

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Adriana Urbanik
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2026 r. przez odwołującego RDR sp. z o.o. z siedzibą w Czerwonak w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. w Poznaniu

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego:

A.wykonawcy Infradrog Sp. z o.o. z siedzibą w Chodzieży
orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

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 2396/26

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu w trybie podstawowym pn. „BUDOWA DROGI DOJAZDOWEJ WRAZ Z MIEJSCAMI POSTOJOWYMI PRZY UL. O. MARIANA ŻELAZKA [POZN. referencyjny: PIM/03/26/ZP24/2024-404, zostało wszczęte ogłoszeniem, opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych 23 marca 2026 r., numer: 2026/BZP 00166035, przez zamawiającego Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o., Pl. Wiosny Ludów 2, 61-831 Poznań.

Do wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2026 r. poz. 793, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp”.

18 maja 2026 r. odwołanie złożył wykonawca RDR Sp. z o.o., ul. Kasztanowa 7, 62-204 Czerwonak, od czynności zamawiającego:

- 1) dokonania wyboru oferty wykonawcy INFRADROG Sp. z o.o. z siedzibą w Chodzieży jako najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenie oferty odwołującego.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom zarzucił naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 punkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na rzekomy brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 20.1.3.1. SWZ, podczas gdy odwołujący warunek ten spełnił;
- 2) art. 118 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 punkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, iż COLAS Polska Sp. z o.o. nie udostępnił odwołującemu zasobów w sposób rzeczywisty i zgodny z ustawą Pzp, pomimo że podmiot ten zadeklarował udział w realizacji istotnej części zamówienia;
- 3) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady

przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców, polegający w szczególności na dokonaniu przez zamawiającego rozszerzającej i niewynikającej z literalnej treści SWZ interpretacji warunku udziału w postępowaniu już po upływie terminu składania ofert.

Odwolujący wniósł o:

1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert;

2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego (w tym kosztów pomocy prawnej udzielanej przez radcę prawnego, przy czym stosowna faktura VAT zostanie przedłożona na rozprawie).

18 maja 2026 r. zamawiający wezwał wraz kopią odwołania uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie: 21 maja 2026 r. wykonawca Infradrog Sp. z o.o., ul. ks. kanonika Jana Ksyckiego 6B/1, 64-800 Chodzież, przedstawiając stanowisko w sprawie.

29 maja 2026 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił stanowisko w sprawie i wniósł o oddalenie odwołania.

8 lipca 2026 r. zamawiający złożył fakturę z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

8 lipca 2026 r. odwołujący złożył pismo procesowe wraz z fakturą z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i stwierdziła:

Odwolanie nie zawiera braków formalnych, od odwołania uiszczono wpis, nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, skutkujące odrzuceniem odwołania, odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do złożenia odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca zgłaszający przystąpienie.

Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, uzasadniając ten wniosek zaniechaniem odwołującego co do wniesienia odwołania wobec treści wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust 1 ustawy Pzp i w związku z tym odwołanie z 18 maja 2026 r. winno podlegać odrzuceniu jako wniesione po terminie.

Na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp: „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;”.

Izba ustaliła, że odwołujący wniósł odwołanie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty odwołującego, co miało miejsce 13 maja

2026 r., a wobec tego odwołanie wniesione zostało z zachowaniem terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, tj. przed upływem 5 dni od daty przekazania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty odwołującego.

Izba, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez zamawiającego, a także zawnioskowane i złożone w toku postępowania odwoławczego.

Przy rozpoznawaniu sprawy izba wzięła pod uwagę także stanowisko wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszenia przystąpienia oraz stanowiska i oświadczenia obecnych na posiedzeniu i rozprawie, złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych:

W pkt 20.1.3.1. SWZ zamawiający postanowił: „Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaze, że w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy

– w tym okresie), wykonał należycie co najmniej 2 realizacje (roboty budowlane) polegające na budowie i/lub budowie i/lub przebudowie drogi i/lub wraz z wykonaniem oświetlenia oraz kanalizacji deszczowej i/lub sanitarnej i/lub ogólnospławnej – o łącznej wartości prac co najmniej 3 000 000,00 pln netto (każda z realizacji)”.

Odwolujący na wezwanie zamawiającego z 21 kwietnia 2026 r. na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp złożył wykaz robót z uwzględnieniem dwóch robót wykonanych przez Colas Polska Sp. z o.o.

Pismem z 28 kwietnia 2026 r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień co do zobowiązania podmiotu trzeciego oraz wykazu robót dotyczących sposobu wykorzystania udostępnionych zasobów i oczekiwał potwierdzenia,

że podmiot udostępniający zasoby będzie realizował zamówienie w zakresie wynikającym z udostępnienia wykazanego, potwierdzonego w podmiotowych środkach dowodowych (wykaz robót, referencje), zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp.

Pismem z 5 maja 2026 r. na wezwanie z 28 kwietnia 2026 r. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie uzupełnienia Wykazu robót, odwołujący potwierdził wykonanie zamówienia w zakresie minimalnym warunku z pkt 20.1.3.1.SWZ w rozumieniu bez uwzględnienia wyrazu „wraz z”. Odwołujący także uzupełnił Wykaz robót o własne doświadczenie, jednakże z wykazaniem zamiast oświetlenia sygnalizacji świetlnej.

13 maja 2026 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1

pkt 2 lit. b ustawy Pzp, podając w pkt III. Informację o wykonawcy, którego oferta została odrzucona:

„Zgodnie z art. 253 ust. 1 punkt 2 ustawy PZP, Zamawiający informuje o odrzuceniu oferty złożonej przez Wykonawcę: RDR SP. Z O.O., ul. Kasztanowa 7, 62-004 Czerwonak, b., (...).

Oferta wymienionego wyżej Wykonawcy zostaje odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 punkt 2 lit. b) ustawy PZP, zgodnie z którymi:

(...) „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: [...] 2) została złożona przez Wykonawcę

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu ”.

Weryfikacja złożonej oferty oraz podmiotowych środków dowodowych przedłożonych przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie jednoznacznie wykazała, że Wykonawca RDR sp. z o.o. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dot. wymaganego

od Wykonawcy doświadczenia (wykonania robót drogowych wraz z oświetleniem oraz kanalizacją, o łącznej wartości wskazanej przez Zamawiającego w treści SWZ), z uwagi na to że:

a) zobowiązanie do udostępnienia zasobów (w kontekście planowanego zakresu podwykonawstwa w ramach przyszłej realizacji oraz treści warunku udziału

w postępowaniu, którego potwierdzeniu miało służyć) jest nieprawidłowe, tym samym powołanie się na doświadczenie podmiotu trzeciego celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest nieskuteczne;

b) Wykonawca nie wykazał, w odpowiedzi na wezwanie, samodzielnego spełnienia warunku udziału, nie dokonał również uzupełnienia / poprawienia zobowiązania

do udostępnienia zasobów, w sposób umożliwiający prawidłowe / skuteczne poleganie

na zasobach podmiotu trzeciego w ramach wykazywania spełnienia warunku udziału.

Zamawiający informował Wykonawcę, że złożone zobowiązanie zawiera nieuprawnioną, zawężającą interpretację treści warunku udziału w postępowaniu (dot. doświadczenia wymaganego od Wykonawcy) dokonaną przez podmiot trzeci, a konsekwencją złożenia dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnianie warunku udziału zgodnie

z przedstawioną interpretacją będzie uznanie ich za niepotwierdzające spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych „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”.

Z przywołanego powyżej przepisu jednoznacznie wynika, że podmiot udostępniający zasoby na etapie postępowania jest następnie zobowiązany do wykonania prac

w zakresie odpowiadającym dokonанemu udostępnieniu (całym zakresie, a nie wyłącznie wybranych elementów).

Zamawiający w ramach procedury wyjaśnienia / uzupełniania dokumentów podmiotowych nie uzyskał jednoznacznego potwierdzenia, że podmiot udostępniający zasoby będzie realizował przedmiotowe zamówienia w zakresie wynikającym z udostępnienia wykazanego / potwierdzonego w podmiotowych środkach dowodowych (wykaz robót, referencje).

Z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów, jak i z oświadczenia zawartego

w Formularzu ofertowym, a następnie również wyjaśnień składanych w odpowiedzi

na wezwanie Zamawiającego jednoznacznie wynika, że podmiot udostępniający zasoby nie będzie realizował prac, do wykonania których, z uwagi na treść art. 118 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest zobligowany, co skutkowało uznaniem, że dokonane udostępnienie jest wadliwe, tym samym Wykonawca nie może skutecznie powołać się na to udostępnienie celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Niezależnie od składania wyjaśnień w opisywanym powyżej zakresie (powielających twierdzenia podmiotu udostępniającego zasoby), Wykonawca nie wykazał (w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego) samodzielnego spełnienia warunku udziału

w postępowaniu. Z przedstawionych dwóch realizacji jedynie jedna potwierdzała spełnienie warunku udziału, co do drugiej niemożliwe było uznanie, że przebudowa sygnalizacji świetlnej w ramach wskazanej realizacji odpowiada sformułowanemu przez Zamawiającego wymogowi wykonania oświetlenia (jako infrastruktury towarzyszącej robotom

drogowym).

Biorąc pod uwagę powyższe, zasadne stało się uznanie niespełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz w konsekwencji odrzucenie oferty złożonej przez Wykonawcę: RDR Sp. z o.o.”.

Na podstawie ustawy Pzp:

1)art. 16 pkt 1 i 2:

„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;”;

2)art. 118 ust. 1 i 2:

„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.”;

3)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b

„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę: b) niespełniającego warunków udziału

w postępowaniu lub”.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 ustawy Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 ustawy Pzp), izba stwierdziła, co następuje.

W sprawie nie było sporne, że zamawiający sformułował warunek zamówienia w pkt 20.1.3.1. SWZ, który nie był poprawnie sformułowany z uwagi na użycie w nim: „i/lub” jak również „wraz z” obok siebie. Nie było sporne, że żaden z wykonawców nie wystąpił o wyjaśnienie treści warunku z uwagi na niepoprawne sformułowanie. Nie było sporne, że nie zdefiniowano w SWZ terminu: „oświetlenie”.

Sporne było, czy wykonawcy mogli warunek rozumieć w różny sposób, a w związku z tym, czy niejasność postanowień SWZ należy poczytywać na korzyść wykonawców, tu odwołującego.

Odwołujący w odwołaniu zarzucił w szczególności, że gdyby intencją zamawiającego było wymaganie łącznego wystąpienia wszystkich elementów, warunek powinien brzmieć: „polegające na budowie lub przebudowie drogi wraz z wykonaniem oświetlenia oraz kanalizacji”, brak takiego sformułowania nie może obciążać wykonawcy, zamawiający na obecnym etapie postępowania, już po upływie terminu składania ofert, próbuje dokonać zmiany literalnej treści pkt 20.1.3.1. SWZ, oczekując, aby był on stosowany z pominięciem sformułowania „i/lub” w fragmencie „przebudowie drogi i/lub wraz z wykonaniem oświetlenia oraz kanalizacji deszczowej”, w treści warunku

z pkt 20.1.3.1. SWZ zamawiający nie wskazał, że wymaga wykazania realizacji obejmujących wykonanie „oświetlenia drogowego” czy też „oświetlenia ulicznego”, zamawiający posłużył się wyłącznie ogólnym pojęciem „oświetlenia”, nie wprowadzając

w tym zakresie żadnych dalszych ograniczeń ani doprecyzowań, tym samym brak jest podstaw do dokonywania na etapie oceny ofert zawężającej wykładni warunku poprzez ograniczanie jego zakresu wyłącznie do określonego rodzaju instalacji oświetleniowych.

Odwołujący także wskazał w odwołaniu, że do swojej oferty załączył zobowiązanie

do udostępnienia zasobów przez COLAS Polska Sp. z o.o., podmiot ten dysponuje doświadczeniem niekwestionowanym przez zamawiającego, zamawiający uznał,

że z uwagi na deklarowany faktyczny udział w realizacji zamówienia nie można przyjąć,

że COLAS Polska Sp. z o.o. w sposób prawidłowy i zgodny z ustawą Pzp udostępnił odwołującemu zdolności techniczne lub zawodowe, podał dalej w odwołaniu, że zgodnie z treścią załączonego do oferty zobowiązania, COLAS Polska Sp. z o.o. zadeklarował,

że odwołujący będzie wykorzystywał jego zasoby w ten sposób, iż COLAS Polska

Sp. z o.o. samodzielnie zrealizuje – w charakterze podwykonawcy – roboty budowlane co najmniej w zakresie wykonania podbudów oraz warstw nawierzchni (wiązących oraz ścieralnych) z betonu asfaltowego, dodatkowo COLAS Polska Sp. z o.o. zadeklarował wspólnie z odwołującym wykonanie pozostałych robót budowlanych polegających na budowie drogi,

zamawiający w treści SWZ nie sprecyzował, które prace objęte przedmiotem zamówienia determinują posiadanie wymaganego doświadczenia, oczekiwanie, aby podmiot udostępniający zasoby wykonał całość robót budowlanych w zakresie budowy drogi wraz z wykonaniem oświetlenia oraz kanalizacji, stanowi żądanie zastosowania stuprocentowego podwykonawstwa, co pozostaje sprzeczne z ustawą Pzp. W ocenie odwołującego zadeklarowanie przez COLAS Polska Sp. z o.o. wykonania robót budowlanych co najmniej w zakresie wykonania podbudów oraz warstw nawierzchni (wiązących oraz ścieralnych) z betonu asfaltowego stanowi istotną część zamówienia, która pozwala na zgodne z ustawą Pzp powołanie się na zasoby tego podmiotu, warunek udziału w postępowaniu z pkt 20.1.3.1. SWZ mógł zostać spełniony również poprzez zsumowanie doświadczenia odwołującego oraz doświadczenia COLAS Polska Sp. z o.o., nawet bowiem przy przyjęciu rygorystycznej – i sprzecznej z logiką oraz literalną treścią postanowienia – interpretacji przedmiotowego warunku forsowanej przez zamawiającego, wykazane przez odwołującego zamówienie realizowane na rzecz Gminy Murowana Goślina spełnia wymogi zamawiającego, odwołujący dysponował tym samym co najmniej jedną własną realizacją spełniającą oczekiwania zamawiającego. W celu wykazania spełniania warunku (co najmniej 2 realizacje) odwołujący podał, że mógł powołać się na co najmniej jedną z realizacji wykazanych dla COLAS Polska Sp. z o.o., łączne spełnienie warunku z pkt 20.1.3.1. SWZ uprawnia z kolei odwołującego do wspólnej realizacji całości zamówienia wraz z COLAS Polska Sp. z o.o., jak wskazano w piśmie wykonawcy z 5 maja 2026 r., zakładany przez odwołującego podział zadań przy realizacji zamówienia miał polegać na samodzielnej realizacji przez COLAS Polska Sp. z o.o. robót w zakresie wykonania podbudów oraz warstw nawierzchni (wiązących oraz ścieralnych) z betonu asfaltowego, w pozostałym zakresie roboty miały zostać wykonane przez RDR Sp. z o.o., przy ewentualnym udziale – w razie takiej potrzeby – COLAS Polska Sp. z o.o. jako podwykonawcy, powyższe również pozwala uznać, iż odwołujący spełnił warunek

z pkt 20.1.3.1. SWZ oraz wymogi wynikające z art. 118 ust. 1 i 2 Pzp.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający w szczególności podał, że zgodnie ze zbiorczym zestawieniem kosztów, dołączonym do oferty odwołującego, roboty branży drogowej stanowiły 75,98% całej wartości zamówienia, natomiast zgodnie z kosztorysem ofertowym w zakresie branży drogowej wartość robót które mają być wykonywane przez COLAS zostały ustalone na kwotę:

a) roboty budowlane w zakresie wykonania podbudów – wartość została ustalona

na podstawie wartości pozycji kosztorysowych:

- 31 d.5 Skropienie podbudowy emulsją asfaltową w ilości 0,8 kg/m² na kwotę 5.538,00 PLN netto co stanowi 0,16% całej wartości zamówienia;

- 32 d.5 ST D.04.07.01 Podbudowa zasadnicza z betonu asfaltowego, gr. warstwy po zagęszczeniu 7 cm (nawierzchnia KR 3) na kwotę 229.827,00 PLN netto co stanowi

6,71 % całej wartości zamówienia;

b) roboty budowlane w zakresie wykonania warstw nawierzchni (wiązących oraz ścieralnych) z betonu asfaltowego – wartość została ustalona w oparciu o pozycje kosztorysowe na kwotę 389.087,50 PLN netto, co stanowi 11,36 % całej wartości zamówienia;

wartość robót wykonywanych przez COLAS obejmuje zatem, zgodnie z treścią kosztorysów ofertowych jedynie 18,22 % wartości zamówienia, czyli mniej niż 1/5 wartości całego zamówienia.

Zdaniem zamawiającego nie można zaakceptować stanowiska odwołującego, że COLAS udostępnia zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia dot. całego zakresu zamówienia jednocześnie nie zapewniając w tym zakresie jakiegokolwiek wsparcia o charakterze rzeczywistego wykonania tych robót (udział COLAS to bowiem mniej niż 20% wartości zamówienia), udostępnienie zasobów przez COLAS musi być realne, uwagi na powyższe, mając na uwadze charakter wykonywanych robót budowlanych

i udostępnianych odwołującemu zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia przez COLAS zamawiający prawidłowo nie uznał udostępnienia zasobów jako realnego.

Dalej zamawiający w szczególności podał w odpowiedzi na odwołanie, że odwołujący nie wykazał, aby samodzielnie spełniał warunki udziału w postępowaniu, określone

w pkt. 20.1.3.1. SWZ, nie zachodzą podstawy do uwzględnienia przedmiotowego zarzutu,

przedłożona przez odwołującego wykładnia nie uwzględnia okoliczności, że zamawiający wyraźnie zastrzegł w SWZ (wskazując literalnie w treści warunku co pomija odwołujący) następujące sformułowanie: „wraz z wykonaniem oświetlenia oraz kanalizacji deszczowej i/lub sanitarnej i/lub ogólnospławnej – o łącznej wartości prac co najmniej 3 000 000,00 pln netto”, powyższe sformułowanie powinno być, zdaniem zamawiającego interpretowane w ten sposób, że warunek udziału w postępowaniu z pkt 20.1.3.1. SWZ jest spełniony, jeżeli wykonawca wykaże wykonanie dwóch realizacji (robót budowlanych) polegających na (każda z nich):

2.4.1. budowie drogi wraz z wykonaniem oświetlenia oraz kanalizacji deszczowej i/lub sanitarnej i/lub ogólnospławnej – o łącznej wartości prac co najmniej 3 000 000,00 pln netto i/lub

2.4.2. przebudowie drogi wraz z wykonaniem oświetlenia oraz kanalizacji deszczowej i/lub sanitarnej i/lub ogólnospławnej – o łącznej wartości prac co najmniej 3 000 000,00 pln netto. Wykładnia ta zdaniem zamawiającego nie stanowi niedopuszczalnej modyfikacji warunku określonego w pkt 20.1.3.1. SWZ ani jego rozszerzającej interpretacji po terminie składania ofert, zamawiający odczytuje warunek zgodnie z pełnym brzmieniem przyjętym w SWZ, to stanowisko odwołującego prowadzi do faktycznej redukcji warunku przez usunięcie z jego treści obligatoryjnego zwrotu „wraz z wykonaniem oświetlenia oraz kanalizacji...”, odróżnić należy zatem sytuację, w której zamawiający dopisuje nowe wymaganie, od sytuacji, w której broni znaczenia wyraźnie użytych sformułowań zawartych w dokumentacji prowadzonego postępowania od samego początku, w ocenie zamawiającego interpretacja funkcjonalna i celowościowa ma osadzenie w tekście analizowanego postanowienia SWZ, zamawiający podtrzymuje konkluzję, że z treści SWZ wynika, że zamiarem zamawiającego było przyjęcie wykładni funkcjonalnej, aniżeli literalnej.

Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia w szczególności podał, że jak wynika z przywołanego fragmentu zobowiązania, podmiot udzielający miał zamiar wykonać wyłącznie roboty dotyczące wskazanych w zobowiązaniu podbudów oraz warstw wiążących i ściernalnych, jest to zatem jedynie fragment robót, a nie wymagana przez zamawiającego kompletna budowa drogi jako obiektu, skoro warunkiem udziału była „budowa drogi”, to podmiot udzielający COLAS powinien zrealizować kompletną budowę drogi, a nie tylko jej górne warstwy (asfalt), warunek udziału w postępowaniu nie sprowadza się do doświadczenia zawodowego w przedmiocie realizacji wybranych warstw drogi ale drogi jako kompletnego obiektu obejmującego wszystkie warstwy konstrukcyjne, byłoby inaczej gdyby zamawiający dopuszczał możliwość spełniania warunku podmiotowego udziału w postępowaniu na poziomie wybranych warstw drogi

a nie kompleksowego wykonania zadania, skoro przedmiotem zamówienia jest w szczególności budowa drogi, to nieskuteczne jest powołanie się przez RDR na zamiar powierzenia na rzecz podmiotu posiadającego stosowne doświadczenie zawodowe spełniające warunek udziału wykonania robót które stanowią jedynie fragment warunku udziału w postępowaniu, zatem aktualne brzmienie zobowiązania nie potwierdza spełnienia warunku udziału bowiem podmiot udostępniający nie przewiduje wykonania jako podwykonawca samodzielnie zakresu robót którego dotyczy warunek. Przystępujący także podał, że należy również mieć na uwadze fakt, że poziom wartościowy warunku udziału to wartość robót polegających na budowie drogi o wartości min 3 mln zł brutto, zgodnie z ofertą wykonawcy RDR zaproponował on realizację zamówienia za łączną kwotę: 4 219 853,40 zł brutto, w tej sytuacji obowiązkiem udzielającego jest realizacji robót budowlanych polegających na budowie drogi o wartości minimum 3 mln zł, fikcyjny charakter zobowiązania najlepiej potwierdza treść oferty RDR w postaci oświadczenia

z Formularza ofertowego tego wykonawcy w którym wprost wskazuje na zamiar powierzenia podwykonawcom (w tym Colas) następującego zakresu rzeczowego zamówienia (same nawierzchnie asfaltowe): Colas wskazuje bowiem w przypisie 1 do zobowiązania: „W tym miejscu wskazać należy, iż w ramach oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych Zamawiający wymaga wykazania doświadczenia polegającego na „budowie i/lub budowie i/lub przebudowie drogi i/lub wraz z wykonaniem oświetlenia oraz kanalizacji deszczowej i/lub sanitarnej i/lub ogólnospławnej”, w związku z tym, wymóg z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp zostanie spełniony jeśli podmiot udostępniający zasoby będzie faktycznie zaangażowany w którykolwiek z alternatywnie wymienionych zakresów prac (z uwagi na posłużenie się przez zamawiającego „i/lub” nie jest wymagany udział podmiotu udostępniającego zasoby w każdym z wymienionych zakresów prac), powyższy pomysł interpretacyjny całkowicie wypacza sens warunku udziału w postępowaniu (najprawdopodobniej w warunku znalazło się omyłkowe powielenie jednego „i/lub”), potwierdza to choćby warunek w zakresie kierownika budowy:

1.3.2. Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował:

- Kierownikiem budowy – osoba posiadająca uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń zgodne z ustawą Prawo budowlane

oraz posiadająca co najmniej 60-miesięczne doświadczenie w kierowaniu i nadzorowaniu w charakterze Kierownika budowy i/lub kierownika robót branży drogowej, w tym podczas co najmniej 2 realizacji (robót budowlanych) polegających na budowie i/lub budowie i/lub przebudowie drogi i/lub ulicy wraz z wykonaniem oświetlenia oraz kanalizacji deszczowej i/lub sanitarnej i/lub ogólnospławnej – o łącznej wartości prac co najmniej 3 000 000,00 pln netto (każda z realizacji);

jednocześnie interpretacja jaką forsuje RDR upada bowiem pełne brzmienie warunku w zakresie doświadczenia to:

„budowie i/lub budowie i/lub przebudowie drogi i/lub wraz z wykonaniem oświetlenia oraz kanalizacji deszczowej i/lub sanitarnej i/lub ogólnospławnej”.

Odnosząc się do zarzutów odwołania w ocenie izby zarzuty te nie potwierdziły się.

Zdaniem izby oczywiste było, że tak sformułowany warunek udziału

w postępowaniu w pkt. 20.1.3.1. SWZ zawiera w sobie literalne wykluczające się wyrażenia, a interpretacja warunku wymagała rezygnacji z któregoś z tych wyrażen, co następnie potwierdzili uczestnicy postępowania odwoławczego, przedstawiając rozumienie warunku – zamawiający z pominięciem wyrażenia „i/lub”, odwołujący z pominięciem wyrażenia „wraz z”.

W dacie składania ofert odwołujący nie zgłaszając zamawiającemu zauważonej sprzeczności w treści warunku, interpretował warunek co najmniej w braku należytej staranności, ponieważ samodzielnie przyjął interpretację zawężającą warunku. Świadczy o tym fakt uzyskania zobowiązania podmiotu trzeciego przed terminem składania ofert wraz z oświadczeniem podmiotu trzeciego w przypisie 1 do zobowiązania: „W tym miejscu wskazać należy, iż w ramach oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych Zamawiający wymaga wykazania doświadczenia polegającego na „budowie i/lub budowie i/lub przebudowie drogi i/lub wraz z wykonaniem oświetlenia oraz kanalizacji deszczowej i/lub sanitarnej i/lub ogólnospławnej”, w związku z tym, wymóg z art. 118 ust. 2 PZP zostanie spełniony jeśli podmiot udostępniający zasoby będzie faktycznie zaangażowany w którykolwiek z alternatywnie wymienionych zakresów prac (z uwagi na posłużenie się przez Zamawiającego „i/lub” nie jest wymagany udział podmiotu udostępniającego zasoby w każdym z wymienionych zakresów prac).”.

Wiarygodne w ocenie izby było oświadczenie zamawiającego, że zamawiający popełnił błąd w sformułowaniu warunku nie wykreślając z niego danego wyrażenia: „i/lub”.

Izba zauważa, że także sam odwołujący usiłując wykazać warunek oświetlenia przyznał tym samym, że warunek zamówienia należy odczytywać z uwzględnieniem wyrazu „wraz z”, to jest tak, jak czytał go zamawiający.

Zdaniem izby w sprawie nie jest zasadne zastosowanie przy rozpoznaniu odwołania zasady poczytywania niejasności SWZ na korzyść wykonawcy, ponieważ warunek w pkt. 20.1.3.1. SWZ nie został sformułowany w sposób niejasny,

a z uwzględnieniem sprzecznych zestawionych obok siebie wyrażen „i/lub” i „wraz z”. Odwołujący nie udowodnił, że warunek mógł być rozumiany w dwojaki sposób, ponieważ jego rozumienie było możliwe w określony jeden sposób, warunkowany przez uwzględnienie „i/lub” albo „wraz z”. Odnosząc się do zarzutu co do możliwego rozumienia jako oświetlenia sygnalizacji świetlnej, w ocenie izby odwołujący nie udowodnił możliwej takiej interpretacji warunku, że za oświetlenie można przyjąć sygnalizację świetlną. Niewątpliwie biorąc pod uwagę chociażby funkcję, oświetlenie służy oświetlaniu, natomiast sygnalizacja świetlna sygnalizowaniu, choćby zatem z celu jakemu służą nie da się wywieść zawarcia pojęcia sygnalizacja świetlna w oświetleniu, co jest dla izby oczywiste. Z tego powodu nie można przyjąć twierdzenia odwołującego, że niejasne sformułowanie „oświetlenie” należy poczytywać na korzyść odwołującego. Odwołujący nie odniósł się do szerokiego wywodu przystępującego w zgłoszeniu przystąpienia co do różnic w celu i funkcji na stronach 16-18.

Na podstawie art. 118 ust. 2 ustawy Pzp: „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.”.

W toku postępowania odwoławczego nie było sporne, że zamawiający nie wymagał osobistego wykonania części zamówienia przez wykonawców.

Zamawiający w toku postępowania odwoławczego udowodnił, że warunek zamówienia w zakresie doświadczenia zawodowego to wykonanie co najmniej 2 realizacji (robot budowlanych) określonych w warunku wraz z wykonaniem oświetlenia oraz kanalizacji deszczowej i/lub sanitarnej i/lub ogólnospławnej – o łącznej wartości prac co najmniej 3 000 000,00 pln netto (każda z realizacji).

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, a także przedstawione w zgłoszeniu przystąpienia, że Wykaz robót odwołującego dla 2 robót Colas - spełniających warunki udziału – użyczający Colas, nie przewidywał realizacji robót w pełnym zakresie warunku udziału, zatem żadna z tych pozycji wykazu nie mogła skutecznie służyć za potwierdzenie spełnienia warunku, skoro użyczenie nie było skuteczne, natomiast dla 2 robót RDR (poz. 3 i 4 Wykazu) tylko jedna spełniała warunek (w przypadku poz. 3 Wykazu nie wykonywano wymaganego dla spełnienia warunku oświetlenia ale wyłącznie szczątkowo elementy sygnalizacji świetlnej).

W toku postępowania o udzielenie zamówienia odwołujący zamiast wymaganych dwóch wykazał jedno doświadczenie zgodnie z warunkami SWZ – w pkt 4 Wykazu robót: „Budowa chodnika przy drodze gminnej ul. Goślińskiej w m. Rakownia wraz

z odwodnieniem i doświetleniem oraz budową bezpiecznych przejść dla pieszych roboty ziemne. Ułożenie krawężników oraz oporników. Wykonanie podbudów oraz ułożenie nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych oraz z betonowej kostki brukowej, płyt ażurowych betonowych. Budowa kanalizacji deszczowej. Budowa oświetlenia drogowego.

Wykonanie robót wykończeniowych, oznakowania poziomego i pionowego. Wykonanie urządzeń BRD. Kwota netto: 4 736 11 6,44" na rzecz Gminy Murowana Goślina (swoje własne).

Skoro warunek zamówienia wymagał przedstawienia odpowiednich dwóch robót, a odwołujący przedstawił jedynie jedną taką odpowiednią robotę, to zarzuty odwołania nie mogły zostać uwzględnione. Nie ma znaczenia przy tym, że odwołujący jest w stanie wykonać sam zamówienie, ponieważ wykazał podobną wykonaną robotę budowlaną, a część robót wykona podmiot trzeci udostępniający zasoby, skoro odwołujący nie przedstawił co najmniej 2 odpowiednich robót w Wykazie robót i tym samym nie spełnił spornego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także z tego powodu, że jak udowodnił zamawiający i przystępujący zobowiązanie podmiotu trzeciego do wykonania zamówienia zgodnie z udostępnionym doświadczeniem w Wykazie robót nie było realne, co potwierdza treść zobowiązania do udostępnienia zasobów.

Izba związana jest przy orzekaniu zarzutami odwołania, przez co rozumie się także przytoczone fakty w odwołaniu i nie orzeka w zakresie wykraczającym poza te zarzuty (art. 555 ustawy Pzp).

W tym stanie rzeczy, izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574

i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania, obciążając kosztami postępowania odwołującego. Odwołanie zostało oddalone, dlatego też izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę, stanowiącą uzasadnione koszty strony, na podstawie wniosku i faktury złożonej przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: