

**WYROK**  
**z dnia 13 lipca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** **Anna Packo**  
**Aleksandra Patyk**  
**Irmina Pawlik**

**Protokolant:** **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2021 r. przez wykonawcę

**T. K. zarządcę sukcesyjnego przedsiębiorstwa Zakład Usług Remontowo-Produkcyjnych „KOGA” B. K. w spadku z siedzibą w Gdańsku**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Gdański Zarząd Dróg i Zieleni z siedzibą w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy **ABES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Leźnie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża T. K. zarządcę sukcesyjnego przedsiębiorstwa Zakład Usług Remontowo-Produkcyjnych „KOGA” B. K. w spadku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez T. K. zarządcę sukcesyjnego przedsiębiorstwa Zakład Usług Remontowo-Produkcyjnych „KOGA” B. K. w spadku tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) 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**

Zamawiający – Gdański Zarząd Dróg i Zieleni prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na remont i utrzymanie dróg na terenie miasta Gdańska z wyłączeniem nawierzchni bitumicznych – 5 obszarów” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 28 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 252-634541. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

### I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – T. K., zarządca sukcesyjny przedsiębiorstwa w spadku związanego z kontynuacją po śmierci przedsiębiorcy B. K. działalności gospodarczej ujętej w CEIDG pod firmą Zakład Usług Remontowo-Produkcyjnych „KOGA” B. K. w spadku wniósł odwołanie w zakresie obszaru V – Przymorze, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ABES Sp. z o.o. z uwagi na niewykazanie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia,
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ABES Sp. z o.o., pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, mające istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu,
3. art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ABES Sp. z o.o., pomimo że doszło do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji pomiędzy wykonawcą ABES Sp. o.o. a wykonawcą DROGOMOST Sp. z o.o.,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że treść oferty ABES Sp. z o.o. odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

5. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że oferta ABES Sp. z o.o. nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, w postaci wskazania podwykonawcy, którego oferta została wybrana w innej części postępowania, co pozostawało w sprzeczności z postanowieniami rozdziału I punkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji

6. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez brak rzetelnej oceny oferty Odwołującego. Odwołujący wniósł o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym,
2. rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
  - a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
  - b) wykluczenia wykonawcy ABES Sp. z o.o. z postępowania,
  - c) odrzucenia oferty wykonawcy ABES Sp. z o.o. z postępowania,
  - d) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą,
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem III punkt 3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącym warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- 1) wykażą, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:
  - a) wykonali nawierzchnie drogowe przy zastosowaniu prefabrykowanych elementów betonowych w ilości min. 10.000 m<sup>2</sup>,
  - b) wykonali nawierzchnie drogowe przy zastosowaniu elementów kamiennych, takich jak kostka kamienna, brukowiec, w ilości min 1.000 m<sup>2</sup>,
  - c) wykonali montaż lub remont znaków drogowych pionowych o wartości min. 300.000 zł brutto,
  - d) wykonali oznakowanie poziome na powierzchni min. 20.000 m<sup>2</sup>, w tym na terenie miast co najmniej na prawach powiatu na powierzchni min. 15.000 m<sup>2</sup>,

e) wykonali prace utrzymaniowe nawierzchni drogowych przez okres min. 12 miesięcy w miastach o liczbie ludności min. 100.000 za łączną kwotę min. 500.000 zł brutto.

Zamawiający przez prace utrzymaniowe nawierzchni drogowych rozumie wykonywanie czynności naprawy nawierzchni jezdni lub chodników z wyłączeniem naprawy nawierzchni bitumicznych.

W celu spełnienia określonego w rozdziale III punkt 3. lit. e specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunku wykonawca ABES Sp. z o.o. wskazał, że będzie polegać na zasobach podmiotu trzeciego – WodKan G. Sp. z o.o. W ramach uzupełnienia dokumentów Przystępujący wskazał, że podmiot ten wykonał roboty awaryjno-naprawcze na miejskiej sieci kanalizacji deszczowej wraz z odtworzeniem nawierzchni w ramach umowy ZD/379/DZ/141-W/2015 z 13.11.2015 r., zawartej z Zarządem Dróg i Zieleni w Gdyni. Do oferty dołączono poświadczenie z 30.01.2018 r., z którego nie wynikało wykonanie jakichkolwiek prac utrzymaniowych nawierzchni drogowych. Ponadto do oferty dołączono poświadczenie z 24.02.2021 r., które miało uszczegółwić poświadczenie z 30.01.2018 r. i stanowić dowód, że w ramach podanych uprzednio kwot wykonano roboty związane z doprowadzeniem do stanu pierwotnego jezdni, chodników, trawników i poboczy za kwotę powyżej 500.000 zł brutto w każdym roku.

W ocenie Odwołującego, powołując się na zasoby WodKan G. Sp. z o.o., wykonawca ABES Sp. z o.o. przedstawił informacje niezgodne z prawdą (rzeczywistością), które wprowadziły Zamawiającego w błąd, polegający na przyjęciu przez Zamawiającego, że wykonawca ABES Sp. z o.o. nie podlega wykluczeniu. Już na etapie przedłożenia poświadczeń z 30.01.2018 r. oraz z 24.02.2021 r. miał wiedzę, że zasoby podmiotu trzeciego nie mogą doprowadzić do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, mimo to postanowił o jego wskazaniu jako podwykonawcy. W ocenie Odwołującego już na tym etapie postępowania Zamawiający był obowiązany do wykluczenia wykonawcy ABES Sp. z o.o. z postępowania, który był zobowiązany złożyć dokumenty odpowiadające prawdzie (rzeczywistości).

