

WYROK

Warszawa, dnia 29 lipca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2025 r. przez wykonawcę **Pone Viam – J.N. z siedzibą w miejscowości Kadzidło, ul. Ogrodowa 19, 07-420 Kadzidło** postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie, ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o.**

z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (adres do doręczeń: **CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Pone Viam – J.N. z siedzibą w miejscowości Kadzidło, ul. Ogrodowa 19, 07-420 Kadzidło** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Pone Viam – J.N. z siedzibą w miejscowości Kadzidło,**

ul. Ogrodowa 19, 07-420 Kadzidło tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę

3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Mazowiecki**

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie, ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

2.2. zasądza od wykonawcy **Pone Viam – J.N. z siedzibą**

w miejscowości Kadzidło, ul. Ogrodowa 19, 07-420 Kadzidło na rzecz **Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie,**

ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 2442/25

Uzasadnienie

Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym pod nazwą „Remont drogi wojewódzkiej nr 544 Przasnysz – Ostrołęka od km 151+300 do km 153+184 m. Grabnik, Nowa Wieś, na terenie gminy Olszewo Borki, powiat ostrołęcki”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 6 maja 2025 r. pod numerem 2025/BZP 00217060/01.

W dniu 16 czerwca 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca J.N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **Pone Viam – J.N. z siedzibą w miejscowości Kadzidło**, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie wobec czynności podjętej przez zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegającej na wezwaniu odwołującego do uzupełnienia załącznika nr 1 do oferty, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 121 ustawy Pzp poprzez błędną interpretację skutków zastrzeżenia osobistego wykonania kluczowych zadań przez wykonawcę,
- 2) art. 118 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odmowę wykazania przez odwołującego spełniania warunku udziału w postępowaniu przez podmiot udostępniający zasoby,
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b ustawy Pzp poprzez bezpodstawne stwierdzenie, że odwołujący nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu,

4)art. 16 ustawy Pzp poprzez zmianę warunków zamówienia po otwarciu ofert.

Odwolujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia wezwania odwołującego do uzupełnienia oferty i uwzględnienia możliwości spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia przez podmiot udostępniający zasoby.

Odwolujący podał w odwołaniu uzasadnienie do podniesionych zarzutów, w tym przywołując postanowienia SWZ oraz argumenty na potwierdzenie zasadności podniesionych zarzutów.

Zamawiający w dniu 17 czerwca 2025 r. przekazał odwołanie wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia za pomocą platformy zakupowej zamawiającego .

W dniu 18 czerwca 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, zwany dalej „wykonawcą STRABAG” lub „przystępującym”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający w dniu 23 lipca 2025 r. (pismem z tej samej daty) złożył „Odpowiedź na odwołanie”, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Izbą

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, zwanego dalej „wykonawcą STRABAG” lub „przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez strony oraz przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w rozdziale VI SWZ PODWYKONAWSTWO podał:

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

2. Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia. Wykonawca wykona osobiście: roboty asfaltowe. (...).”

Z kolei w rozdziale VIII SWZ WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU podał, że:

„1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na zasadach określonych w Rozdziale IX SWZ, oraz spełniają określone przez Zamawiającego 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:

a) wykonał w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej:

– 2 roboty budowlane polegające na remoncie, przebudowie, rozbudowie lub budowie drogi publicznej o wartości robót nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł brutto każda.”.

Na potwierdzenie powyższego - zgodnie z rozdziałem X SWZ OŚWIADCZENIA I DOKUMENTY, JAKIE ZOBOWIĄZĄ SĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ WYKAZANIA BRAKU PODSTAW WYKLUCZENIA (PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE) – wykonawca zobowiązany był złożyć „aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w

postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania – zgodnie z wzorem stanowiącym Część II SWZ. Informacje zawarte w oświadczeniu, o którym mowa w pkt 1 stanowią wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.”.

Z kolei w rozdziale XI SWZ POLEGANIE NA ZASOBACH INNYCH PODMIOTÓW zamawiający wskazał, że Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.”.

Odwołujący w druku oferty i w Oświadczeniu Wykonawcy stanowiącym załącznik nr 1 do oferty wskazał firmę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych „Ostrada” Spółka z o.o. w restrukturyzacji, (...) jako podmiot na zasoby którego powołuje się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca złożył także zobowiązanie podmiotu trzeciego, w którym wskazał że Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych „Ostrada” Spółka z o.o. w restrukturyzacji:

„a) udostępniam Wykonawcy w/w zasoby w następującym zakresie:

zdolność techniczna lub zawodowa - posiadane - doświadczenie wykonane należycie 2 roboty budowlane polegające na remoncie, przebudowie, rozbudowie lub budowie drogi publicznej o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł brutto każda

b) sposób i okres udostępnionych przeze mnie zasobów przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący: sposób udostępnionych przeze mnie zasobów przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący: udostępnienie posiadanego doświadczenia —w celu w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz będę służył swoją wiedzą i doświadczeniem w trakcie realizacji zamówienia jak również - będę uczestniczył w wykonywaniu części robót drogowych w/w zadania jako podwykonawca na podstawie umowy podwykonawczej przez cały okres trwania postępowania aż do końca realizacji zadania.

c) Zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: zrealizuję część robót drogowych w zakresie, w jakim wykonawca polega na moich zdolnościach - wykonam część robót drogowych jako podwykonawca”.

Zamawiający, pismem z dnia 10 czerwca 2025 r., działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia następującego dokumentu:

„Załącznika nr 1 do oferty - Oświadczenia składanego na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w zakresie wykazania samodzielnego spełniania warunków udziału w postępowaniu (pkt 2* Oświadczenia Wykonawcy DOTYCZĄCEGO SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU INFORMACJA W ZWIĄZKU Z POLEGANIEM NA ZASOBACH INNYCH PODMIOTÓW):

Wykonawca w druku oferty i w Oświadczeniu Wykonawcy stanowiącym załącznik nr 1 do oferty wskazał firmę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych „Ostrada” Spółka z o.o. w restrukturyzacji (...) jako podmiot na zasoby którego powołuje się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wraz z ofertą Wykonawca złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego, w którym wskazał że Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych „Ostrada” Spółka z o.o. w restrukturyzacji:

cyt.:

„a) udostępniam Wykonawcy w/w zasoby w następującym zakresie:

zdolność techniczna lub zawodowa - posiadane - doświadczenie wykonane należycie 2 roboty budowlane polegające na remoncie, przebudowie, rozbudowie lub budowie drogi publicznej o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł brutto każda

b) sposób i okres udostępnionych przeze mnie zasobów przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący: sposób udostępnionych przeze mnie zasobów przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący: udostępnienie posiadanego doświadczenia -w celu w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz będę służył swoją wiedzą i doświadczeniem w trakcie realizacji zamówienia jak również - będę uczestniczył w wykonywaniu części robót drogowych w/w zadania jako podwykonawca na podstawie umowy podwykonawczej przez cały okres trwania postępowania aż do końca realizacji zadania.

c) zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: zrealizuję część robót drogowych w zakresie, w jakim wykonawca polega na moich zdolnościach - wykonam część robót drogowych jako podwykonawca”.

Zamawiający zastrzegając w SWZ obowiązek osobistej realizacji przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane, wykluczył tym samym możliwość wykazania się spełnianiem warunku udziału w postępowaniu poprzez poleganie na zasobach innego podmiotu, w zakresie całego wymaganego doświadczenia.

Zgodnie z Rozdziałem VIII ust. 2 pkt 4 a) SWZ Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:

a) wykonał w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

- 2 roboty budowlane polegające na remoncie, przebudowie, rozbudowie lub budowie drogi publicznej o wartości robót nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł brutto każda,

Wobec zastrzeżenia osobistej realizacji zamówienia przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia Wykonawca powinien wykazać (w zakresie warunku doświadczenia) roboty zrealizowane samodzielnie.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia Załącznika nr 1 do oferty - Oświadczenie Wykonawcy w zakresie wykazania samodzielnego spełniania warunku udziału w postępowaniu. (...).

W odpowiedzi na powyższe odwołujący złożył pismo z dnia 12 czerwca 2025 r., w którym wyjaśnił, że „zamierzamy zlecić podmiotowi trzeciemu wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją zamówienia za wyjątkiem prac asfaltowych, które wykonamy sami.

Nie wyklucza to możliwości powołania się na doświadczenie podmiotu trzeciego przy spełnianiu warunku doświadczenia, o czym Zamawiający zapewnił m.in. w rozdziale VIII pkt 3 SWZ. Zarówno treść załącznika nr 1, jak i zobowiązania podmiotu trzeciego są zgodne z warunkami zamówienia.”. Jednocześnie wniósł o anulowanie wezwania z dnia 10 czerwca 2025 r., informując że „w przypadku braku stosownego oświadczenia w tym terminie będę zmuszony skorzystać ze środków ochrony prawnej dla zagwarantowania sobie ochrony prawa dostępu do przedmiotowego zamówienia.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 121 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących:

- 1) zamówień na roboty budowlane lub usługi lub
- 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawę.”.

Przepis ten wprowadza ograniczenia dotyczące dopuszczalności polegania na zdolnościach innych podmiotów. Przewiduje bowiem możliwość wymagania przez zamawiającego aby dla niektórych rodzajów zamówień określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta.

Oznacza to, że obowiązek osobistego wykonania zastrzeżonych przez zamawiającego elementów zamówienia ogranicza udział w realizacji zamówienia podmiotów w charakterze podwykonawców, wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum czy też wykonawców powołujących się i korzystających z potencjału podmiotów trzecich. Przepis ten ogranicza więc dopuszczalność polegania na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W takim wypadku dokonane przez zamawiającego zastrzeżenie realizujące uprawnienie z art. 121 ustawy Pzp ogranicza podwykonawstwo.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że zamawiający, co jest bezsporne, zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, żądając aby wykonawca wykonał osobiście określone prace - roboty asfaltowe. Zamawiający za kluczowe uznał bowiem te roboty. W takiej sytuacji wykonawca nie mógł na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu przedstawić doświadczenia innego podmiotu (podmiotu udostępniającego zasoby). Istotnie art. 118 ust 1 ustawy Pzp stanowi, że:

- „1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.
2. 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.”.

Powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego stanowi uprawnienie wykonawcy a jednocześnie wyjątek od zasady, że to wykonawca składający ofertę powinien posiadać niezbędne zasoby potrzebne do realizacji zamówienia. Mając to na uwadze ustawodawca przewidział szczególną regulację, że 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. Ograniczenie tej możliwości znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy zamawiający, tak jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu, zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane, w tym przypadku na roboty asfaltowe.

Zamawiający, co jest bezsporne, wymagał spełniania przez wykonawców warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia polegającego na wykazaniu, że:

„wykonał w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej:

– 2 roboty budowlane polegające na remoncie, przebudowie, rozbudowie lub budowie drogi publicznej o wartości robót nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł brutto każda”.

Ponadto zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę „kluczowych części zamówienia. Wykonawca wykona osobiście: roboty asfaltowe.”.

Tymczasem wykonawca na potwierdzenie spełnienia ww. warunku przedłożył wykaz robót budowlanych, w którym wskazał roboty wykonane przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych „Ostrada” Spółka z o.o. w restrukturyzacji. Wykonawca złożył także pisemne zobowiązanie tego podmiotu.

Oznacza to, że wykonawca nie posiada samodzielnie wiedzy i doświadczenia. Wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego, na zdolności którego się powołał, nie może być bowiem wykorzystana w realizacji tego zamówienia w zakresie kluczowych jego części, ponieważ roboty asfaltowe zostały zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawcę.

W konsekwencji powyższego Izba nie stwierdziła naruszenia art. 121 ustawy Pzp, art. 118 ust. 1 ustawy Pzp i art. 16 ustawy Pzp, jak również art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b ustawy Pzp, przy czym w odniesieniu do ostatniego z przywołanych przepisów Izba uznała, dzielając stanowisko zamawiającego, że zarzut ten jest przedwczesny, gdyż oferta odwołującego nie została odrzucona a wykonawca został jedynie wezwany do „uzupełnienia Załącznika nr 1 do oferty - Oświadczenie Wykonawcy w zakresie wykazania samodzielnego spełniania warunku udziału w postępowaniu”.

Tym samym zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2) lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: