

Sygn. akt: KIO 3570/21

WYROK

z dnia 27 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka
Anna Packo
Aleksandra Patyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2021 r. przez wykonawcę **Sweco Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **Fehlings Krug Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Sweco Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Sweco Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Opracowanie wielowariantowej i wielobranżowej koncepcji budowy Trasy Nowobagrowej wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną oraz uzyskaniem decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 lipca 2021 r. pod numerem 2021/S 136-361295.

W dniu 9 grudnia 2021 r. wykonawca Sweco Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b) w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Fehlings, pomimo że wykonawca ten nie wykazał w toku postępowania, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadanych zdolności technicznych i zawodowych w zakresie posiadania przez Fehlings wymaganej wiedzy i doświadczenia,
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b) w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4), art. 118 ust. 1, ust. 2, ust. 3 oraz ust. 4 pkt od nr 1) do nr 3) ustawy Pzp, jak również w związku z art. 119 ustawy Pzp przez błędne uznanie, że określony w dokumentach zamówienia warunek zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do wymaganego doświadczenia firmy jest spełniony w sytuacji, gdy żaden z podmiotów: ani wykonawca Fehlings, ani żaden z podmiotów udostępniających swoje zasoby wiedzy i doświadczenia (dalej „PUZ”) nie legitymuje się pełnym zakresem wymaganego doświadczenia, tj. wymaganymi 3-ma rodzajami ustanowionymi w SWZ jako doświadczenie niepodzielne i łączne w wykonaniu dokumentacji projektowych,
3. art. 118 ust. 1, ust. 2, ust. 3, ust. 4 pkt od nr 1) do nr 3), art. 119 w związku z art. 112 ust. 4 ustawy Pzp przez błędną ocenę treści zobowiązań 2-ch PUZ-ów złożonych wraz z ofertą Fehlings i uznanie, że sposób udostępnienia zasobów (w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej wymaganego doświadczenia wykonawcy) jak określony literalnie w ww. zobowiązaniach pozwala na uznanie, że Fehlings spełnia warunki udziału w postępowaniu,

4. art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w związku z art. 223 ust. 1 oraz 462 ust. 7 ustawy Pzp, przy uwzględnieniu treści art. 218 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp przez błędne uznanie, że wykonawca, który wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych zdolności technicznych i zawodowych może wskazać w formularzu ofertowym zakres podwykonawstwa przewidziany do wykonania przez 2 PUZ-y, a następnie w toku postępowania wykazywać spełnianie warunków udziału w postępowaniu tylko z uwzględnieniem 1-go PUZa, tymczasem prawidłowo należałoby uznać, że w tym postępowaniu wykonawca Fehlings: albo złożył 2 różne oferty, albo dokonał zmiany treści oferty już po jej złożeniu,

5. art. 126 ust. 3 w związku z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp oraz treścią złożonej w postępowaniu oferty Fehlings przez zaniechanie wezwania Fehlings do złożenia kompletu aktualnych podmiotowych środków dowodowych jak ustanowione w tym postępowaniu,

6. ewentualnie naruszenie art. 128 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 ustawy Pzp oraz/lub ewentualnie naruszenia art. 122 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Fehlings do złożenia uzupełnień i/lub wyjaśnień w zakresie wymaganego doświadczenia wykonawcy;

7. ewentualnie naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Fehlings do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie deklarowanego zakresu podwykonawstwa do podzlecenia 2-m PUZ-om, w sytuacji przedkładania dokumentów podmiotowych (w odpowiedzi na wezwanie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp) przedkładania dokumentów potwierdzających niepodleganie wykluczeniu z postępowania tylko w odniesieniu do tylko 1-go PUZ-a,

8. art. 16 pkt 1-2) ustawy Pzp polegające na przeprowadzeniu postępowania bez zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz bez zachowania zasady przejrzystości postępowania;

9. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez naruszenie obowiązku udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, polegającego na wyborze najkorzystniejszej oferty z pominięciem ustawowego obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zmienił treść złożonej przez siebie oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Fehlings, dokonania ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu, odrzucenia oferty Fehlings w postępowaniu, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Fehlings Krug Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, dalej „Przystępujący” lub „Fehlings”.

Zamawiający pismem z dnia 20 grudnia 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. 21 grudnia 2021 r. pismo procesowe złożył również Przystępujący.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oferty Przystępującego, składanych przez Przystępującego dokumentów, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 22 grudnia 2021 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest opracowanie wielowariantowej i wielobranżowej koncepcji polegającej na opracowaniu minimum 4 wariantów wykonania Trasy Nowobagrowej wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, wielokryterialną analizą oraz opracowaniem materiałów niezbędnych do złożenia wniosku oraz uzyskanie w imieniu Zamawiającego ostatecznej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (decyzji DUŚ) dla wariantu wynikowego. *Warianty koncepcji powinny przedstawiać jedynie rozwiązania, które są możliwe i realne do wykonania. Dla opracowanych wariantów, Wykonawca powinien przygotować wielokryterialną analizę porównawczą każdego z tych wariantów. Spośród zaproponowanych wariantów Wykonawca zobowiązany jest do wskazania wariantu preferowanego. Dla wybranego przez Zamawiającego wariantu wynikowego, Wykonawca zobowiązany jest do uzyskania ostatecznej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.*

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz zakres obowiązków wykonawcy zostały określone w załącznikach do specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, w tym m.in. w Projektowanych postanowieniach umowy (PPU), oraz Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ).

Zgodnie z rozdziałem XIII pkt 2.1 SWZ Zamawiający uzna warunek w tym zakresie za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

2.1. w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie – zrealizował prace polegające na wykonaniu dokumentacji w zakresie projektu budowlanego i/lub koncepcji dot.:

a) budowy i/lub przebudowy i/lub rozbudowy co najmniej drogi i/lub ulicy dwupasowej o kategorii ruchu równej lub większej niż KR 3 o długości samej drogi/ulicy minimum 1,0 km,

i

b) budowy i/lub przebudowy i/lub rozbudowy torowiska tramwajowego o długości minimum 2 000 mtp (metrów toru pojedynczego) lub minimum 1 000 mtp (metrów toru podwójnego) wraz infrastrukturą towarzyszącą tj. układu zasilania i sterowania linii tramwajowej,

i

c) budowy i/lub przebudowy i/lub rozbudowy obiektu mostowego (drogowego i/lub tramwajowego i/lub kolejowego) lub tunelu (drogowego i/lub tramwajowego i/lub kolejowego) o długości minimum 200 m.

3. Zamawiający dopuszcza wykazanie się doświadczeniem z pkt 2.1. lit. a), 2.1. lit. b) i 2.1. lit. c) w ramach jednej, dwóch lub trzech odrębnych umów/zadań/inwestycji. (...)

6. 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 podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

7. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

8. 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. (...)

10. Zamawiający ocenia, czy udostępniane Wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe, pozwalają na wykazanie przez

Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 2 powyżej, oraz bada, czy nie zachodzą, wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem Wykonawcy.

11. 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.

12. 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.

13. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia (np. członkowie konsorcjum, wspólnicy spółki cywilnej). W takim przypadku Wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

14. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, warunki udziału w postępowaniu wskazane w pkt 2.1 i 2.2. powyżej, mogą spełniać łącznie. (...)

W dniu 19 sierpnia 2021 r. ofertę złożył wykonawca Fehlings, załączając równocześnie zobowiązania dwóch podmiotów trzecich. W treści formularza ofertowego Fehlings wskazał dwóch podwykonawców, tj. CMSZ ATOM S.C. – branża mostowa w zakresie udostępnionego doświadczenia oraz NOWAPROJEKT A. N. – branża drogowa w zakresie udostępnionego doświadczenia. Zobowiązanie CMSZ ATOM S.C. dotyczy udostępnienia zasobów w zakresie wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych opisanych w Rozdziale XIII pkt 2 ppkt 2.1 lit. c SWZ (podwykonawstwo w zakresie realizacji prac branży mostowej). Zobowiązanie NOWAPROJEKT A. N. dotyczy udostępnienia zasobów w zakresie wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych opisanych w Rozdziale XIII pkt 2 ppkt 2.1 lit. a SWZ (podwykonawstwo w zakresie realizacji prac branży drogowej).

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 6 października 2021 r. do przedłożenia JEDZ oraz podmiotowych środków dowodowych, Fehlings przedłożył 20 października 2021 r. stosowne dokumenty i oświadczenia własne oraz dla podmiotu CMSZ ATOM S.C. Jednym z przedłożonych załączników był wykaz usług oraz referencje potwierdzające należyte wykonanie usług wyszczególnionych w wykazie, w którym opisane zostały usługi wykonane przez Fehlings (pozycje 1 i 2 wykazu) oraz przez CMSZ ATOM S.C. (pozycja 3 wykazu) jako

podmiotu udostępniającego zasoby zdolności technicznej lub zawodowej (opisane w Rozdziale XIII pkt 2 ppkt 2.1 lit. c) na podstawie zobowiązania z dnia 19 sierpnia 2021 r.

Zamawiający nie prowadził z Fehlings żadnej następczej korespondencji w kontekście złożonej przez Fehlings w dniu 19 sierpnia 2021 r. deklaracji o poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego, tj. NOWAPROJEKT A. N. w zakresie wymaganego doświadczenia w branży drogowej i przedłożeniu wraz z ofertą stosownego zobowiązania ww. podmiotu.

W dniu 29 listopada 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Fehlings.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego i Przystępującego jakoby odwołanie winno zostać odrzucone na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zamawiający podnosił, że Odwołujący w istocie kwestionuje treść warunku udziału w postępowaniu, a termin na jego zaskarżenie już upłynął.

Skład orzekający doszedł do przekonania, że niniejsze odwołanie nie stanowi (spóźnionego) odwołania od treści postanowień SWZ. Odwołanie nie dotyczy ustanowionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, ale dokonania takiej wykładni SWZ, która winna zaprowadzić Zamawiającego do ustalenia, iż Przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji, jego oferta winna być odrzucona.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na oddalenie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b), w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4) Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b), w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4), art. 118 ust. 1, ust. 2, ust. 3 oraz ust. 4 pkt od nr 1) do nr 3) Pzp, jak również w związku z art. 119 Pzp, art. 118 ust. 1, ust. 2, ust. 3, ust. 4 pkt od nr 1) do nr 3), art. 119 w związku z art. 112 ust. 4 Pzp, art. 126 ust. 3 w związku z art. 126 ust. 1 Pzp, art. 128 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 Pzp oraz art. 122 Pzp.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający wykreowanymi przez siebie postanowieniami SWZ wykluczył możliwość podzielenia wymaganego doświadczenia i wykazywania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych przez posłużenie się doświadczeniem składanym przez kilka podmiotów. Umieszczenie spójnika „i” pomiędzy podpunktami a/ b/ c/ w treści Rozdziału XIII pkt 2 ppkt 2.1 SWZ oznaczało, że odpowiednio branżowe doświadczenie opisane w ww. 3-ch podpunktach musi spełniać jeden i ten sam podmiot, bowiem doświadczenie to zostało określone jako niepodzielne, zatem odpowiednio: albo spełniał je w całości samodzielnie wykonawca ubiegający się o to zamówienie, albo spełniał je jeden z partnerów Konsorcjum, jeśli Wykonawcą są podmioty występujące wspólnie, albo spełniał je jeden podmiot trzeci, na zasobach którego polega wykonawca.

W ocenie Odwołującego w toku postępowania Fehlings nie udowodnił, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia. Zamawiający winien był albo odrzucić jego ofertę albo wezwać do uzupełnienia dokumentów podmiotowych, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, w sytuacji gdyby Izba oddaliła zarzuty dotyczące zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Fehlings okoliczności opisane wyżej wskazują na to, że warunek posiadanej wiedzy i doświadczenia Fehlings będzie mógł wykazać legitymując się tylko i wyłącznie własnym doświadczeniem (bez jakiegokolwiek podmiotu trzeciego).

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, że użycie w opisie warunku udziału w postępowaniu koniunkcji (spójnika „i”) oznacza, że warunek musi być spełniony tylko przez jeden podmiot. Gdyby zamiarem Zamawiającego było określenie warunku w sposób interpretowany przez Odwołującego, to dokonałby on w SWZ stosownego zastrzeżenia. Gdyby Zamawiający chciał wprowadzić jakiegokolwiek ograniczenia, przykładowo że niemożliwe jest posługiwanie się zasobem podmiotu trzeciego w podziale na różne niezależne od siebie branże (czyli że warunek spełnić może tylko jeden i ten sam podmiot), wprowadziłby w tym zakresie odpowiednie postanowienie.

Zamawiający wyjaśnił, że dla wykonania niniejszego przedmiotu zamówienia znaczenie ma posiadanie zdolności technicznych i zawodowych w trzech różnych branżach:

drogowej, torowej oraz mostowej, bez względu jednak na to czy warunek ten będzie spełniał wykonawca samodzielnie czy też przy udziale podmiotów trzecich na zasoby, których powołuje się w toku postępowania. Zamawiający oczekiwał więc wyłonienia wykonawcy, który bez względu na liczbę podmiotów, na zasoby których się powołuje, posiada doświadczenie we wszystkich wymaganych branżach, a nie wyłonienia wykonawcy, który posiada doświadczenie we wszystkich wymaganych branżach i jest to jedynie jeden podmiot. Istotne znaczenie dla rozumienia warunku ma każda z branż, przy czym zupełnie bez znaczenia jest okoliczność czy doświadczenie posiada sam wykonawca czy też wykonawca posiłkujący się jednym lub kilkoma podmiotami udostępniającymi mu wymagane zdolności techniczne i zawodowe.

Nie sposób też zgodzić się z Odwołującym, że dopuszczenie wykazania przez wykonawców odpowiedniego doświadczenia w sposób dowolny (np. różni członkowie konsorcjum, albo częściowo przez podmiot trzeci) miałyby miejsce jedynie w sytuacji gdyby poszczególne litery a), b), c) były rozdzielone znakami przystankowymi: np. przecinkami, lub średnikami, a warunek nie zawierałby spójnika „i”. Sam przecinek lub średnik może mieć przecież różne znaczenia, w zależności od tego w jakiej sytuacji jest użyty, co potwierdza postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2010 r., sygn. akt: III KK 333/09, gdzie wskazano, że *W języku prawnym użycie przecinka nie zawsze daje jednoznaczność tekstu i wymaga w każdym przypadku rozważenia, jaką funkcję przecinek pełni w danym, konkretnym zdaniu (znaku przestankowego, spójnika koniunkcji lub alternatywy – por. A. Malinowski: Redagowanie tekstu prawnego. Wybrane wskazania logiczno – językowe, Warszawa 2008, s. 79). W dążeniu do maksymalizowania skrótowości tekstu prawnego unika się wielokrotnego powtarzania tych samych spójników miedzynazwowych i zastępuje się je przecinkami; przyjmuje się wówczas, że przecinki zastępują ten ze spójników, który zamieszczony jest na końcu danego ciągu zwrotów przedzielonych przecinkami (S. Wronkowska, M. Zieliński: Problemy i zasady redagowania tekstów prawnych, Warszawa 1993, s. 153). Wskazuje się jednak, że zasada ta nie jest konsekwentnie przestrzegana, a wątpliwości co do znaczenia tak użytych przecinków występują zwłaszcza w sytuacji, gdy w ciągu zdań argumentów znajduje się dwa lub więcej różnych spójników (S. Wronkowska, M. Zieliński: op. cit., s 154; A. Malinowski: op. cit., s. 77).*

Ponadto, jak powszechnie podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych, *ewentualne nieścisłości czy niejednoznaczności stanowiska zamawiającego nie mogą rodzić negatywnych skutków wobec wykonawców* (np. wyrok SO w Olsztynie z dnia 18 kwietnia 2019 r., sygn. akt IX Ca 1258/18).

Izba przyznała także rację Zamawiającemu, że wymóg, aby doświadczenie ze wszystkich trzech branż skupiało się w rękach jednego podmiotu byłby w nieuzasadniony

sposób wygórowany i ograniczałby niewątpliwie liczbę podmiotów mogących spełnić warunek, faworyzując większe podmioty, posiadające samodzielnie doświadczenie wielobranżowe.

Odnosząc się do wyroku KIO z dnia 17 marca 2021 r., sygn. akt KIO 512/21, na który powoływał się Odwołujący, należy wskazać, że opierał się on na stanie faktycznym, w którym wymóg dotyczący doświadczenia został skonstruowany przez zamawiającego w sposób odmienny.

W konsekwencji nie potwierdziły się ww. zarzuty.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3) Pzp w związku z art. 223 ust. 1 oraz 462 ust 7 Pzp, przy uwzględnieniu treści art. 218 ust. 1 i ust. 2 Pzp, art. 223 ust. 1 Pzp.

Zdaniem Odwołującego, jeśli w ofercie wykonawcy pojawia się deklaracja i zobowiązanie podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów na potwierdzenie spełniania warunków brzegowych, to wykonawca nie ma uprawnień do tego, by samodzielnie zmieniać treść swoich pierwotnych deklaracji i „rezygnować” z podmiotu trzeciego, przez co zmieniać treść złożonej przez siebie oferty. Według Odwołującego, Fehlings w sposób dorozumiany zmienił treść swojej oferty, nie informując Zamawiającego o dokonanej zmianie i „rezygnacji” z podmiotu trzeciego dla zakresu branży drogowej oraz o powodach dokonania takiej zmiany. Odwołujący podnosił, że możliwe jest uznanie, że w zaistniałych okolicznościach faktycznych mamy do czynienia ze złożeniem przez Fehlings albo dwóch ofert (każda odmiennej treści), albo że nastąpiła nieuprawniona zmiana treści oferty złożonej przez Fehlings. W konsekwencji zasadnym byłoby odrzucenie oferty Fehlings. Jeśliby zaś Izba nie podzielała poglądu Odwołującego i uznała takie odrzucenie oferty jako przedwczesne, to zdaniem Odwołującego, obligatoryjne powinno być nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie ponownego badania oferty pod kątem tego, czy Fehlings złożył dwie oferty, albo czy nie nastąpiła zmiana treści oferty złożonej przez Fehlings.

Izba nie podzieliła powyższej argumentacji. Zgodnie z art. 118 ust. 1 - 3 ustawy Pzp 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. 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. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz

z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio 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.

Zatem, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, wykonawca może powołać się na zasoby podmiotu trzeciego. W tym celu winien złożyć zobowiązanie podmiotu trzeciego. Brak złożenia takiego zobowiązania skutkuje utratą możliwości powołania się w toku postępowania na zasoby podmiotów trzecich. Przepisy ustawy Pzp nie zabraniają wykonawcy rezygnacji z korzystania z uprzednio zgłoszonego na etapie składania ofert podmiotu trzeciego w toku postępowania i ostatecznie powołania się na własne doświadczenie w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu. Art. 123 ustawy Pzp stanowi jedynie, że wykonawca nie może powołać się na własne doświadczenie w ofercie, a następnie dokonać po upływie terminu składania ofert zmiany na doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby.

Ponadto, skoro wykonawca ma możliwość zamiany (zastąpienia) podmiotu na zasoby, którego powoływał się na etapie badania i oceny oferty na inny podmiot, to uznać należy, że może w ogóle zrezygnować z korzystania z zasobów podmiotów trzecich. Takie działanie może mieć miejsce zwłaszcza w przypadku, gdy po upływie terminu składania ofert, wykonawca zacznie sam spełniać dany warunek dotyczący doświadczenia, postawiony przez zamawiającego. Przystępujący zrezygnował jedynie z jednego z podmiotów trzecich, na zdolności którego powołał się. Izba podziela także stanowisko, wskazujące na możliwość samodzielnej zmiany podmiotu trzeciego na zasób własny bez uprzedniego wezwania zamawiającego.

Dlatego też Izba uznała, że nie doszło do złożeniu dwóch ofert, nie dokonano także niedopuszczalnej zmiany oferty.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt), pkt 1- 2) oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że nie doszło do naruszenia zasady przejrzystości, jawności oraz równego traktowania wykonawców, w kontekście zarzutów podnoszonych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....