W przedmiotowej sprawie Zamawiający odstąpił od wykluczenia wykonawcy z uwagi na treść art. 22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednakże należy odróżnić sytuację, w której zdolności zawodowe nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, np. wykonawca nie ma wiedzy, czy podmiot, na którego zasoby się powołuje, faktycznie spełnia warunki udziału od sytuacji, od tej, która wystąpiła w toczącym się postępowaniu. Wykonawca ABES Sp. z o.o. mając wiedzę o doświadczeniu podwykonawcy WodKan G. Sp. z o.o. miał świadomość, że nie może się skutecznie powołać na udostępniane zasoby, a mimo to przedłożył informacje nieodpowiadające prawdzie, dotyczące warunku udziału w postępowaniu, co niewątpliwie ma istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Niewątpliwie wykonawca jako profesjonalista powinien dokonywać weryfikacji podmiotów, na których zasoby się powołuje, a w przypadku

stwierdzenia, że może dojść do wprowadzenia w błąd Zamawiającego, powinien odstąpić od złożenia oferty, bądź wykazać spełnianie warunków udziału poprzez powołanie się na inny podmiot. Wykonawca rzetelny to wykonawca przedstawiający zamawiającemu prawdziwe, zgodne ze stanem faktycznym informacje. Naganność podania zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd jest oczywista i nie może podlegać dyskusji. Jak wskazał Sąd Najwyższy, wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny. Jego zastosowanie w praktyce polega najpierw na dokonaniu wyboru modelu ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania się dłużnika z takim wzorcem postępowania. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można osobie zobowiązanej postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków decyduje nie tylko niezgodność jego postępowania z modelem, lecz także uwarunkowana doświadczeniem życiowym możliwość/powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania. Miernik postępowania dłużnika, którego istota tkwi w zaniechaniu dołożenia staranności, nie może być formułowany na poziomie obowiązków nie dających się wyegzekwować, oderwanych od doświadczeń i konkretnych okoliczności (sygn. akt V CK 311/02).

W związku z brakiem reakcji ze strony Zamawiającego Odwołujący pismem z 16.04.2021 r., poinformował go o zaistnieniu przesłanek do wykluczenia wykonawcy ABES Sp. z o.o. z postępowania z uwagi na przedstawienie Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd. Zamawiający skierował do wykonawcy pismo datowane na 14.04.2021 r., w którym stwierdził brak doświadczenia wykonawcy w wykonaniu prac utrzymaniowych nawierzchni drogowych w zakresie określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał go do złożenia nowego wykazu robót wraz z dowodami w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca ABES wskazał w nowym wykazie wykonawcę DROGOMOST Sp. z o.o., którego oferta została wybrana ofertą najkorzystniejszą w części IV toczącego się postępowania (Wrzeszcz). Zgodnie z punktem I.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych na jeden dowolnie wybrany obszar od I do V. W związku z powyższym Zamawiający wezwał wykonawcę ABES Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu realizacji zamówienia przez podmiot trzeci DROGOMOST Sp. z o.o.

Wykonawca ABES Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedłożył pismo z 12.05.2021 r. wykonawcy DROGOMOST Sp. z o.o., w którym podmiot ten wskazał, że wykazuje gotowość do realizacji zamówienia w części IV, jak i w części V, w zakresie wynikającym z przedłożonego wykazu, jak i przedmiotu zamówienia. We wskazanym piśmie i zobowiązaniu wykonawca DROGOMOST Sp. z o.o. deklaruje wprost realizację zamówienia

jako podwykonawca w części związanej z utrzymaniem nawierzchni drogowych w wymaganym zakresie przez cały okres wykonywania zamówienia.

W przedmiotowej sprawie zaistniały przesłanki do wykluczenia wykonawcy ABES Sp. z o.o. i wykonawcy DROGOMOST Sp. z o.o., który, wchodząc niewątpliwie w porozumienie z wykonawcą ABES Sp. z o.o., zobowiązał się do realizacji części V postępowania jako podwykonawca, czym naruszył zakaz ustanowiony przez Zamawiającego, który ograniczył wykonawcom możliwość składania oferty do jednej części postępowania (pkt I.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Tym samym obaj wykonawcy doprowadzili do naruszenia zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu poprzez zawarcie porozumienia, które miało na celu obejście zasad określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Mając na względzie fakt, że przedmiotem zamówienia jest remont i utrzymanie dróg na terenie Miasta Gdańska z wyłączeniem nawierzchni bitumicznych, a wykonawca DROGOMOST Sp. z o.o. zobowiązał się do realizacji zamówienia w tym zakresie zarówno w części IV, jak i V postępowania, nie ulega wątpliwości, że wskazane postępowanie nie było dopuszczone postanowieniami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Także przedłożone przez wykonawcę ABES Sp. z o.o. wyjaśnienia świadczą o fakcie, że podwykonawca DROGOMOST Sp. z o.o. będzie realizował całość inwestycji na obu obszarach, do czego jest zobowiązany na podstawie art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym część IV i V postępowania byłaby realizowana przez jednego wykonawcę.

