Sygn. akt: KIO 2553/25

WYROK

Warszawa, dnia 30 lipca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Monika Banaszkiewicz
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2025 r. przez wykonawcę DETAL KONSTRUKCJE Sp. z o.o. siedzibą w Sułkowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu
przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: ITB Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 i nakazuje Zamawiającemu wezwanie wykonawcy ITB Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na podstawie art. 122 ustawy Pzp do wykazania, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.2.4.1 SWZ w zakresie w jakim Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania zakresu zamówienia zgodnie z pkt 4.1 SWZ,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę DETAL KONSTRUKCJE Sp. z o.o. siedzibą w Sułkowicach w części 1/2 i wykonawcę ITB Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w części 1/2 i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę DETAL KONSTRUKCJE Sp. z o.o. siedzibą w Sułkowicach tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę DETAL KONSTRUKCJE Sp. z o.o. siedzibą w Sułkowicach tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę ITB Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   3.2. zasądza od wykonawcy ITB Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz wykonawcy DETAL KONSTRUKCJE Sp. z o.o. siedzibą w Sułkowicach kwotę 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą stosownie do wyniku postępowania koszty postępowania odwoławczego poniesione przez tego wykonawcę.

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 2553/25

Uzasadnienie

Zamawiający Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 oraz z 2025 r. poz. 620 dalej: „ustawa Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Remont mostu w ciągu drogi wojewódzkiej nr 338 km 35+383 w m. Lubiąż. CPV 45000000-7.” Wartość zamówienia jest niższa, niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 marca 2025 r. pod nr 2025/BZP 00158740/01
23 czerwca 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 pkt 1) i 2) w związku z art. 505 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca DETAL KONSTRUKCJE Sp z o.o. z siedzibą w Sułkowicach (dalej: „Odwołujący”).
Odwołanie (sygn. akt: KIO 2553/25) złożono od czynności Zamawiającego polegającej na:
- badaniu i ocenie ofert;
- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę ITB Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu;

- zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy ITB Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu oraz niezgodnej z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez niezasadne wezwanie wykonawcy ITB Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu do wyjaśnienia treści oferty w sytuacji, gdy oferta wykonawcy ITB Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu nie zawierała niejasności w rozumieniu przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz wezwaniu do uzupełnienia dokumentu podczas gdy oferta wykonawcy ITB Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu nie zawierała braków, niekompletności czy błędów w rozumieniu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp;

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji wykonawcy ITB Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu nie spełnia warunku z pkt 6.2.4.1 SWZ w związku z pkt

9.3 SWZ ponieważ zobowiązanie do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego nie dajerzeczywistej gwarancji dostępu do wymaganych przez Zamawiającego zasobów, a sam wykonawcy ITB Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu nie posiada własnych zasobów do realizacji

zakresu zamówienia zastrzeżonego w pkt 4.1 SWZ;

3. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy treść oferty wykonawcy ITB Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu nie zawiera zobowiązania do osobistego wykonania zakresu zamówienia zastrzeżonego w pkt 4.1 SWZ.

Odwołujący wnosił:

1.Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) ustawy Pzp o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty wykonawcy ITB Sp. z o.o. i przeprowadzenia dalszych czynności w postępowaniu wymaganych przepisami ustawy Pzp, w tym wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 ustawy Pzp o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

3. Na podstawie art. 573 ustawy Pzp o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jego oferta spełnia

warunki postępowania i pozwala na zawarcie umowy, a zajmuje drugie miejsce w rankingu ofert. Odwołujący podniósł, że odrzucenie oferty wykonawcy ITB Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgodnie z wnioskiem odwołania może skutkować udzieleniem zamówienia Odwołującemu. Nieuwzględnienie odwołania i pozostawienie w obrocie kwestionowanych, niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego spowoduje jak wskazał Odwołujący szkodę po jego stronie wynikającą z braku możliwości realizacji zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu wynikającego z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 18 czerwca 2025 r. (Ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 23 czerwca 2025 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 10 000,00 złotych (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W dniu 22 lipca 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia, gdyż jego oferta znalazłaby się na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca ITB Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Strony nie zgłosiły opozycji, ani zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba postanowiła stwierdzić skuteczność

przystąpienia wykonawcy ITB Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Przystępujący") do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.
22 lipca 2025 r. na podstawie z § 13 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał Przystępującego do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu najpóźniej na posiedzeniu niejawnym Izby z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 25 lipca 2025 r. pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego w całości.
23 lipca 2025 r. Przystępujący złożył do akt sprawy pismo procesowe zawierające sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości oraz jego stanowisko w sprawie.
Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego, oświadczenia o przystąpieniu do postępowania odwoławczego, pisma procesowego złożonego dnia 23 lipca 2025 r. przez Przystępującego, dowodów złożonych przez Odwołującego na posiedzeniu przed KIO i dowodów złożonych przez Przystępującego podczas posiedzenia przed KIO.
Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie w części tj. w zakresie zarzutu nr 2 (oznaczonego w odwołaniu lit. B) zasługiwało na uwzględnienie, zaś w zakresie zarzutów nr 1 i 3 nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.
W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Zamawiający prowadzi w oparciu o ustawę Pzp w w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Remont mostu w ciągu drogi wojewódzkiej nr 338 km 35+383 w m. Lubiąż. CPV 45000000-7.".
Zgodnie z pkt 4.1 SWZ:
„4.1.Zamawiający zastrzega, że główne roboty branżowe mostowe (roboty żelbetowe), ze względu na to, że stanowią kluczową część zamówienia należy obowiązkowo wykonać osobiście bez udziału podwykonawców."
Zgodnie z postanowieniami pkt 6 SWZ:
„6.WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU.
6.1.O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu, na zasadach określonych w Rozdziale 7 SWZ, oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.
6.2.Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków
WYKONAWCY UBIEGAJĄCY SIĘ O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE MUSZĄ SPEŁNIAĆ NIŻEJ WYMIENIONE W UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU DOTYCZĄCE:
(…)
6.2.4.ZDOLNOŚCI TECHNICZNEJ LUB ZAWODOWEJ
6.2.4.1.Warunek ten zostanie spełniony, gdy Wykonawca wykaże wykonanie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), minimum 1 zadania w zakresie budowy / przebudowy / rozbudowy / remontu drogowego obiektu mostowego zlokalizowanego w ciągu drogi klasy min. G o wartości brutto min. 6 mln zł brutto,
wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane."
Zgodnie z pkt 9.1, 9.2 i 9.3 SWZ:
„9.1.Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.
9.2.Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby składa wraz z ofertą zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.
9.3.Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w pkt 9.2., 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."
Przystępujący w pkt X formularza oferty wskazał:
„X. Sposób realizacji zamówienia
(…)
Zakres zamówienia, który wykonawca zamierza
powierzyć do realizacji podwykonawcy:
ścianki szczelne, montaż rusztowań, roboty drogowe i bitumiczne, wykonanie dylatacji systemowych"
Wraz z ofertą Przystępujący złożył załącznik nr 4 Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów, na potrzeby wykonania zamówienia, w którym wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych BUDEX Sp. z o.o. z siedzibą w Ochotnicy Górnej wskazał:
„c) zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący:
Prace związane z robotami żelbetowymi"
19 maja 2025 r. Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. W uzasadnieniu wezwania wskazał on: „W druku oferty w pkt X (Sposób realizacji zamówienia), wskazaliście Państwo zakres zamówienia, który zamierzacie powierzyć do realizacji podwykonawcy tj.: ścianki szczelne, montaż rusztowań, roboty drogowe i bitumiczne, wykonanie dylatacji systemowych.
Natomiast w załączniku nr 4 (Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów, na potrzeby wykonania zamówienia) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych BUDEX sp. z o.o. wskazało zakres swojego udziału przy wykonywaniu zamówienia tj. prace związane z robotami żelbetowymi."
21 maja 2025 r. Przystępujący udzielił odpowiedzi na wezwanie wskazując, że: „zaszła omyłka pisarska oraz że w załączniku nr 4 (Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów, na potrzeby wykonania zamówienia, podpunkt c) zakres udziału przy wykonaniu zamówienia Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych BUDEX sp. z o.o. powinien mieć następujące brzmienie: „Udostępnienie rusztowań naziemnych"."
27 maja 2025 r. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego: „do złożenia poprawionego zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia – tj. BUDEX sp. z o.o., os. Sikory 40A, 34-453 Ochotnica Górna.
Powyższy dokument winien być złożony w terminie do dnia 29.05.2024 r.
Ponadto Zamawiający informuje, że złożony dokument winien być aktualny na dzień jego złożenia."
27 maja 2025 r. Przystępujący złożył załącznik nr 4, w którym w pkt c) wskazał:
„c) zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący:
Udostępnienie rusztowań naziemnych"
18 czerwca 2025 r. Zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.
Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący składając odwołanie.
Przedmiotowe postępowanie dotyczyło tego, czy Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez:
- niezasadne wezwanie wykonawcy ITB Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu do wyjaśnienia treści oferty w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy nie zawierała niejasności w rozumieniu przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz wezwanie do uzupełnienia dokumentu, podczas gdy oferta wykonawcy ITB Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu nie zawierała braków, niekompletności czy błędów w rozumieniu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp;
- zaniechanie odrzucenia wykonawcy ITB Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, podczas gdy nie spełnia on warunku z pkt 6.2.4.1 SWZ w związku z pkt 9.3 SWZ, ponieważ zobowiązanie do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego nie daje rzeczywistej gwarancji dostępu do wymaganych przez Zamawiającego zasobów, a sam wykonawcy ITB Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu nie posiada własnych zasobów do realizacji zakresu zamówienia zastrzeżonego w pkt 4.1 SWZ;
- zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, w sytuacji gdy treść oferty tego wykonawcy nie zawiera zobowiązania do osobistego wykonania zakresu zamówienia zastrzeżonego w pkt 4.1 SWZ.
Odnosząc się do pierwszego z zarzutów (oznaczonego w odwołaniu lit. A) należy wskazać, że:
Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp"
„1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści."
W przedmiotowej sprawie Przystępujący w pkt X oferty wskazał zakres zamówienia, który zamierza powierzyć podwykonawcy. W załączniku nr 4 do SWZ w pkt c) wskazał natomiast zakres udziału podmiotu udostepniającego mu

zasoby jako „Prace związane z robotami żelbetowymi". Celem wyjaśnień, o których mowa w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp jest uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących całości lub części oferty, tak aby możliwa była ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego. Uruchomienie procedury z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oznacza, że zamawiający miał wątpliwości co do jednoznacznego stwierdzenia o zgodności lub niezgodności z warunkami zamówienia, których rozwianie może nastąpić wyłącznie przy udziale wykonawcy. (tak: Komentarz do ustawy Pzp pod red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza). W załączniku nr 4 złożonym przez Przystępującego została podana bardzo ogólna informacja dotycząca zakresu udziału podmiotu udostępniającego zasoby przy wykonaniu zamówienia. Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że sformułowanie „prace związane z robotami żelbetowymi" stanowi wprost naruszenie SWZ. Pkt 4.1 SWZ stanowi, że:
„Zamawiający zastrzega, że główne roboty branżowe mostowe (roboty żelbetowe), ze względu na to, że stanowią kluczową część zamówienia należy obowiązkowo wykonać osobiście bez udziału podwykonawców."
Z zobowiązania podmiotu trzeciego, ani z treści oferty złożonej przez Przystępującego nie wynika, że zamierza on powierzyć główne roboty branżowe mostowe (roboty żelbetowe) wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych BUDEX Sp. z o.o. Wykonawca ten w pierwotnej wersji załącznika nr 4 do SWZ wskazał „prace związane z robotami żelbetowymi", a nie roboty żelbetowe. Chodzi zatem o prace, które towarzyszą robotom żelbetowym. Należy w związku z tym przyjąć, że roboty żelbetowe są niezbędne do ich wykonywania. Faktem jest, że wykonawca nie dookreślił co rozumie pod pojęciem tych prac. Zasadne w związku z tym było wyjaśnienie tej kwestii przez Zamawiającego w oparciu o procedurę wyjaśnień przewidzianą w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.
Odnosząc się do art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym:
„ 1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:
1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania."
Izba wskazuje, że pomimo iż Zamawiający w wezwaniu z dnia 27 maja 2025 r. wskazał jako podstawę art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, to jednak nie można uznać, że wezwanie to wyczerpywało możliwość jednokrotnego wezwania wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 lub art. 122 ustawy Pzp. Wezwanie, aby było skuteczne i aby wykonawca miał możliwość odniesienia się do niego merytorycznie, a w konsekwencji aby była możliwość zweryfikowania poprawności wykonanej przez niego czynności, musi zawierać wyjaśnienie, dlaczego zamawiający kieruje do wykonawcy wezwanie. Powinien on dookreślić, czego dotyczą niekompletności czy błędy wcześniej złożonego dokumentu. W przedmiotowej sprawie Zamawiający poprzestał na wskazaniu jakiego dokumentu oczekuje, natomiast nie uzasadnił i nie sprecyzował w żaden sposób tego żądania. Nie można w związku z tym ocenić wezwania z dnia 27 maja 2025 r. jako prawidłowego wezwania skierowanego do wykonawcy w oparciu o art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, a jako korespondencję prowadzoną z wykonawcą.
Odnosząc się do zarzutu nr 2 (B) należy wskazać, że:
Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp:
„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
(…)
2) została złożona przez wykonawcę:
(…)
b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,"
Zgodnie z art. 118 ust. 1 i 2 ustawy Pzp"
„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 wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane."
Powyższy przepis przyznaje wykonawcom możliwość posłużenia się do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu potencjałem podmiotu trzeciego. Wprowadzone zostało jednak ograniczenie w postaci konieczności wykonania robót, do których odnosi się doświadczenie przez tego wykonawcę. Jest to równoznaczne z powierzeniem wykonania przynajmniej części zamówienia temu podmiotowi. Niepowierzenie robót wykonawcy skutkuje niespełnieniem warunku udziału w postępowaniu. Przystępujący w zakresie warunku określonego w pkt 6.2.4.1 SWZ zamierza

skorzystać z doświadczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót InżynieryjnychBUDEX Sp. z o.o. Oznacza to jednak, że wykonawca ten powinien realizować roboty tożsame z udostępnianym doświadczeniem. Z zobowiązania podmiotu trzeciego takie zobowiązanie nie wynika. Nie można w związku z tym uznać, że udostępnione doświadczenie i roboty, w które zgodnie z treścią zobowiązania ma być zaangażowany wykonawca Przedsiębiorstwo Robót InżynieryjnychBUDEX Sp. z o.o. wykazują w prawidłowy sposób spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Poleganie na doświadczeniu Przedsiębiorstwo Robót InżynieryjnychBUDEX Sp. z o.o., który jednocześnie nie będzie wykonywał prac, do których wymagane było doświadczenie, a na co wskazuje powołany przepis art. 118 ust. 2 ustawy Pzp nie spełnia ustawowych wymagań w zakresie zasad udostępnienia kwestionowanego zasobu.
W przedmiotowym postępowaniu możliwość posłużenia się przez wykonawców podwykonawcą w zakresie głównych robót branżowych mostowych (robót żelbetowych), a tym samym w zakresie wykazywania doświadczenia wymaganego w warunku udziału w postępowaniu, została uniemożliwiona przez zamawiającego, ponieważ w pkt 4.1 SWZ ustanowił on zakaz udziału podwykonawcy przy wykonaniu głównych robót branżowych mostowych (roboty żelbetowe), które określone zostały jako kluczowe części zamówienia. Warunkiem skorzystania z doświadczenia podmiotu trzeciego w zakresie budowy / przebudowy / rozbudowy / remontu drogowego obiektu mostowego zlokalizowanego w ciągu drogi klasy min. G było aktywne uczestniczenie tego podmiotu w realizacji tej części zamówienia, do której doświadczenie to było wymagane. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 22 marca 2021 r. (sygn. akt KIO 341/21), zgodnie z którym: „W części, w której zamawiający wyłącza podwykonawstwo, wykonawca nie może powołać na takie zasoby podmiotów trzecich, które wymagają ich udziału, jako podwykonawcy. Wobec tego, we wszystkich wypadkach, gdy powołanie się na potencjał podmiotów trzecich wymaga podwykonawstwa kluczowych części zamówienia, a zamawiający zastrzegł wykonanie tych części do osobistego wykonania, to wykonawca musi dane warunki udziału w postępowaniu spełnić samodzielnie.”
Z oferty Przystępującego i zobowiązania podwykonawcy Przedsiębiorstwo Robót InżynieryjnychBUDEX Sp. z o.o. wynika, że nie będzie on realizował głównych robót branżowych mostowych (roboty żelbetowe). Wykonawcy na etapie ogłoszenia SWZ nie zaskarżyli postanowień dotyczących konieczności osobistego wykonania kluczowych części zamówienia i możliwości skorzystania w tym zakresie z zasobów podmiotu trzeciego, w związku z czym treść SWZ jest wiążąca. Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że konsekwencją powyższego stanu rzeczy powinno być odrzucenie oferty Przystępującego z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający powinien w tej sytuacji skorzystać z instytucji przewidzianej w art. 122 ustawy Pzp tj. wezwać Przystępującego do wykazania, że samodzielnie warunki udziału w postępowaniu. Brak wykazania doświadczenia na obowiązkowe wezwanie do uzupełnienia mógłby skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego z postępowania. Izba wskazuje, że przy orzekaniu jest związana zakresem zarzutów podniesionych w odwołaniu, jednak nie jest związana wnioskami postawionymi przez wykonawcę. Mając na uwadze przedwczesność wnioskowanego przez Odwołującego odrzucenia oferty Przystępującego Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie Przystępującego na podstawie art. 122 ustawy Pzp do wykazania, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.2.4.1 SWZ w zakresie w jakim Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania zakresu zamówienia zgodnie z pkt 4.1 SWZ.
Odnosząc się do trzeciego z podniesionych przez Odwołującego zarzutów należy wskazać, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp:
„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
(…)
5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;”
Zarzut nr 3 (C) dotyczy zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, w sytuacji gdy treść oferty tego wykonawcy nie zawiera zobowiązania do osobistego wykonania zakresu zamówienia zastrzeżonego w pkt 4.1 SWZ Izba wskazuje, że Odwołujący w odwołaniu zawarł wspólne uzasadnienie dla zarzutów nr 2 i 3 (oznaczonych w odwołaniu lit. B i C), przy czym argumentacja dotyczy de facto uzasadnienia zarzutu naruszenia nr 2 (B), zaś Odwołujący nie wskazał chociażby dokumentu czy oświadczenia wymaganego zgodnie z treścią SWZ, w którym powinno się znaleźć oświadczenie wykonawcy o osobistym wykonaniu zakresu zamówienia zastrzeżonego w pkt 4.1 SWZ, którego brak lub nieprawidłowa treść w ocenie Odwołującego powinna prowadzić do konieczności odrzucenia oferty Przystępującego. Zdaniem Izby Odwołujący nie podołał wykazaniu, że treść oferty Przystępującego jest niegodna z warunkami zamówienia w podnoszonym przez niego zakresie.
Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a) i b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego i Przystępującego. W poczet kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła kwotę 10 000 zł 00 gr uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od

odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kwotę 3 600 zł 00 gr poniesioną przez Przystępującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika. Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 (B), który jest zarzutem o dalej idących skutkach, aniżeli podlegający oddaleniu zarzut nr 1 (A) oraz oddaliła odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 (C), w związku z czym zasadne w ocenie Izby było dokonanie rozdzielenia kosztów postępowania pomiędzy Odwołującego i Przystępującego w częściach po ½ każdy.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……..