Sokołów Podlaski będzie możliwe udzielenie przedmiotowego zamówienia na podstawie złożonej przez nas oferty. Oferta, którą złożył została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. Jego oferta oraz podmiotowe środki dowodowe, których wymagał zamawiający w prowadzonym przez Gminę Sokołów Podlaski postępowaniu zostały złożone zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. Jednocześnie podzielił stanowisko zamawiającego, że wykonawca Tymczasowe Drogi Modułowe Sp. z o.o., ul. Warszawska 87, 21-400 Łuków nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym uznał zarzuty przedstawione we wniesionym odwołaniu za niezasadne.

27 czerwca 2025 r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

1. oddalenie odwołania w całości.

2. orzeczenie kosztów postępowania wg norm przepisanych.

Zamawiający nie podzielił stanowiska odwołującego. Odwołujący składając ofertę w postępowaniu skorzystał z potencjału podmiotu trzeciego w trybie art. 118 ustawy. Potencjał udostępniała mu firma Usługi Brukarskie T.B., Żarnówka 51, 07-110 Grębków.

Ponieważ treść złożonego pierwotnie oświadczenia o udostępnieniu potencjału w ocenie zamawiającego nie była zgodna z wymogami ustawy zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia tego oświadczenia. W wezwaniu zamawiający szczegółowo opisał, dlaczego nie uznał oświadczenia za prawidłowe.

Uzupełnione oświadczenie również w ocenie zamawiającego nie było zgodne z przepisami ustawy co szczegółowo opisał Zamawiający z piśmie o wyniku postępowania a do czego odniesie się w dalszej części odpowiedzi.

Wykonawca miał się wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie lub rozbudowie drogi o wartości minimum 700 000,00 złotych brutto.

Odwołujący skorzystał z potencjału podmiotu udostępniającego zasoby Usługi Brukarskie T.B., Żarnówka 51, 07-110 Grębków, który wykazał się doświadczeniem „Referencje dotyczące budowy drogi publicznej w skład której wchodziło wykonanie robót rozbiórkowych, robót brukarskich, robót nawierzchniowych, robót brukarskich tj. budowy chodników, dróg dla pieszych i rowerów, wprowadzanie tymczasowej organizacji ruchu o wartości przekraczającej 700 000,00 złotych brutto- „Modernizacja infrastruktury drogowej w Mieście i Gminie Cegłów”.

Z treści uzupełnionego oświadczenia o udostępnieniu potencjału wynikało, że podmiot udostępniający zasoby będzie realizował tylko pewien zakres robót. W oświadczeniu o udostępnieniu potencjału, które zostało złożone na wezwanie do uzupełnienia znajdujemy następujący zapis:

4) zakres mojego udziału przy realizacji zamówienia będzie polegał na: Wykonanie robót rozbiórkowych, przygotowawczych, robót ziemnych tj. wykopy, nasypy, korytowanie, wykonanie warstw odcinających, wykonanie podbudów z kruszyw, wykonanie robót brukarskich oraz robót związanych z wprowadzeniem czasowej organizacji ruchu.

Z treści tego oświadczenia wynika wyraźnie, że zakres prac, jakie ma wykonać podmiot udostępniający zasoby nie obejmuje szeregu elementów, które wchodzi w zakres budowy drogi. Przedmiot zamówienia oprócz wskazanych przez podmiot udostępniający zasoby robót obejmuje także:

1. Na odcinku od km 0+000 do km 0+100:

-wykonanie podbudowy z betonu cementowego C12/15 o grubości 15 cm.

-wykonanie warstwy wiążącej z betonu asfaltowego AC 16 W PMB 25/55-60 KR2-3, grubość warstwy po zagęszczeniu 6 cm,

-wykonanie warstwy ścieralnej z betonu asfaltowego AC 11 S PMB 45/80-55 KR 3-4 o grubość po zagęszczeniu 4 cm.

2. Na odcinku od km 0+100 do 0+794

-Wykonanie podbudowy z betonu cementowego C12/15 o grubości 15 cm dowóz z odległości 10km po zagęszczeniu mechanicznym z pielęgnacją piaskiem i wodą

3. Nawierzchnia od 0+100 do km 0+794

-Wykonanie nawierzchni z betonu wałowanego cementowego C30/37, warstwa o grubości 18cm po zagęszczeniu, układana mechanicznie wraz z pielęgnacją wykonanej nawierzchni oraz wykonaniem teksturowania i szczelin dylatacyjnych z wypełnieniem masą zalewową.

Zamawiający przedłożył jako dowód nr 1 kosztorys inwestorski oraz jako dowód nr 2 kosztorys ofertowy złożony przez odwołującego, gdzie wskazał jakich pozycji nie wykona podmiot udostępniający potencjał.

Dla lepszego zobrazowania przedłożył jako dowód nr 3 zestawienie w ujęciu tabelarycznym, które pokazuje wartości robót, których nie wykona podmiot udostępniający potencjał. Z tego pliku Excel wynika, że procentowa wartość prac, których nie wykona firma U.b. w odniesieniu do całkowitej wartości zadania wynosi 66%, a to oznacza, że podmiot ten wykona jako podwykonawca prace o wartości zaledwie 34%.

Jak więc w takiej sytuacji można mówić o skutecznym udostępnieniu potencjału, skoro podmiot udostępniający zasoby wykona zaledwie 1/3 zakresu robót.

Przedłożył też dowód nr 4 – przekrój drogi z projektu dla zobrazowania jakich elementów nie wykona podmiot udostępniający potencjał (zostały załączone kolorem żółtym).

Z analizy przesłanych dokumentów wynika, zatem wyraźnie, że firma Usługi Brukarskie T.B., Żarnówka 51, 07-110 Grębków nie wykona przebudowy drogi w całości. Tym samym odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Orzecznictwo KIO jasno wskazuje, że w przypadku, kiedy podmiot udostępni zasoby w postaci doświadczenie to musi zrealizować zadanie w takim zakresie w jakim udostępni zasoby. Jako przykłady podał Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej KIO 3056/23, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt. KIO 1707/23, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

sygn. akt KIO 1602/22, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej KIO 1483/22, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2018 r., KIO 764/18 6), Wyrok z 13 grudnia 2021 sygn. akt KIO 3471/21, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 lutego 2020r. sygn. akt KIO 201/20, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3761/21, Wyrok KIO z 24.09.2021 r., KIO 2353/21, Wyrok dnia 1 lutego 2021 r., o sygn. akt KIO 3545/20, Sygn. akt KIO 211/18, KIO 2245/14, KIO 1755/17, KIO 1857/17, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 442/21.

Także Urząd Zamówień Publicznych w swoim komentarzu potwierdza, że „W myśl art. 118 ust. 2 pzp wykonawca może powołać się na wymienione zdolności podmiotu trzeciego, jeśli podmiot ten wykona roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Udział podmiotu trzeciego polegający np. wyłącznie na prowadzeniu działalności o charakterze doradczym lub szkoleniowym, nie gwarantuje, że wykonawcy zostaną rzeczywiście udostępnione zasoby niezbędne do wykonania zamówienia.”

Najnowszy wyrok wydany w identycznej sprawie, gdzie podmiot udostępniający oświadczył, że wykona tylko część robót objętych potencjałami jaki udostępniał zapadł 30 kwietnia 2025r sygn. akt KIO 1298/25.

Reasumując w kwestii zarzutu pierwszego nie zasługuje on na uwzględnienie. Wykonawca nie wykazał bowiem, że podmiot udostępniający mu swoje zasoby zrealizuje zakres prac, do realizacji których te zasoby są wymagane.

Odwołujący twierdzi, że wykonanie przez podmiot udostępniający zasoby pełnego zakresu zamówienia byłoby sprzeczne z art. 462 ust. 1 i 2 bowiem w myśl tego przepisu wykonawca nie może powierzyć wykonania całości zamówienia podwykonawcy.

Powierzenie podmiotowi trzeciemu całości realizacji zamówienia, jak oczekuje w stanie faktycznym sprawy zamawiający, należy uznać za czynność prawną mającą na celu obejście przepisu art. 462 ust. 1 ustawy.

Zauważył, że odwołujący nie wskazał w petitum naruszenia artykułu 462 ust.1 a podnosi ten zarzut dopiero w treści uzasadnienia swojego stanowiska. Stanowi to naruszenie zasad opisanych w art. 516 ustawy, które określają kształt i zakres odwołania. Mimo to zamawiający odniesie się do tego zarzutu.

Zwrócił uwagę na brzmienie art. 462 ust 1 ustawy pzp: „Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.”

Artykuł stanowi o „części zamówienia” a nie „części robót” co jest kluczowe z punktu widzenia zarzutów jakie stawia odwołujący. Przedmiot zamówienia to coś więcej niż tylko same roboty budowlane.

W ramach zamówienia oprócz samych robót budowlanych wchodzi także dostawy niezbędne do realizacji zamówienia, które może wykonać odwołujący. Prowadzenie inwestycji budowlanej jest procesem złożonym, wielowątkowym i nie polega jedynie na fizycznym wykonaniu robót wskazanych w projekcie. Tym samym ma on możliwość realizacji części zamówienia np. przez dostawę kruszywa, dostawę pisaku czy innych materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia, czy też wykonanie nowej organizacji ruchu.

Z treści oświadczenia o udostępnieniu potencjału wynika, że odwołujący nie będzie korzystał z potencjału firmy Usługi Brukarskie T.B., Żarnówka 51, 07-110 Grębków w zakresie osób niezbędnych do kierowania robotami jakich wymagał w SWZ zamawiający. A zatem czynności związane z kierowaniem robotami będą wykonywać osoby którymi dysponuje odwołujący.

To pokazuje wyraźnie, że w sytuacji, kiedy podmiot udostępniający w całości zrealizowałby budowę drogi to jest szereg czynności związanych z wykonaniem zamówienia, które może wykonać odwołujący i tym samym nie zostaje naruszony art. 462 ustawy pzp. Stanowisko jakie prezentuje zamawiający potwierdza także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 2024r. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2024 r. KIO 883/24 LEX nr 3704985

Ma także na uwadze tezę zawartą w komentarzu UZP „Przepis art. 118 w zasadzie nie dotyczy zwykłego powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom, o którym mowa w art. 462 ust. 1 ustawy.” W ocenie zamawiającego przepis ten nie stoi w sprzeczności z 118 ust 2 na który powołuje się zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego. Przepis art. 118 ust 2 stanowi „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.”

Niezależnie do treści orzeczeń KIO z przepisu art. 118 ust.2. wynika, że podmiot udostępniający swoje zasoby powinien zrealizować zakres prac, do realizacji których te zasoby są wymagane.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko powołując się na stronach 9-11 na wyroki 2245/17 oraz 2390/17 oraz 196/16 z których wynika, że udostępnienie potencjału doświadczenia może nastąpić formie doradztwa czy konsultacji. Są już one jednak nieaktualne.

W świetle aktualnego orzecznictwa KIO podmiot udostępniający zasoby musi być podwykonawcą nie może udostępniać potencjału w zakresie doświadczenia w formie doradztwa czy konsultacji. Np. tak w wyroku z 26 maja 2021 r. (sygn. akt KIO 1027/21), w Wyroku KIO 1483/22 LEX nr 3434187, w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 22 lutego 2022 (sygn. akt KIO 334/22), w wyroku sygn akt: KIO 211/2018.

Także w komentarzu P.G. znajdujemy potwierdzenie tej tezy: „wymóg ten oznacza, że podmioty udostępniające zasoby muszą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako podwykonawcy wykonując roboty budowlane do realizacji których zdolności były wymagane i określone przez zamawiającego.”

Reasumując odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ponieważ nie wykazał, że podmiot udostępniający mu swoje zasoby zrealizuje ten zakres prac, do realizacji których te zasoby są wymagane.

Przepis art. 119 ustawy stanowi, że zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4.

Odwołujący stawia taki oto zarzut:

W tym stanie rzeczy zamawiający naruszył również art. 119 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie przez zamawiającego, polegające na dokonaniu błędnej oceny w zakresie spełnienia warunku doświadczenia odwołującego, który w tym zakresie posługuje się zasobami podmiotu trzeciego, w sytuacji gdy załączone zobowiązanie podmiotu trzeciego w pełni pozwala na uznanie, że wykonawca spełnia warunek doświadczenia.

Podkreślenia wymaga, że sam fakt, że w zobowiązaniu podmiotu trzeciego pojawia się sformułowanie, że weźmie on udział w realizacji zamówienia przez wykonanie jako podwykonawca zakresu robót budowlanych do realizacji których wymagane są udostępnione zasoby, nie może być interpretowane w oderwaniu od całej treści zobowiązania. Zarzut jest zupełnie nietrafny.

Zgodnie z art. 119 ustawy zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4 p.z.p.

Powołał tezę z wyroku KIO z 28.02.2022 r. (sygn. akt KIO 128/22). P. Granecki w swoim komentarzu stwierdza, że w świetle art. 119 ustawy pzp „Zamawiający ocenia czy udostępnione wykonawcy przez inne podmiot zdolności techniczne (...) pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu.”

Odwołujący zdaje się nie rozumieć, czego dotyczy powyższy artykuł. Zamawiający nie doszedł do etapu oceny czy potencjał jaki wykazał podmiot udostępniający spełnia warunki udziału w postępowaniu czy też nie. Zamawiający nie kwestionował czy zadanie „Modernizacja infrastruktury drogowej w Mieście i Gminie Ceglów” potwierdza spełnienie warunku, ponieważ nie doszedł do tego etapu procedury. Zamawiający stwierdził, że sposób udostępniania tego

potencjału był nieprawidłowy w świetle art. 118 ust.2 ustawy, a zatem wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Czym innym jest czynność badania samego oświadczenia w kontekście art. 118 ust 2 ustawy, a czym innym badanie potencjału w świetle art. 119 ustawy.

Odwolujący twierdzi, że treść oświadczenia wskazuje, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu, ale swojej tezy nie potwierdza żadnymi dowodami w przeciwieństwie do zamawiającego który swoje stanowisko opiera na przepisach ustawy - art. 118 ust 2 oraz na orzecznictwie KIO.

Skoro odwołujący nie wykazał, że podmiot udostępniający mu swoje zasoby zrealizuje ten zakres prac, do realizacji których te zasoby są wymagane zamawiający nie mógł uznać, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwolujący nie wskazał konkretnie, że brakuje podstawy prawnej odrzucenia jego oferty, czy też w jakim zakresie brakuje uzasadnienia czynności, jakie podjął zamawiający.

5W ocenie zamawiającego przy sformułowaniu zarzutu mamy do czynienia z pewną próbą wykazania „na siłę” naruszenia przepisu tyle tylko, że ta „próba” nie jest poparta żadnymi dowodami. Zamawiający nie neguje obowiązku wynikającego z powyższego przepisu, to jest wskazania uzasadnienia prawnego i faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty.

„Przepis art. 253 ust. 1 pkt 2 p.z.p. nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty.” Wyrok KIO 1084/22 LEX nr 3399635

Trzeba mieć na uwadze czemu służy ten przepis. Otóż wyjaśnia to dość jasno Izba w jednym z wyroków „obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. Ma to doniosłe znaczenie uwzględniając okoliczność, że na podstawie informacji przekazanej Zgodnie z w/w przepisem, wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie, jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego” Wyrok KIO 2818/24 (zob. także sygn. akt. KIO 1084/22 z dnia 12 maja 2022 r.).

Odwolujący twierdzi, że Zamawiający nie sprostował wymogom artykułu 253 ust 1 pkt.2. a jednocześnie składa obszerne odwołanie (16 stron) w którym formułuje określone zarzuty. Z treści odwołania nie wynika jakoby odwołujący nie wiedział, dlaczego zamawiający odrzucił jego ofertę. Odwołujący kwestionuje jedynie zasadność samej decyzji twierdząc, że udostępnienie potencjału było skuteczne i że zamawiający niewłaściwie interpretuje artykuł 118 ustawy. Tym samym dla odwołującego treść uzasadnienia odrzucenia jego oferty była jasna.

Czym innym zatem jest brak wystarczającego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty a czym innym jest fakt, że odwołujący się z tą decyzją nie zgadza. W przedmiotowej sprawie co widać czytając treść odwołania samo uzasadnienie odrzucenia było jasne dla odwołującego.

W ocenie zamawiającego sprostował on tym wymogom tj. wskazał podstawę prawną odrzucenia art. 226 ust 1 pkt 2 lit b oraz uzasadnił swoją decyzję wskazując na stan faktyczny, który był powodem tej decyzji.

Nie jest prawdą to co twierdzi odwołujący, że:

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, jeżeli zamawiający dokonał odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy z uwagi na fakt, że nie spełnia ona warunków udziału w postępowaniu, to „musi w sposób pełny przedstawić podstawy swojej oceny, w tym wyczerpujące uzasadnienie faktyczne, czego w niniejszej sprawie niewątpliwie zabrakło.

Zamawiający przedstawił 7,5 strony uzasadnienia swojej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego. Zamawiający opisał stan faktyczny, wskazał podstawę prawną i poparł swoje stanowisko wyrokami KIO.

Nie jest prawdą co pisze odwołujący:

Zamawiający nie uzasadnił, dlaczego jego zdaniem wykonawca złożył ofertę niespełniającą warunków udziału w postępowaniu.

Skoro odwołujący nie wykazał, że podmiot udostępniający mu swoje zasoby zrealizuje ten zakres prac, do realizacji których te zasoby są wymagane to tym samym nie wykazał skutecznie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Korzystnie z potencjału podmiotu trzeciego w trybie art. 118 ustawy służy właśnie temu, aby wykonawca mógł wykazać, że spełnia określone w SWZ warunki.

Zamawiający wyraźnie zapisał to w uzasadnieniu odrzucenia oferty:

Reasumując w sytuacji, kiedy podmiot trzeci w zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby wskazuje, że wykona tylko część robót objętych zamówieniem, natomiast udostępnił potencjał w postaci doświadczenia na całość robót, które zostały określone jako warunek udziału w postępowaniu, powinien wykonać cały przedmiot zamówienia a nie tylko jego część.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 16 ustawy odwołujący tak na prawdę ogranicza się do ogólnych twierdzeń i

analizy czym jest zasada uczciwej konkurencji. Nie wskazuje jednak na czym konkretnie polega złamanie zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego.

Jedyny fragment odwołania, w którym w sposób podkreślam to jeszcze raz bardzo ogólny próbuje odnieść się do stanu faktycznego sprawy w kontekście zasady uczciwej konkurencji brzmi:

Wobec braku jednoznacznej dyspozycji co do tego, w jakiej formie podmiot trzeci powinien uczestniczyć w realizacji zamówienia czy to w obowiązujących przepisach, czy to w dokumentach zamówienia, każde zobowiązanie do udostępnienia zasobów winno być badane i oceniane indywidualnie. W przypadku gdy mamy do czynienia z zamówieniem

Tyle tylko, że SWZ nie musi zawierać zapisów co do formy uczestnictwa w realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby, bo określa to szczegółowo art. 118 ustawy.

Stan faktyczny:

Z dokumentacji dostarczonej przez zamawiającego wynika następujący stan faktyczny:

SWZ rozdział V Opis przedmiotu zamówienia:

1.Przedmiotem zamówienia jest wykonanie zadania pn.: Przebudowa dróg gminnych na terenie Gminy Sokołów Podlaski obejmującego prace budowlane pn.:

Przebudowa drogi gminnej wewnętrznej w miejscowości Bachorza

-roboty przygotowawcze

-podbudowa

-nawierzchnia

-roboty wykończeniowe (pobocza, rowy)

-oznakowanie

2.Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierający zakres prac do zrealizowania zawarty jest w przedmiarach robót stanowiących załącznik nr 6 do SWZ oraz w dokumentacji technicznej stanowiącej załącznik nr 9 do SWZ.

Rozdział VI. Podwykonawstwo

1.Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy (podwykonawcom).

2.Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia.

3.Zamawiający wymaga, aby w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, Wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podał (o ile są mu wiadome na tym etapie) nazwy (firmy) tych podwykonawców.

Rozdział VIII. Warunki udziału w postępowaniu

2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

4)zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że

b)w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie lub rozbudowie drogi o wartości minimum 700 000,00 złotych brutto.

Zamawiający informuje, że dla potrzeb spełniania warunków opisanych, powyżej, jeżeli wartości zostaną podane w walutach innych niż zł, Zamawiający w celu przeliczenia waluty na zł/PLN przyjmie średni kurs zł do tej waluty podawany przez NBP na dzień opublikowania ogłoszenia o zamówieniu dotyczącego niniejszego postępowania w BZP.

3.Zamawiający może na każdym etapie postępowania, uznać, że Wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez Wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych Wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze Wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Rozdział XI. Poleganie na zasobach innych podmiotów

1.Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

2.W odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują świadczenie do realizacji którego te zdolności są wymagane.

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.

4.Zamawiający ocenia, czy udostępniane Wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także bada, czy

nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem Wykonawcy.

5. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, Zamawiający żąda, aby Wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

UWAGA: 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.

6. Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w Rozdziale X ust. 1 SWZ, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby, zgodnie z katalogiem podmiotowych środków dowodowych określonych w Rozdziale X SWZ.

7. Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby przedkłada także podmiotowe środki dowodowe które służą potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia podmiotów udostępniających zasoby o których mowa w Rozdziale X pkt. ust. 4 pkt 2, 3, 4, 8.

Oferta odwołującego - zobowiązanie do udostępnienia zasobów:

Wykonawca:

Usługi Brukarskie T.B.

Żarnówka 51, 07-110 Grębków

NIP 8241716218

reprezentowany przez: T.B. -Właściciel

Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby

Ja (My) niżej podpisany (i):

T.B.

działając w imieniu i na rzecz:

Usługi Brukarskie T.B. Żarnówka 51, 07-110 Grębków NIP 8241716218

Zobowiązuję się, zgodnie z postanowieniami art. 118 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych, do oddania nw. zasobów:

Referencje dot. budowy drogi o wartości minimum 700 000,00 zł brutto – zdolność techniczna i zawodowa do dyspozycji Wykonawcy:

Tymczasowe Drogi Modułowe Sp.z.o.o , Warszawska 87, 21-400 Łuków

na potrzeby realizacji zamówienia pn.: „Przebudowa dróg gminnych na terenie Gminy Sokółów Podlaski”

Oświadczam, że:

a) udostępnię Wykonawcy zasoby, w następującym zakresie:

zdolność techniczna i zawodowa – referencje dot. budowy drogi

b) sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący:

Udział podwykonawcy w wykonaniu zadania w zakresie udostępnionym

c) zakres mojego udziału przy realizacji zamówienia publicznego będzie następujący:

Wykonanie robót drogowych

d) okres mojego udostępnienia zasobów Wykonawcy będzie następujący:

Przez cały okres realizacji zadania

19 maja 2025 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia aktualnych na dzień składania podmiotowych środków dowodowych tj.

1. Oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania – zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SWZ. Do oferty wykonawca nie załączył wyżej wymienionego dokumentu dotyczącego podmiotu udostępniającego zasoby.

Zgodnie z rozdziałem XI SWZ POLEGANIE NA ZASOBACH INNYCH PODMIOTÓW: „Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w Rozdziale X ust. 1 SWZ, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby, zgodnie z katalogiem podmiotowych środków dowodowych określonych w Rozdziale X SWZ”.

2. Zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby wystawione przez U.b., Żarnówka 51, 07-110 Grębków.

Załączone do oferty zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby jest niezgodne z treścią art. 118 ust. 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2024r. poz. 1320).

W treści przedłożonego dokumentu podmiot udostępniający zasoby oświadcza, że:

„a) udostępni Wykonawcy zasoby, w następującym zakresie:

zdolność techniczna i zawodowa – referencje dot. budowy drogi”

Z treści tego oświadczenia nie wynika konkretnie jakie zasoby (zdolności techniczne i zawodowe) udostępni firma U.b. w odniesieniu do wymagań Zamawiającego, które zostały określone w dokumentach zamówienia. Stwierdzenie „referencje dot. budowy drogi” jest stwierdzeniem ogólnym, na podstawie którego Zamawiający nie może domniemywać, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

„b) sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący:

Udział podwykonawcy w wykonaniu zadania w zakresie udostępnionym”

Z treści tego oświadczenia nie wynika konkretnie, w jaki sposób i jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby będzie uczestniczył podczas realizacji zamówienia.

„c) zakres mojego udziału przy realizacji zamówienia publicznego będzie następujący:

Wykonanie robót drogowych”

W treści oświadczenia podmiot udostępniający zasoby nie określa konkretnie jakie prace wykona podczas realizacji zamówienia publicznego. Stwierdzenie „wykonanie robót drogowych: jest stwierdzeniem ogólnym Zamawiający na podstawie przedstawionego oświadczenia nie może domniemywać, o jaki zakres chodzi w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu określonych w dokumentach zamówienia.