Niezależnie od uwzględnienia odwołania w zakresie wykluczenia wykonawcy ABES Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16, 17 lub 20 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie ma on możliwości powoływania się na zasoby podmiotu, który podlega wykluczeniu. W konsekwencji powyższych ustaleń konieczne będzie wykluczenie wykonawcy ABES Sp. z o.o. z uwagi na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i niemożność ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie.

Nie sposób też uznać oferty wykonawcy ABES Sp. z o.o. za zgodą ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w sytuacji, kiedy podwykonawcą istotnej części zamówienia ma być podmiot realizujący inną część zamówienia, wbrew literalnym postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co w konsekwencji powinno prowadzić do odrzucenia złożonej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższy stan faktyczny nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w postaci umożliwienia realizacji zamówienia podmiotowi, który mógł wykonywać tylko jedną część

## II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający podniósł, że wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania należy stosować tylko w przypadkach, kiedy Zamawiający może, w sposób niebudzący wątpliwości, wskazać nieprawdziwą informację (wprowadzającą w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu), pod wpływem której dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W sytuacji, gdy Zamawiający nie dochowa staranności przy ocenie oświadczeń i dokumentów, choćby nieścisłość w oświadczeniu wykonawcy była łatwa do zauważenia i mogła zostać wyjaśniona, uznanie, iż zachodzi podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania, może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Aby zapewnić transparentność czynności Zamawiającego i ograniczyć ryzyko wywiedzenia nieprawidłowych ocen, wszelkie niejasności powinny być wyjaśnione przed podjęciem decyzji, na właściwym etapie postępowania.

Zamawiający w omawianej sprawie dokonał stosownej oceny przedłożonych dokumentów i zgodnie z obligatoryjną dyspozycją wynikającą z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w zakresie wymaganego doświadczenia. W uzasadnieniu do wezwania Zamawiający wskazał podstawy prawne i faktyczne swojego wystąpienia do wykonawcy i braku uznania doświadczenia za wystarczające. W przypadku braku uznania za wystarczające dowodów przedkładanych przez wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu ustawa nakazuje wezwanie wykonawcy do ich skorygowania i uzupełnienia, tak, aby zyskały poprawną formę i treść. Zamawiającemu znane jest stanowisko wypracowane w orzecznictwie, iż złożenie nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych od wykonawców w tym trybie. Jednak nie ma tu mowy o nieprawdziwych informacjach, gdyż przedstawione informacje odzwierciedlały stan faktyczny opisany w dokumentach. Aby wykluczyć wykonawcę z powodu podania nieprawdziwych informacji, zamawiający musi zostać wprowadzony w błąd. Błąd to rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości podmiotu. Może on polegać na fałszywym wyobrażeniu istnienia pewnych okoliczności lub cech stanu rzeczy, które w rzeczywistości nie występują, lub na nieświadomości występujących w rzeczywistości okoliczności. Wprowadzenie w błąd może być wywołane zarówno przedstawieniem informacji obiektywnie nieprawdziwych (fałszywych), jak też przedstawieniem informacji obiektywnie prawdziwych, lecz wywołujących mylne wyobrażenie u zamawiającego. Przedstawione informacje nie spowodowały u Zamawiającego mylnego wyobrażenia, gdyż oceniając dokumenty Zamawiający miał świadomość ich treści oraz wezwał wykonawcę o uzupełnienie



dokumentów w zakresie doświadczenia. Wprowadzenie w błąd musi nastąpić w sposób zawiniony. Z treści art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy klasycznej wynika, że z postępowania można wykluczyć tylko wykonawcę winnego poważnego wprowadzenia w błąd. Zgodnie z orzecznictwem TSUE pojęcie „winy poważnego” wprowadzenia w błąd obejmuje zarówno winę umyślną, jak i niedbalstwo. Chodzi przy tym o taki stopień niedbalstwa, które może mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego.

Zamawiający nie podjął decyzji o wyborze wykonawcy na podstawie pierwotnych informacji od wykonawcy. Podjął je świadomie, po potwierdzeniu wymaganego doświadczenia, w efekcie złożenia poprawnie uzupełnionych dokumentów. Błędnie podana informacja nie wywołała zatem skutku w postaci błędnej oceny stanu faktycznego u odbiorcy tej informacji, czyli u Zamawiającego. Zatem Zamawiający nie został wprowadzony w błąd.

Polski ustawodawca doprecyzował pojęcie „winy poważnego wprowadzenia w błąd”, wskazując na konieczność zaistnienia dwóch przesłanek. Po pierwsze, wprowadzenie w błąd musi być wynikiem „zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa”. Po drugie, wprowadzenie w błąd miało lub mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Posługując się pojęciami zamierzonego działania oraz rażącego niedbalstwa, ustawodawca chciał objąć wykluczeniem tylko takie przypadki wprowadzenia w błąd, które podważają rzetelność (wiarygodność, uczciwość i staranność) wykonawcy, przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności. Dlatego nie każdy przypadek nieprawidłowości przy przedstawianiu informacji, iż wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, musi być uznany za przypadek poddający w wątpliwość rzetelność wykonawcy. W efekcie tak restrykcyjnego podejścia, jakie proponuje Odwołujący, do oceny podania informacji w sposób odmienny niż oczekiwaliby tego Zamawiający, otrzymalibyśmy konieczność wykluczania każdego wykonawcy, bez względu na to, czy przedłoży dokumenty nieprecyzyjne, nie przedłoży ich lub omyłkowo przedłoży niewłaściwe. Takie podejście, prezentowane przez Odwołującego, przeczyłoby dyspozycji art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, który dają wykonawcy szansę uzupełnić wady lub braki dokumentów. Wykonawca nie jest winny wprowadzenia w błąd Zamawiającego, jeżeli oświadczenie, iż nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, składa w dobrej wierze, czyli błędnym, ale usprawiedliwionym przekonaniu, że nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia i spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Pod uwagę należy w szczególności wziąć sposób sformułowania przez Zamawiającego warunków uczestnictwa w postępowaniu i na tym tle również rozważyć zasadność przekonania wykonawcy, że jego sytuacja oraz posiadane przez niego zdolności kwalifikują go do udziału w postępowaniu. Ponieważ technologia wykonania nawierzchni z kostki

kamiennej lub brukowej nie różni się niczym ze względu na przyczynę powstania uszkodzenia nawierzchni, wykonawca miał prawo uznać, i zapewne uznał, iż wykonanie prac odtworzeniowych nawierzchni zostanie uznane za wystarczające dla potwierdzenia wymaganego doświadczenia w wykonywaniu tego rodzaju prac w ramach umów utrzymaniowych nawierzchni. W powyższej argumentacji oraz z treści dokumentów złożonych przez wykonawcę ABES Sp. z o.o. wynika, iż podmiot ten mógł błędnie odczytać intencje Zamawiającego w sformułowaniu warunku i dobrać niewłaściwe dokumenty celem wykazania stosownego doświadczenia.

Odwołujący, aby skorzystać z dyspozycji artykułu 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, winien wykazać, w oparciu o niebudzące wątpliwości dowody, spełnienie przez czynność wykonawcy wszystkich przesłanek wymienionych w przepisach. Sam fakt podniesienia wątpliwości w tym zakresie nie może być podstawą do uznania zasadności postawionego zarzutu. Ponadto z faktu, iż złożone informacje w formie wykazu robót nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie można wnioskować o złożeniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma charakter cywilnoprawny. Pojęcie lekkomyślności użyte w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest znane prawu cywilnemu. Doktryna prawa karnego definiuje lekkomyślność jako postać winy nieumyślnej (świadoma wina nieumyślna), stan, w którym sprawca przewiduje możliwość popełnienia czynu zabronionego, ale bezpodstawnie przypuszcza, że popełnienia tego czynu uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności. Natomiast niedbalstwo zarówno na gruncie prawa karnego, jak i prawa cywilnego, jest nieumyślną postacią winy. Niedbalstwo rozumiane cywilistycznie polega na niedołożeniu należytej staranności. Przenosząc te rozważania na grunt przepisów ustawy należy uznać, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć miejsce, gdy wykonawca nie wykazując profesjonalizmu wymaganego od uczestnika rynku zamówień publicznych przedstawia informacje niezgodne z rzeczywistością, w oparciu o które zamawiający dokonuje czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie można mieć wątpliwości, że przywołany przepis ma na celu ochronę uczciwej konkurencji podczas ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz sprzyja wykonawcom zachowującym należyłą staranność w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W omawianym stanie faktycznym, ciężko stwierdzić jakoby wykonawca przedstawił informacje niezgodne ze stanem faktycznym. Informacje przedstawione przez wykonawcę nie miały istotnego wpływu

na dokonaną ocenę ofert ani na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w tym postępowaniu. Wprowadzenie w błąd w zaistniałej sytuacji nie wystąpiło też, gdyż Zamawiający nie dokonał wyboru oferty na podstawie pierwotnie złożonych dokumentów, lecz na podstawie dokumentów prawidłowo uzupełnionych przez wykonawcę. Wobec czego nie ma podstaw do podnoszenia zarzutów jakoby Zamawiający został wprowadzony w błąd. Art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych posługuje się zwrotem w formie dokonanej „wprowadził w błąd”, zatem podstawą wykluczenia nie może być sama próba bądź zamiar wprowadzenia zamawiającego w błąd, a jedynie faktyczne wywołanie mylnego wyobrażenia o faktach dotyczących kwestii podlegania wykluczeniu wykonawcy, spełnienia warunków udziału.

Zamawiający uznał ostatecznie, że nie ma podstaw ani dowodów do przypisania takich czynów wykonawcy. Wykonawca nie wprowadził Zamawiającego w błąd, Zamawiający podejmował wszelkie decyzje z pełną świadomością oraz na podstawie przedłożonych dokumentów. Treść dokumentów była wielokrotnie analizowana i została uznana za prawdziwą. Wykonawca w dokumentach przedłożonych na wezwanie zamieścił informacje zgodne ze stanem faktycznym, wynikało to zarówno z wykazu robót, jak i załączonych referencji i dodatkowego poświadczenie inwestora.

Zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytania zadane przez wykonawców w przedmiotowej sprawie, w odpowiedzi na pytanie nr 111 z 22.01.2021 r. wskazał możliwość oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia w innym obszarze. Zamawiający zastrzegł, że taki podmiot/wykonawca musi się liczyć z koniecznością udowodnienia Zamawiającemu, iż realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami na potrzeby własne oraz podmiotu, któremu użyczy potencjał. Zamawiający opublikował wspomniane odpowiedzi, zgodnie z przepisami, na stronie internetowej prowadzonego postępowania, wobec czego były one jawne i dostępne każdemu podmiotowi. Zamawiający, w ślad za udzieloną odpowiedzią, nie mógł dokonać oceny przedkładanych dokumentów w sposób odmienny, tak jak wskazuje i chce Odwołujący. Zamawiającemu nie jest znana podstawa do stawiania zarzutów przez Odwołującego o treści wskazanej w odwołaniu wobec tak jednoznacznie sprecyzowanych zapisów i braku uregulowania takich zakazów wprost w ustawie Prawo zamówień publicznych. To Zamawiający decyduje, w jaki sposób dokona oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i sposób ten nie był kwestionowany na wcześniejszym etapie postępowania.

Zakaz składania ofert na więcej niż jeden obszar dotyczył wykonawców. Zgodnie z definicją zawartą w ustawie Prawo zamówień publicznych wykonawca nie jest podmiotem trzecim użyczającym zasób ani nie jest podwykonawcą. Bez względu, czy dany podmiot porozumie się z wykonawcą i będzie realizował dla niego pewien zakres, czy część danego

zamówienia, to nie można twierdzić, jakoby w ten sposób złożył ofertę na ten zakres analogicznie jakby był wykonawcą i w ten sposób omijał zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Podwykonawca lub podmiot trzeci, który w pewnych okolicznościach stanie się podwykonawcą w omawianej sprawie nigdy nie będzie realizował całości zamówienia przewidzianego dla całego zakresu. Realizacja całego zamówienia składa się z wielu odmiennych od siebie czynności i do każdej z nich wymagane było wykazanie stosownego doświadczenia. Firma DROGOMOST Sp. z o.o. użyczyła doświadczenia w ograniczonym zakresie, wobec czego nie będzie automatycznie realizować całego przedmiotu umowy, jak błędnie wywodzi Odwołujący.

Zgodnie z wyrokiem TSUE w sprawie C-210/20 z 3 czerwca 2021 r. instytucja zamawiająca sprawdza, zgodnie z art. 59, 60 i 61 dyrektywy 2014/24/UE, czy podmioty, na których zdolności wykonawca zamierza polegać, spełniają odpowiednie kryteria kwalifikacji, i czy istnieją podstawy wykluczenia na mocy art. 57. Instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia. Art. 63 dyrektywy 2014/24/UE ustanawia obowiązek zastąpienia przedsiębiorstwa pomocniczego za każdym razem, gdy zachodzą wobec niego obowiązkowe podstawy wykluczenia, niezależnie od ich charakteru. Art. 63 dyrektywy 2014/24 w związku z art. 57 ust. 4 lit. h) tej dyrektywy oraz w świetle zasady proporcjonalności należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, na mocy którego instytucja zamawiająca powinna automatycznie wykluczyć oferenta z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, w przypadku gdy przedsiębiorstwo pomocnicze, na którego zdolności zamierza on polegać, złożyło nieprawdziwe oświadczenie co do istnienia prawomocnych wyroków skazujących, bez możliwości wymagania w podobnym przypadku od tego oferenta zastąpienia owego podmiotu, lub przynajmniej zezwolenia wykonawcy na jego zastąpienie.

Analogicznie krajowe ustawodawstwo nie odbiega od ww. reguł, wobec czego Zamawiający uznał, iż w przypadku skorzystania przez wykonawcę ABES Sp. z o.o. z potencjału podmiotu trzeciego, nawet gdyby zostało ono ocenione negatywnie, istniała obiektywna przesłanka do wezwania tego wykonawcy o wykazanie nowego doświadczenia, własnego lub użyczonego od podmiotu trzeciego. Treść art. 22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych jest na tyle jasna i precyzyjna, iż nie wymaga dodatkowych wyjaśnień, a zarzut Odwołującego w zakresie niemożliwości zmiany podmiotu udostępniającego zasoby jest niezasadny.

Pozostałe zarzuty postawione przez Odwołującego Zamawiający traktuje jako pochodne zarzutów dotyczących naruszenia art. 24 ust.1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych.

### III Stanowisko przystępującego ABES Sp. z o.o.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ABES Sp. z o.o.

Przystępujący wskazał, iż złożył dokumenty, które odpowiadały prawdzie i nie miał woli wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Zamawiający dokonał sprawdzenia tych dokumentów i zażądał wyjaśnień oraz uzupełnienia. Nie ma tu więc przedstawienia informacji nieprawdziwych albo zatajenia informacji. Zarzut taki można byłoby postawić każdemu wykonawcy, który został wezwany do wyjaśnień albo uzupełnienia dokumentów. Informacja niezgodna z prawdą to informacja nieprawdziwa, natomiast wprowadzenie w błąd powinno być celowe lub w wyniku rażącego niedbalstwa, czego Odwołujący nie wykazał. Odwołujący nie przedstawił przekonującego uzasadnienia swojego zarzutu.

Zamawiający potwierdził możliwość posłużenia się podmiotem, który złożył ofertę, zatem Przystępujący miał prawo działać w zaufaniu do specyfikacji i wyjaśnień. Spółka DROGOMOST ma duży niewykorzystany potencjał, więc mogła użyczyć swoje zasoby. Przystępujący nie naruszył też zakazu Zamawiającego, ponieważ złożył tylko jedną ofertę. Czym jest oferta, zostało zdefiniowane w Kodeksie cywilnym. Udział podmiotu jako podwykonawcy nie prowadzi do obejścia przepisów, co potwierdza wyrok KIO 678/15. Zamawiający nie naruszył także uczciwej konkurencji, ponieważ wybrał ofertę najkorzystniejszą cenowo przy zachowaniu standardu usługi. Brak możliwości powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego stanowi o niemożliwości udziału małych podmiotów w realizacji zamówień.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

### IV Stanowisko Izby

Rozpatrując złożone odwołanie Izba na wstępie stwierdziła, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) do czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), natomiast do postępowania odwoławczego przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021, poz. 1229).

Izba stwierdziła także, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. Przepis ten stanowi, że środki ochrony prawnej

przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania dotyczący postawionych zarzutów (w szczególności treść oferty Przystępującego, treść oferty wykonawcy DROGOMOST Sp. z o.o. i złożonych przez nich dokumentów oraz treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i udzielonych wyjaśnień jej treści) nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego oraz pism i stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 1 pkt 12, 16, 17, i 20 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przywołane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią:

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia,

16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane kryteriami selekcji, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów,

17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

20) wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Stosownie do dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wskazuje, że zamawiający poprawia w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe i ich konsekwencje rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazuje, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Na wstępie Izba uznała, że – niezależnie od podziału zarzutów w odwołaniu na poszczególne punkty i przyporządkowania im odnośnych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych – Odwołujący w istocie odnosi się do dwóch zagadnień: nieuznania doświadczenia podmiotu Wodkan G. Sp. z o.o., na którego zasoby Przystępujący powołał się w pierwszej kolejności dla wykazania spełnienia warunku opisanego w rozdziale III pkt 3. ppkt 1. lit. e specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz, następnie, nieuprawnionego powołania się na zasoby podmiotu DROGOMOST Sp. z o.o. jako podmiotu użyczającego swoje zasoby.

Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozdział I punkt 1. przedmiotem zamówienia jest remont i utrzymanie dróg na terenie Miasta Gdańska z wyłączeniem nawierzchni bitumicznych w zakresie nawierzchni jezdni i chodników, pionowych i poziomych znaków drogowych ulic podzielonym na 5 obszarów: I OBSZAR – Śródmieście, II OBSZAR – Wschód, III OBSZAR – Oliwa, IV OBSZAR – Wrzeszcz, V OBSZAR – Przymorze.

W rozdziale I punkt 5. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że dopuszcza składanie ofert częściowych na jeden dowolnie wybrany obszar od I do V.

W rozdziale III punkt 3. „Zdolność techniczna i zawodowa” ppkt 1. Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

a) wykonali nawierzchnie drogowe przy zastosowaniu prefabrykowanych elementów betonowych w ilości min. 10.000 m<sup>2</sup>,

b) wykonali nawierzchnie drogowe przy zastosowaniu elementów kamiennych, takich jak kostka kamienna, brukowiec, w ilości min 1.000 m<sup>2</sup>,

c) wykonali montaż lub remont znaków drogowych pionowych o wartości min. 300.000 zł brutto,

d) wykonali oznakowanie poziome na powierzchni min. 20.000 m<sup>2</sup>, w tym na terenie miast co najmniej na prawach powiatu na powierzchni min. 15.000 m<sup>2</sup>,

e) wykonali prace utrzymaniowe nawierzchni drogowych przez okres min. 12 miesięcy w miastach o liczbie ludności min. 100.000 za łączną kwotę min. 500.000 zł brutto.

Zamawiający przez prace utrzymaniowe nawierzchni drogowych rozumie wykonywanie czynności naprawy nawierzchni jezdni lub chodników z wyłączeniem naprawy nawierzchni bitumicznych. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia mogą spełnić te warunki wspólnie jednakże min. 1 wykonawca musi spełnić warunków wskazany w lit. od a) do e) z osobna.

W rozdziale IV „Opis sposobu spełnienia warunków przez podmioty trzecie” Zamawiający wskazał, że 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 innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Zamawiający ocenia, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13–22. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym



należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający żąda dokumentów, które określają w szczególności: zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu; sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia publicznego; zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego; czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów i oświadczeń potwierdzających brak podstaw do wykluczenia. Wymóg złożenia JEDZ dotyczy również podwykonawców i dalszych podwykonawców nawet jeżeli podwykonawca nie jest podmiotem, na którego zdolnościach lub sytuacji wykonawca polega na zasadach określonych w art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych.

W rozdziale V specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Wykaz oświadczeń, dokumentów składanych przez wykonawcę w postępowaniu w celu potwierdzenia spełnienia warunków i braku podstaw do wykluczenia” Zamawiający wymienił:

1. Aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (zwanego dalej JEDZ): Zamawiający informuje, iż wykonawca, wypełniając JEDZ w części IV, może ograniczyć się do sekcji  $\alpha$  (alfa). Zatem w przypadku, gdy wykonawca w części IV wybierze odpowiedź „tak”, nie musi on wypełniać żadnej z pozostałych sekcji części IV formularza dotyczącego kryteriów kwalifikacji.
2. Dokumenty składane na wezwanie Zamawiającego – m.in. wykaz robót wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy zostały wykonane należyście, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone (w ppkt 4.).

W Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (JEDZ), część IV: Kryteria kwalifikacji sekcja  $\alpha$  „Ogólne oświadczenie dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji”: Spełnia wymagane kryteria kwalifikacji, Przystępujący zaznaczył „TAK”, sekcji C: „Zdolność techniczna i zawodowa” nie wypełniał.

Na wezwanie Zamawiającego z 17 marca 2021 r. Przystępujący przedłożył m.in. wykaz robót, w którym w punkcie 5. wskazał jako „Prace utrzymaniowe nawierzchni drogowych” (tj.

wymóg rozdziału III punkt 3. ppkt 1 lit. e specyfikacji istotnych warunków zamówienia) usługi obejmujące roboty awaryjno-naprawcze na miejskiej sieci kanalizacji deszczowej na terenie miasta Gdynia, wykonawca: WodKan G. Sp. z o.o., wartość brutto: 1.000.000,00 zł, okres realizacji: 1.01.2016 r. - 31.05.2017 r., odbiorca: Zarząd Dróg i Zieleni w Gdyni. Do wykazu załączył dwa pisma Zarządu Dróg i Zieleni w Gdyni:

1) pismo z 30 stycznia 2018 r., w którym Zarząd potwierdzał, że Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „WOD-KAN-G.” Sp. z o.o. w oparciu o umowę nr ZD/379/DZ/141-W/2015 (zawartą na okres od dnia 13.11.2015 r. do dnia 31.12.2017 r.) realizowało w latach 2015 - 2017 usługi obejmujące roboty awaryjno-naprawcze na miejskiej sieci kanalizacji deszczowej na terenie miasta Gdyni. Zakres prac obejmował roboty awaryjno-naprawcze na kanałach (zarówno w wykopie otwartym jak i bezwykopowo), przykanalikach, przyłączach, wpustach ulicznych, studniach rewizyjnych, separatorach, piaskownikach, korytach spływowych, rowach otwartych i zbiornikach retencyjnych wraz z doprowadzeniem nawierzchni (jezdni, chodnik, trawnik, pobocze) do stanu pierwotnego. Wyremontowano i dobudowano: 384 kpl. wpustów ulicznych wraz z przykanalikami dn 200 o łącznej długości 501 m, 188 kpl. studni rewizyjnych, 65,5 m odwodnień liniowych, 2093 m kanałów sieci kanalizacji deszczowej o średnicach 0,25 - 0,8 m w otwartych wykopach, 207 m kanałów sieci kanalizacji deszczowej metodą bezwykopową w technologii rękawa z włókna szklanego utwardzonego promieniami UV o średnicach 0,6 - 0,7 m. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „WOD-KAN-G.” Sp. z o.o. dysponuje kadrą techniczną i sprzętem niezbędnym do realizacji ww. prac. Wartość usług wykonywanych przez przedsiębiorstwo Wielobranżowe „WOD-KAN-G.” Sp. z o.o. w oparciu o ww. umowę wyniosła: w roku 2015 – 280.152,13 zł brutto, w roku 2016 – 4.160.922,70 zł brutto, w roku 2017 (do dnia 31.05.2017) – 2.560.010,21 zł brutto. Ww. roboty zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

2) pismo z 24 lutego 2021 r., w którym Zarząd Dróg i Zieleni w Gdyni potwierdzał, że firma WODKAN-G. Sp. z o.o. w oparciu o umowę nr ZD/379/DZ/141-W/2015 z dnia 13.11.2015 r. wykonała w latach 2016 i 2017 w ramach podanych w poświadczeniu kwot roboty związane z doprowadzeniem do stanu pierwotnego jezdni, chodników, trawników i poboczy za kwotę powyżej 500.000 zł brutto w każdym roku – nie wliczając w to wartości nawierzchni bitumicznych.

Zamawiający nie uznał ww. doświadczenia za odpowiadające warunkowi udziału w postępowaniu wskazanemu w rozdziale III punkt 3 ppkt 1 lit. e specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do powyższej sytuacji Izba nie stwierdziła przedstawienia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji, czy też informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd. To, że dana realizacja nie spełniała wymogów Zamawiającego, pomimo że Przystępujący tak uważał i tak wskazał w JEDZ (sekcja α: „Spełnia wymagane kryteria kwalifikacji: TAK”), nie jest jeszcze równoznaczne ze złożeniem nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd).

Należy zauważyć, że same ogóle oświadczenia wykonawców o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu wymogów opisu przedmiotu zamówienia, czy zapoznaniu się z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i złożeniu oferty zgodnie z nią – jeśli następnie okaże się, że wykonawca nie spełnia warunków lub podlega wykluczeniu, jego oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub też wykonawca nie zapoznał się treścią specyfikacji tak dogłębnie, jak powinien lub nieprawidłowo ją zinterpretował – nie przesądzają jeszcze o złożeniu w ich treści nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd). Nie są to bowiem oświadczenia przesądzające o ocenie oferty wykonawców – z tego też powodu w postępowaniach wymagane są konkretne dokumenty, w których te oświadczenia są uszczegóławiane, jak zaświadczenia urzędowe, wykazy dostaw/usług/robót budowlanych/osób/sprzętu, formularze cenowe, opisy techniczne, certyfikaty itd.

Przystępujący, w dokumentach wymaganych przez Zamawiającego dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. wykazie robót oraz załączonym poświadczeniu z 30 stycznia 2018 r. i 24 lutego 2021 r., wskazał konkretną realizację i zakres prac, którego dotyczyła – który to zakres nie był kwestionowany jako prawdziwy – na podstawie których Zamawiający mógł ocenić wykazywane doświadczenie i ocenił je negatywnie, tj. jako niespełniające wymogów.

Tym samym przedstawione informacje nie spełniają przesłanek wykluczenia zawartych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pozostałe zarzuty odwołania dotyczą nieprawidłowego, zdaniem Odwołującego, powołania się przez Przystępującego na zasoby podmiotu DROGOMOST Sp. z o.o.

Wobec nieuznania przez Zamawiającego powyższej realizacji wykonywanej przez spółkę WodKan G. Sp. z o.o., na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Przystępujący, w celu wykazania spełnienia wymogu rozdziału III pkt 3 ppkt 1 lit. e specyfikacji istotnych warunków zamówienia Przystępujący powołał się na zasoby spółki DROGOMOST Sp. z o.o.

Zdaniem Odwołującego, ze względu na fakt, że w rozdziale I pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zastrzegł możliwość złożenia oferty wyłącznie na jeden

obszar, a DROGOMOST Sp. z o.o. – jako wykonawca – złożył ofertę dla obszaru IV, która to oferta następnie została uznana za najkorzystniejszą, powołanie tego podmiotu jako podmiotu, na którego zasoby powołuje się Przystępujący, narusza postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami.

Odwołujący pominął jednak przywołane przez Zamawiającego wyjaśnienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w których w odpowiedzi na pytanie nr 111 z 22 stycznia 2021 r. o treści: „Czy podmiot składający ofertę na tylko jeden obszar może oddać do dyspozycji niezbędne zasoby na potrzeby realizacji zamówienia (o których mowa w rozdziale III pkt 4 SIWZ) podmiotowi składającemu ofertę na inny obszar?” Zamawiający wskazał: „Wykonawca składając ofertę na dany obszar może udostępnić zasoby innemu podmiotowi, jednakże musi liczyć się z koniecznością udowodnienia Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami na potrzeby własne oraz podmiotu, któremu użycza potencjał.”

Uzupełniająco można też przywołać odpowiedź na pytanie nr 112: „Czy podmiot składający ofertę na tylko jeden obszar może wystąpić w konsorcjum i złożyć wspólnie z innym podmiotem, ofertę na inny obszar?”, gdzie Zamawiający wskazał, że „Zgodnie z art. 82 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publiczny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. Oznacza to, że wykonawca może pojawić się tylko raz, niezależnie od tego czy występuje samodzielnie czy jako członek tzw. konsorcjum.”

Należy zauważyć, że ograniczenie liczby zadań, na które wykonawca może złożyć ofertę w danym postępowaniu nie wynika z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych lub też innych aktów prawnych, lecz z indywidualnej decyzji danego zamawiającego w danym postępowaniu, ujawnionej w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia – co wynika wprost z art. 36aa ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części oraz określa w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, a także w zaproszeniu do składania ofert lub w zaproszeniu do negocjacji, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia.

W związku z powyższym dany zamawiający może również określić, w jaki sposób oferta może być dla danych części złożona – również w kontekście powoływania się na zasoby podmiotów trzecich lub wspólnego ubiegania się o zamówienie, jak zrobił to Zamawiający w niniejszym postępowaniu. Zarówno w odniesieniu do przejrzystości postępowania, jak też

uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami istotne jest, aby założenia w tym zakresie znane były z góry wszystkim wykonawcom i dla nich jednakowe.

Tym samym to postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia przesądzają o tym, czy działanie danego wykonawcy jest prawidłowe, czy też nie. Przy tym, co nie jest sporne, wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia mają taką samą wagę jak pierwotna treść specyfikacji.

Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy też naruszenie uczciwej konkurencji między wykonawcami, którego w kontekście zarzutów można by upatrywać w postępowaniu niezgodnym z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mającym na celu obejście jej treści – zależy od treści samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak też udzielonych wyjaśnień jej treści.

Jeden z wykonawców przed złożeniem ofert poprosił o wyjaśnienia w tym zakresie, a Zamawiający wyraźnie zaakceptował takie działanie. Rozwiązanie to nie zostało zakwestionowane przez wykonawców na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W związku z powyższym w niniejszym stanie faktycznym Przystępujący postąpił zgodnie ze schematem dopuszczonym przez Zamawiającego, nie doszło więc ani do niezgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani do działań mających na celu obejście specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani też innych działań naruszających dobre obyczaje, uczciwą konkurencję lub transparentność postępowania.

W związku z powyższym Izba uznała, że również pozostałe zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5, § 8 ust. 2 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).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości przekraczającej

progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 20.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się:

1) wpis, obejmujący:

a) wynagrodzenia, wydatki i opłaty Urzędu związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami członków Izby,

b) wynagrodzenie i zwrot wydatków poniesionych przez biegłych, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę z urzędu, oraz tłumaczy, w przypadku, o którym mowa w art. 548 ustawy,

c) koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę z urzędu;

2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące:

a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę,

b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych,

c) wynagrodzenie biegłych oraz zwrot poniesionych przez nich wydatków, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego,

d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego.

Z kolei § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący.

Z przepisów ww. rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania wynika również, że Izba nie zasądza kosztów postępowania odwoławczego na rzecz przystępującego, poza przypadkami, gdy przystępujący wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Izba zatem nie uwzględniła wniosku Przystępującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów.

Zamawiający nie złożył żadnego wniosku kosztowego. W związku z powyższym Izba uwzględniła uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 20.000 złotych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....