„d) okres mojego udostępnienia zasobów Wykonawcy będzie następujący:

Przez cały okres realizacji zadania”

Zgodnie z orzecznictwem KIO oraz art. 118 ust.4. ustawy Prawo Zamówień Publicznych zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;

2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;

3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

W oświadczeniu brakuje konkretnych informacji jakie zasoby udostępni wykonawca, w jaki sposób i jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby będzie uczestniczył podczas realizacji zamówienia konkretnie oraz jakie konkretnie prace wykona podczas realizacji zamówienia publicznego. Wobec powyższego nie wiadomo jakie roboty czy usługi będzie realizował podmiot udostępniający potencjał.

Zamawiający powołał wyrok KIO z 24.09.2021r. nr KIO 2353/21, wyrok KIO z 20.03.2023 r., sygn. akt KIO 596/23).

Reasumując wykonawca powinien złożyć oświadczenie, które będzie zgodne z art. 118 ust 4. ustawy. Z treści oświadczenia musi konkretnie wynikać:

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.

Uzupełnione oświadczenie podmiotu uzupełniającego zasoby:

Zobowiązanie

podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby na potrzeby realizacji zamówienia (art. 118 ust. 3 i 4 ustawy Pzp)

Ja/My* Usługi Brukarskie T.B., Żarnówka 51, 07-110 Grębków

NIP: 241716218 REGON: 146678186

reprezentowany przez T.B. - Właściciel

zobowiązuję/zobowiązujemy* się udostępnić swoje zasoby tj.:

Referencje dotyczące budowy drogi publicznej w skład której wchodziło wykonanie robót rozbiórkowych, robót brukarskich, robót nawierzchniowych, robót brukarskich tj. budowy chodników, dróg dla pieszych i rowerów, wprowadzanie tymczasowej organizacji ruchu o wartości przekraczającej 700 000,00 złotych brutto. Udostępnienie zasoby dotyczy zdolności technicznej i zawodowej.

do dyspozycji wykonawcy tj.: Tymczasowe Drogi Modułowe Sp.z.o.o , Warszawska 87, 21-400 Łuków

Na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa dróg gminnych na terenie Gminy Sokołów Podlaski” prowadzonym przez Gminę Sokołów Podlaski.

W celu oceny przez zamawiającego, czy wykonawca będzie dysponował moimi, wyżej wymienionymi zasobami na potrzeby realizacji ww. zamówienia, oświadczam/my*, że:

- 1)udostępniam wykonawcy wyżej wymienione zasoby, w następującym zakresie: Referencje dotyczące budowy drogi publicznej w skład której wchodziło wykonanie robót rozbiórkowych, robót brukarskich, robót nawierzchniowych, robót brukarskich tj. budowy chodników, dróg dla pieszych i rowerów, wprowadzanie tymczasowej organizacji ruchu o wartości przekraczającej 700 000,00 złotych brutto. Udostępnienie zasobu dotyczy zdolności technicznej i zawodowej. Referencje wystawione przez firmę Ensalta Sp. z o.o. z siedzibą w Modlniczka przy ul. Willowej 98, 32-085 Modlniczka

Oświadczamy iż, w okresie od dnia 01.10.2023r do dnia 30.10.2024r byliśmy podwykonawcą przy realizacji zadania „„Modernizacja infrastruktury drogowej w Mieście i Gminie Cegłów”. Całkowita wartość realizacji naszych prac to 1 015 521,21zł brutto)

- 2) sposób i okres udostępnienia oraz wykorzystania udostępnionych wykonawcy zasobów będzie następujący: Czynny udział w wykonywaniu zadania tj. wykonanie robót rozbiórkowych, przygotowawczych, robót ziemnych tj. wykopy, nasypy, korytowanie, wykonanie warstw odcinających, wykonanie podbudów z kruszyw, wykonanie robót brukarskich oraz robót związanych z wprowadzeniem czasowej organizacji ruchu. Posiadamy zaplecze techniczne, pracowników oraz sprzęt do ww. robót. W ramach zamówienia jesteśmy w stanie oddelegować pracowników do wsparcia Wykonawcy w realizacji zadania. Okres udostępnienia zasobów będzie adekwatny do czasu realizacji ww. zadania.

- 3) jako podmiot udostępniający zdolności w postaci wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia będą realizował usługi, których wskazane zdolności dotyczą;

- 4) zakres mojego udziału przy realizacji zamówienia będzie polegał na:

Wykonanie robót rozbiórkowych, przygotowawczych, robót ziemnych tj. wykopy, nasypy, korytowanie, wykonanie warstw odcinających, wykonanie podbudów z kruszyw, wykonanie robót brukarskich oraz robót związanych z wprowadzeniem czasowej organizacji ruchu.

- 5) charakter stosunku łączącego mnie z wykonawcą będzie następujący:

Podwykonawca na ww. roboty drogowe. Umowa Podwykonawcza.

- 6) okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący:

Przez cały okres realizacji zadania.

29 maja 2025 r. zamawiający poinformował, że:

wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez: P.W. WIKRUSZ A.W. ul. Kolonie 1a, 07-106 Miedzna NIP 824-158-92-57

Cena oferty: 1 649 431,17 zł brutto

Gwarancja: 60 miesięcy

Oferta spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego zawarte w SWZ. W kryterium „cena” oferta otrzymała 60,00 pkt, w kryterium „gwarancja” oferta otrzymała 40,00 pkt. Łącznie oferta otrzymała 100,00 pkt. Zamawiający działając w oparciu o art. 308 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zawarł umowę nie wcześniej niż 5.06.2025r.

Pozostałe ważne oferty: -

Oferty odrzucone:

1. Tymczasowe Drogi Modułowe Sp. z o.o., ul. Warszawska 87, 21-400 Łuków, NIP: 8252173678.

Oferta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2024, poz. 1320 ze zm.).

W dniu 19.05.2025r. Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia:

- 1) Oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Do oferty wykonawca nie załączył wyżej wymienionego dokumentu dotyczącego podmiotu udostępniającego zasoby.

- 2) Zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby wystawionego przez Usługi

Wójt Gminy Sokołów Podlaski

Woj. mazowieckie

brukarskie T.B., Żarnówka 51, 07-110 Grębków. Załączone do oferty zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby było niezgodne z treścią art. 118 ust. 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

W treści przedłożonego dokumentu podmiot udostępniający zasoby oświadczył, że:

„a) udostępni Wykonawcy zasoby, w następującym zakresie:

zdolność techniczna i zawodowa – referencje dot. budowy drogi”

Z treści tego oświadczenia nie wynika konkretnie jakie zasoby (zdolności techniczne i zawodowe) udostępniła firma U.b. w odniesieniu do wymagań Zamawiającego, które zostały określone w dokumentach zamówienia. Stwierdzenie „referencje dot. budowy drogi” jest stwierdzeniem ogólnym, na podstawie którego Zamawiający nie może domniemywać, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

„b) sposób wykorzystania udostępnionych przez mnie zasobów przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący:

Udział podwykonawcy w wykonaniu zadania w zakresie udostępnionym”

Z treści tego oświadczenia nie wynika konkretnie, w jaki sposób i jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby będzie uczestniczył podczas realizacji zamówienia.

„c) zakres mojego udziału przy realizacji zamówienia publicznego będzie następujący:

Wykonanie robót drogowych”

W treści oświadczenia podmiot udostępniający zasoby nie określa konkretnie jakie prace wykona podczas realizacji zamówienia publicznego. Stwierdzenie „wykonanie robót drogowych: jest stwierdzeniem ogólnym Zamawiający na podstawie przedstawionego oświadczenia nie może domniemywać, o jaki zakres chodzi w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu określonych w dokumentach zamówienia.

„d) okres mojego udostępnienia zasobów Wykonawcy będzie następujący:

Przez cały okres realizacji zadania”

Zgodnie z orzecznictwem KIO oraz art. 118 ust.4. ustawy Prawo Zamówień Publicznych zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
- 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
- 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

W oświadczeniu brakowało konkretnych informacji jakie zasoby udostępniła wykonawca, w jaki konkretnie sposób i jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby będzie uczestniczył podczas realizacji zamówienia oraz jakie konkretnie prace wykona podczas realizacji zamówienia publicznego. Wobec powyższego nie wiadomo, jakie roboty czy usługi będzie realizował podmiot udostępniający potencjał.

Reasumując wykonawca powinien złożyć oświadczenie, które powinno być zgodne z art. 118 ust 4. ustawy. Z treści oświadczenia musi konkretnie wynikać:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
- 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
- 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

W wymaganym terminie wykonawca przedłożył za pośrednictwem platformy E-Zamówienia następujące dokumenty:

1. Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania – zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SWZ, dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby, tj. U.b., Żarnówka 51, 07-110 Grębków.

2. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby na potrzeby realizacji zamówienia wystawione przez U.b., Żarnówka 51, 07-110 Grębków.

Treść zobowiązania nie była zgodna z art.118 ust. 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Podmiot udostępniający zasoby, oświadczył, że: „sposób i okres udostępnienia oraz wykorzystania udostępnionych wykonawcy zasobów będzie następujący: Czynny udział w wykonywaniu zadania tj. wykonanie robót rozbiórkowych, przygotowawczych, robót ziemnych tj. wykopy, nasypy, korytowanie, wykonanie warstw odcinających, wykonanie podbudów z kruszyw, wykonanie robót brukarskich oraz robót związanych z wprowadzeniem czasowej organizacji ruchu. Posiadamy zaplecze techniczne, pracowników oraz sprzęt do ww. robót. W ramach zamówienia jesteśmy w stanie oddelegować pracowników do wsparcia Wykonawcy w realizacji zadania. Okres udostępnienia zasobów będzie adekwatny do czasu realizacji ww. zadania.

Ponadto podmiot udostępniający zasoby oświadczył, że zakres jego udziału przy realizacji zamówienia będzie polegał na: „Wykonanie robót rozbiórkowych, przygotowawczych, robót ziemnych tj. wykopy, nasypy, korytowanie, wykonanie warstw odcinających, wykonanie podbudów z kruszyw, wykonanie robót brukarskich oraz robót związanych z

wprowadzeniem
czasowej organizacji ruchu.”

Z treści dokumentu wynika, że firma U.b., Żarnówka 51, 07-110 Grębków, jako podmiot udostępniający zasoby zrealizuje tylko część robót budowlanych, tj. „wykopy, nasypy, korytowanie, wykonanie warstw odcinających, wykonanie podbudów z kruszyw, wykonanie robót brukarskich oraz robót związanych z wprowadzeniem czasowej organizacji ruchu”. W związku z powyższym z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów nie wynika, że podmiot udostępniający zasoby wykona główne elementy przedmiotu zamówienia tj. podbudowę z betonu asfaltowego oraz nawierzchnię z betonu asfaltowego.

Przedmiot zamówienia oprócz wskazanych przez wykonawcę kategorii robót obejmuje także:

1. Na odcinku od km 0+000 do km 0+100:

- wykonanie podbudowy z betonu cementowego C12/15 o grubości 15 cm.
- wykonanie warstwy wiążącej z betonu asfaltowego AC 16 W PMB 25/55-60 KR2-3, grubość warstwy po zagęszczeniu 6 cm,
- wykonanie warstwy ścieralnej z betonu asfaltowego AC 11 S PMB 45/80-55 KR 3-4 o grubość po zagęszczeniu 4 cm.

2. Na odcinku od km 0+100 do 0+794

- Wykonanie podbudowy z betonu cementowego C12/15 o grubości 15 cm dowóz z odległości 10km po zagęszczeniu mechanicznym z pielęgnacją piaskiem i wodą

3. Nawierzchnia od 0+100 do km 0+794

- Wykonanie nawierzchni z betonu wałowanego cementowego C30/37, warstwa o grubości 18cm po zagęszczeniu, układana mechanicznie wraz z pielęgnacją wykonanej nawierzchni oraz wykonaniem teksturowania i szczelin dylatacyjnych z wypełnieniem masą zalewową.

Z analizy przesłanych dokumentów wynika, że firma U.b., Żarnówka 51, 07-110 Grębków nie wykona przebudowy drogi w całości, tj. nie wykona całego zakresu prac objętych zamówieniem. Zgodnie z orzecznictwem podmiot, który udostępnia potencjał musi zrealizować ten zakres prac, co do którego ten potencjał udostępnia. Kluczowym jest dla całej sprawy art. 118 ust 2 który brzmi: „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.”

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jasno wskazuje, że w przypadku, kiedy podmiot udostępnia zasoby w postaci doświadczenia to musi zrealizować zadanie w takim zakresie, w jakim udostępnia zasoby. Wskazał na orzeczenia:

Wyrok KIO 3056/23 z dnia 2 listopada 2023r. 2)

Wyrok KIO 1707/23 z dnia 30 czerwca 2023r.

Wyrok KIO 1602/22 z dnia 7 lipca 2022 r.

Wyrok KIO 1483/22 z dnia 4 lipca 2022 r.

Wyrok KIO 764/18z dnia 11 maja 2018 r.

Reasumując w sytuacji, kiedy podmiot trzeci w zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby wskazuje, że wykona tylko część robót objętych zamówieniem, natomiast udostępnił potencjał w postaci doświadczenia na całość robót, które zostały określone jako warunek udziału w postępowaniu, powinien wykonać cały przedmiot zamówienia a nie tylko jego część.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca miał się wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie lub rozbudowie drogi o wartości minimum 700 000,00 złotych brutto.

Wykonawca składający ofertę tj. Tymczasowe Drogi Modułowe Sp. z o.o., ul. Warszawska 87, 21-400 Łuków, skorzystał z potencjału podmiotu udostępniającego zasoby, tj. U.b., Żarnówka 51, 07-110 Grębków, który oświadczył, że: udostępnia zasoby w postaci doświadczenia „w następującym zakresie: Referencje dotyczące budowy drogi publicznej w skład której wchodziło wykonanie robót rozbiórkowych, robót brukarskich, robót nawierzchniowych, robót brukarskich tj. budowy chodników, dróg dla pieszych i rowerów, wprowadzanie tymczasowej organizacji ruchu o wartości przekraczającej 700 000,00 złotych brutto. Udostępnienie zasoby dotyczy zdolności technicznej i zawodowej. Referencje wystawione przez firmę Ensalta Sp. z o.o. z siedzibą w Modlniczka przy ul. Willowej 98, 32-085 Modlniczka. Oświadczamy iż, w okresie od dnia 01.10.2023r do dnia 30.10.2024r byliśmy podwykonawcą przy realizacji zadania „„Modernizacja infrastruktury drogowej w Mieście i Gminie Ceglów”. Całkowita wartość realizacji naszych prac to 1 015 521,21zł brutto)”.

Należy stwierdzić zatem, że podmiot udostępniający zasoby udostępnił zasoby, które miały potwierdzić cały wymagany przez Zamawiającego w SWZ warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej - doświadczenia.

To oznacza w myśl art. 118 ust 2 oraz cytowanych wyroków, że wykonawca ten (U.b.) powinien wykonać cały zakres

zamówienia, a nie tylko, jak wskazuje w zobowiązaniu potencjału udostępniającego zasoby część robót budowlanych: wykonanie robót rozbiórkowych, przygotowawczych, robót ziemnych tj. wykopy, nasypy, korytowanie, wykonanie warstw odcinających, wykonanie podbudów z kruszyw, wykonanie robót brukarskich oraz robót związanych z wprowadzeniem czasowej organizacji ruchu.

Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenia) powołał się w całości na zasoby podmiotu trzeciego, jednak z oferty oraz zobowiązania podmiotu trzeciego wynika, że podmiot ten nie wykona całości robót budowlanych, do realizacji których wymagane są zdolności opisane w warunku. Zatem nie można uznać, że w niniejszej sprawie udostępnienie zasobów ma charakter realny i gwarantuje Wykonawcy rzeczywisty dostęp do udostępnionych zasobów. W związku z powyższym oferta wykonawcy Tymczasowe Drogi Modułowe Sp. z o.o., ul. Warszawska 87, 21-400 Łuków, NIP: 8252173678, została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy.

Zamawiający przedłożył jako dowód nr 1 kosztorys inwestorski oraz jako dowód nr 2 kosztorys ofertowy złożony przez odwołującego, gdzie wskazał jakich pozycji nie wykona podmiot udostępniający potencjał.

Przedłożył również dowód nr 3 zestawienie w ujęciu tabelarycznym, które pokazuje wartości robót, których nie wykona podmiot udostępniający potencjał. Z tego pliku Excel wynika procentowa wartość prac, których wykona firma U.b. i procentowa wartość robót, których nie wykona.

Przedłożył też dowód nr 4 – przekrój drogi z projektu dla zobrazowania jakich elementów nie wykona podmiot udostępniający potencjał (zostały załączone kolorem żółtym).

Dowody:

Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego.

Rozważania KIO:

KIO dopuściła w charakterze uczestnika postępowania wykonawcę Adama Witkowskiego prowadzącego działalność pod firmą P.W. WIKRUSZ A.W. z siedzibą w Miedznej, ul. Kolonie 1a.

Kio nie dopatrzyła się podstaw odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

KIO oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy. Zarzut ten nie jest zasadny. Zamawiający jednoznacznie wskazał, że p.B. (udostępniający zasoby odwołującemu w zakresie doświadczenia zawodowego) nie udostępnił siebie jako podwykonawcy w odniesieniu do robót jakie składają się na roboty związane z budową, przebudową lub rozbudową drogi w części odnoszącej się do wykonania podbudowy z betonu asfaltowego oraz nawierzchni z betonu asfaltowego. KIO zgadza się z odwołującym, że zamawiający w warunku nie sprecyzował wymagań co do rodzaju drogi, jej klasy, czy materiałów z jakich ma być wykonana, nie mógł zatem oczekiwać, że wykonawcy wykażą się drogą o identycznych parametrach jak droga zamawiana. To oznacza, że wskazanie przez zamawiającego konkretnych materiałów dla podbudowy i nawierzchni było nadmierne, jednak rację ma zamawiający, co do rzeczowego zakresu wykonania, a więc wykonania podbudowy i wykonania nawierzchni. Sam odwołujący w odwołaniu wskazał, że przedmiotem zamówienia jest przebudowa drogi gminnej wewnętrznej w miejscowości Bachorza

-roboty przygotowawcze

-podbudowa

-nawierzchnia

-roboty wykończeniowe (pobocza, rowy)

-oznakowanie

Zatem podbudowa i nawierzchnia wchodzi w zakres robót związanych z wykonaniem drogi. Ten argument powoływał zamawiający wskazując, że p.B. w ramach udostępnianego doświadczenia powoływał się na posiadanie doświadczenia w zakresie dotyczącym budowy drogi publicznej w skład której wchodziło wykonanie robót rozbiórkowych, robót brukarskich, robót nawierzchniowych, robót brukarskich tj. budowy chodników, dróg dla pieszych i rowerów, wprowadzanie tymczasowej organizacji ruchu o wartości przekraczającej 700 000,00 złotych brutto. Doświadczenie to nabył będąc podwykonawcą przy realizacji zadania „Modernizacja infrastruktury drogowej w Mieście i Gminie Cegłów”. Całkowita wartość realizacji prac przez p.B. to 1 015 521,21zł brutto). Niewątpliwie w zakres nabytego doświadczenia wchodziło nabycie doświadczenia w zakresie wykonywania robót nawierzchniowych. Natomiast p.B. jako przyszły podwykonawca zobowiązał się do czynnego udziału w wykonaniu zadania tj. wykonania robót rozbiórkowych, przygotowawczych, robót ziemnych tj. wykopy, nasypy, korytowanie, wykonania warstw odcinających, wykonania podbudów z kruszyw, wykonania robót brukarskich oraz robót związanych z wprowadzeniem czasowej organizacji

ruchu. W katalogu czynności, które wykona p.B. mieści się wykonanie podbudowy, w tym zakresie ustalenie zamawiającego o niezgodności zakresu udostępnionego doświadczenia z zakresem podwykonawstwa jest niezgodne z rzeczywistym stanem faktycznym. Jednak w przypadku robót nawierzchniowych, to mimo, że p.B. nabył doświadczenie w takich robotach, to jednak nie ujawnił zamiaru przekazania tego doświadczenia odwołującemu na etapie realizacji robót. Tym samym zamawiający na podstawie uzupełnionego przez odwołującego oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby nie uzyskał potwierdzenia, że podmiot trzeci wykona roboty budowlane, do realizacji których wymagane są zdolności zawodowe wskazane przez zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji odwołujący nie wykazał, że poleganie na zasobach podmiotu trzeciego było skuteczne. Art. 118 ust. 2 ustawy uzależnia bowiem możliwość powołania się w zakresie doświadczenia na zdolności innego podmiotu, tylko pod warunkiem, że podmiot udostępniający zasób wykona roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane. W tej sprawie odwołujący za pomocą oświadczenia podmiotu trzeciego wykazał jedynie, że doszło do przekazania doświadczenia podmiotu udostępniającego w węższym zakresie niż wynikający z zakresu udostępnianego doświadczenia. Co oznacza, że podmiot trzeci wykona mniejszy zakres robót budowlanych niż ten do którego zdolności wymagał zamawiający. Nie mają tu znaczenia dywagacje stron co do wyczerpywania lub nie zakresem podwykonawstwa całości przedmiotu zamówienia lub jego części. Jeśli bowiem odwołujący uważał, że postawiony warunek jest tożsamy z całością zakresu zamówienia i narusza art. 112 ust. 1 ustawy w takim zakresie w jaki m ten przepis zawiera nakaz takiego sformułowania warunków udziału, aby określały one minimalne poziomy zdolności, to powinien był skarżyć treść warunku przed upływem terminu składania ofert. Podnoszenie na obecnym etapie, że warunek dotyczący budowy, przebudowy rozbudowy drogi wymaga faktycznie wykonania całego zakresu przedmiotu zamówienia jest, w ocenie KIO, argumentacją spóźnioną, która nie może być wzięta pod uwagę na obecnym etapie. Teraz tak zamawiający jak i KIO mogą tylko zbadać to, czy zakres udostępnianego doświadczenia i zakres przyszłego podwykonawstwa gwarantują wykonanie przedmiotu zamówienia w części odpowiadającej wymaganemu doświadczeniu przez podmiot, który to doświadczenie faktycznie nabył. Wynik tego badania jest w tym przypadku niekorzystny dla odwołującego, bo zakres podwykonawstwa jest węższy niż zakres udostępnionego doświadczenia. Nie można zatem ustalić, że odwołujący wykazał warunek udziału w postępowaniu, bo aby można było się powołać na cudze zasoby doświadczenia trzeba sobie zagwarantować podwykonawstwo podmiotu trzeciego. Te elementy są ze sobą powiązane i muszą sobie odpowiadać. To oznacza, że jeśli nie dojdzie do wykazania, że wykonawca może skorzystać z podwykonawstwa w pełnym zakresie udostępnianej zdolności, to nie może powołać się na zdolność innego podmiotu. Skoro nie może się powołać na cudzą zdolność, ergo nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu. W efekcie należy stwierdzić, że zamawiający prawidłowo ustalił, że odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu i prawidłowo zastosował art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy. Należy zauważyć, że odwołujący nie podnosił zarzutu naruszenia art. 122 ustawy w związku z rozdziałem XI pkt. 5 SWZ, a więc zarzutu zaniechania wezwania odwołującego do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że samodzielnie odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. KIO na podstawie art. 555 ustawy pozostaje związana granicami zarzutów i nie może rozpoznać zarzutu, który nie został zawarty w odwołaniu.

KIO nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 119 ustawy, bowiem KIO jak wynika z argumentacji podniesionej w rozstrzygnięciu pierwszego z zarzutów odwołania uznała, że zobowiązanie podmiotu trzeciego nie pozwala na uznanie, że wykonawca spełnia warunek doświadczenia.

KIO nie znalazła również podstaw do uznania zasadności zarzutu naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający wprawdzie zbyt daleko ocenił, że odwołujący nie wykazał realności udostępnienia zasobu w zakresie wykonania podbudowy, jednak trafnie podniósł, że podmiot trzeci nie zobowiązał się do podwykonawstwa w zakresie robót nawierzchniowych. Informacja ta była wprost zawarta w uzasadnieniu odwołania. W ocenie KIO była to faktyczna podstawa odrzucenia oferty odwołującego i została odwołującemu podana w uzasadnieniu umożliwiając ocenę czynności zamawiającego i skorzystanie ze środków ochrony prawnej. W tej sytuacji nie doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia art. 16 ustawy był zarzutem wynikowym opartym na tym, że odwołujący uważał, że został nierówno potraktowany, bo złożył ważną ofertę, a została ona odrzucona przez zamawiającego. Skoro KIO nie dopatrzyła się nieprawidłowości czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, to zarzut naruszenia art. 16 ustawy nie można było uznać za zasadny.

W konsekwencji odwołanie należało oddalić w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu, koszty wydatków pełnomocnika zamawiającego. Skoro zarzuty odwołania

nie potwierdziły się, zaliczony koszt odwołującego nie podlegał rozliczeniu. Zamawiający przedstawił dowód poniesienia kosztów w postaci wydatków pełnomocnika w maksymalnej dopuszczonej rozporządzeniem wysokości, z tego względu KIO nakazała odwołującym zwrot na rzecz zamawiającego tych poniesionych wydatków.

Przewodnicząca: