

Sygn. akt: KIO 601/21

WYROK
z dnia 22 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

Członkowie: **Katarzyna Poprawa**

Magdalena Rams

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 18 marca 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2021 roku

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie B. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ORFIX Zakład Usługowy B. O. z siedzibą Tyniec nad Ślężą oraz D. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D. O. DANTEINFO z siedzibą w Świerzowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy PLUS INWEST P. Ź. Spółka Jawna z siedzibą w Żernikach Wrocławskich zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 601/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie B. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ORFIX Zakład Usługowy B. O. z siedzibą Tyniec nad Ślężą oraz D. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D. O. DANTEINFO z siedzibą w Świerzowie i:
 - 1.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie B. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ORFIX Zakład Usługowy B. O. z siedzibą Tyniec nad Ślężą oraz D. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D. O. DANTEINFO z siedzibą w Świerzowie tytułem wpisu od odwołania,

 - 1.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie B. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ORFIX Zakład Usługowy B. O. z siedzibą Tyniec nad Ślężą oraz D. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D. O. DANTEINFO z siedzibą w Świerzowie na rzecz Zamawiającego Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział we Wrocławiu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Zamawiającego Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „*Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon we Wrocławiu w latach 2020-2021 z podziałem na zadania: Zadanie 4 Prace utrzymaniowe*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 sierpnia 2020 roku pod numerem 2020/S 150-368227.

22 lutego 2021 roku działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 oraz art. 515 ust. 1 pkt 1 litera a ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa nowe Pzp”) wz w. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Przepisy Wprowadzające”) odwołujący wniósł odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiający oraz czynności zaniechanych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon we Wrocławiu w latach 2020-2021 z podziałem na zadania: Zadanie o4 Prace utrzymaniowe polegających na:

- wykluczeniu Odwołującego - na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa stare Pzp”) - z udziału w Postępowaniu ze względu na to, że zdaniem Zamawiającego nie spełnia on warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zadania polegającego na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w łącznej ilości nie mniejszej niż 3 000 sztuk, gdyż w ocenie Zamawiającego złożone przez Wykonawcę dokumenty są niewystarczające,
- uznaniu oferty Odwołującego - na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy stare Pzp - za ofertę odrzuconą ze względu na to, iż w ocenie Zamawiającego Odwołujący podlega wykluczeniu z udziału w Postępowaniu z przyczyn, o których mowa,
- dokonaniu oceny ofert i uznaniu oferty PLUS INWEST P. Ź. spółka jawna z siedzibą w Żernikach Wrocławskich jako oferty najkorzystniejszej,
- zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy Odwołujący wykazał, iż spełnia warunki udziału w Postępowaniu, a w

szczególności warunków dotyczący zadania polegającego na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w łącznej ilości nie mniejszej niż 3 000 sztuk, a jego oferta nie podlega odrzuceniu i biorąc pod uwagę przyjęte przez Zamawiającego kryteria oceny ofert jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy stare Pzp przez wykluczenie Odwołującego z udziału w Postępowaniu w sytuacji, gdy Odwołujący za pomocą przedłożonych dokumentów, oświadczeń i wyjaśnień wykazał, że spełnia on warunki udziału w Postępowaniu, a w szczególności warunków w zakresie zadania polegającego na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w łącznej ilości nie mniejszej niż 3 000 sztuk i w związku z tym brak jest podstaw do wykluczenia Odwołującego;
- 2) art. 24 ust. 4 oraz z art. 89 ustawy stare Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy brak jest podstaw do wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu w okolicznościach, o których mowa w pkt 1 i tym samym brak jest podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) art. 7 ust. 3 i art. 91 ust. 1 ustawy stare Pzp przez dokonanie oceny ofert i uznanie oferty PLUS INWEST P. Ź. spółka jawna z siedzibą w Żernikach Wrocławskich jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta ta nie może zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą przy założeniu, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu, ani jego oferta nie podlega odrzuceniu;
- 4) art. 7 ust. 3 i art. 91 ust. 1 ustawy stare Pzp przez zaniechania uznania oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta ta taką jest przy założeniu przy założeniu, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu, ani jego oferta nie podlega odrzuceniu;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty PLUS INWEST P. Ź. spółka jawna z siedzibą w Żernikach Wrocławskich jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i uznania, że Odwołujący podlega wykluczeniu z udziału w Postępowaniu, a jego oferta podlega odrzuceniu;
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert;
- 4) nakazanie Zamawiającemu, aby dokonał wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem gdyby nie doszło do niezgodnych z ustawą stare Pzp działań i zaniechań Zamawiającego to Odwołujący nie zostałby z Postępowania wykluczony, a jego oferta odrzucona. W takiej zaś sytuacji biorąc pod uwagę, iż w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą. W związku z powyższym decyzja Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu dalszy udział w Postępowaniu i uzyskanie przez niego przedmiotowego zamówienia. Jedynie przez wniesienie odwołania Odwołujący może doprowadzić do unieważnienia niezgodnych z prawem i pozbawiającego go możliwości uzyskania danego zamówienia decyzji Zamawiającego oraz doprowadzić do tego, aby Zamawiający dokonał prawidłowej oceny ofert. Ze względu na wykluczenie Odwołującego z Postępowania i odrzucenie jego oferty oraz wybór oferty PLUS INWEST P. Ż. spółka jawna z siedzibą w Żernikach Wrocławskich jako oferty najkorzystniejszej został on pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia i tym samym uzyskania określonego zysku, a konsekwencją jest szkoda, która wyraża się w korzyści jaką Odwołujący mógłby uzyskać, a na skutek niezgodnych z przepisami ustawy stare Pzp decyzji Zamawiającego został pozbawiony.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Pismem z dnia 12 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o jego wykluczeniu z Postępowania oraz odrzuceniu jego oferty. Jak przyczynę takiego stanu rzeczy Zamawiający wskazał, że w dniu 14 stycznia 2021 r. wykonując wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3182/20 wezwał Odwołującego do przedłożenia dokumentów potwierdzających samodzielnie spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w pkt 7 ust. 2 pkt 3 lit. a w zakresie lit. a, b i d instrukcji wykonawców, tj. wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- a) zadań polegających na sprzątnięciu pasa drogowego o łącznej powierzchni nie mniejszej niż 25 h. Wyżej wymieniony warunek mógł być spełniony w ramach 1,2 lub 3 zadań łącznie;
- b) zadań polegających na wycince drzew w pasie drogowym w ilości łącznej nie mniejszej niż 50 sztuk. Wyżej wymieniony warunek mógł być spełniony w ramach 1,2 lub 3 zadań łącznie;
- c) zadań polegających na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa

ruchu drogowego w łącznej ilości nie mniejszej niż 3 000 sztuk. Wyżej wymieniony warunek mógł być spełniony w ramach 1, 2 lub 3 zadań łącznie.

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Odwołujący przedłożył stosowne dokumenty.

W zakresie warunku dotyczącego zadań polegających na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w łącznej ilości nie mniejszej niż 3 000 sztuk to Odwołujący przedłożył wykaz dotyczący jego zdolności technicznej i zawodowej, z którego wynikało, że w okresie od dnia 1 stycznia 2017 r. do dnia 31 marca 2017 r. wykonał na rzecz R. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ORBUDROL Zakład Usługowy R. O. (dalej: „Orbudrol”), ul. Leśna 18, Tyniec nad Ślężą, 55-040 Kobierzyce, NIP: 894-188-01-38 zadanie polegające na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w ilości nie mniejszej niż 3 000 sztuk. Jednocześnie na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przedłożył, referencje wystawione przez Odbudrol, z których wynika, że B. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ORFIX Zakład Usługowy B. O. (dalej: „Orfix”) działając jako podwykonawca Orbudrol wykonał zlecenie polegające na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach administrowanych przez GDDKiA Odział we Wrocławiu, Rejon we Wrocławiu. Łączna ilość umytego oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego przekroczyła ilość 3 000 sztuk.

Przedmiotowe prace zostały zrealizowane w okresie 1 stycznia 2017 r. - 31 marca 2017 r. Orbudrol potwierdził, iż przedmiotowe prace zostały wykonane z należytą starannością.

Ponadto Odwołujący przedłożył wystawione przez SAFEROAD GRAWIL sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku referencje potwierdzające, że Orbudrol wykonał ww. prace na drogach administrowanych przez Zamawiającego oraz że prace te zostały wykonane rzetelnie, terminowo, a ich jakość Zamawiający ocenił jako dobrą. Odwołujący przedłożył przedmiotowe dokumenty, ponieważ w odniesieniu do przedmiotowych prac miał miejsce swoisty ciąg podwykonawstw polegający na tym, że SAFEROAD GRAWIL sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku wykonywał prace na rzecz Zamawiającego. Orbudrol wykonywał przedmiotowe prace na rzecz SAFEROAD GRAWIL sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku. Natomiast Orfix działał jako podwykonawca Orbudrol i wykonywał prace polegające na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w ilości nie mniejszej niż 3 000 sztuk.

Odwołujący podał, że zarówno pod kątem ilości pracy, jak i ich wartości to prace te stanowiły marginalną część całego zamówienia jakie SAFEROAD GRAWIL sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku oraz Orbudrol wykonywali na rzecz Zamawiającego. Wartość prac wykonywanych przez Odwołującego opiewała bowiem na kwotę 3 000 zł i polegała na bardzo prostej czynności umycia znaków drogowych. Natomiast wartość prac polegających na bieżącym utrzymaniu tychże dróg opiewała na kwotę kilku milionów złotych.

Pomimo przesłania takich oświadczeń i dokumentów, z których wynika, iż spełnia Odwołujący postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający wezwał Orbudrol do potwierdzenia, iż Orfix był jego podwykonawcą w zakresie wskazanych powyżej prac.

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Orbudrol przesłał pismo, w którym potwierdził, iż Orfix wykonał na jego rzecz prace polegające na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w łącznej ilości nie mniejszej niż 3 000 sztuk. Odwołujący przedłożył wykaz dotyczący jego zdolności technicznej i zawodowej, z którego wynikało, że w okresie od dnia 1 stycznia 2017 r. do dnia 31 marca 2017 r. i prace to zostały wykonane należycie.

Dodatkowo w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 3 lutego 2021 r. pismem z dnia 8 lutego 2021 r. Odwołujący wyjaśnił, że prace polegające na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach administrowanych przez GDDKiA Odział we Wrocławiu, Rejon we Wrocławiu na jakie powołało się Konsorcjum zostały zlecone Orfix przez Orbudrol w formie ustnego zlecenia. Stało się tak dlatego, gdyż Orfix już wcześniej współpracowali z Orbudrol przy wykonywaniu różnego rodzaju tego typu prac. Dotychczasowa współpraca wskazywała, iż wszelkie prace wykonywane były w sposób należyty i wszystkie te podmioty darzyły się zaufaniem. Dodatkowo w przypadku ww. prac, na które powołało się Odwołujący ze względu na okoliczność, iż zarówno ich wielkość (tj. jedynie przeszło 3 000 sztuk oznakowania), skomplikowanie (tj. proste prace polegające na myciu oznakowania), jak i wartość (tj. około 3 000 zł) z punktu widzenia Orbudrol i Orfix były niewielkie, strony uznały, iż skoro żadne przepisy prawa ich do tego nie zobowiązują, to nie ma potrzeby zawierać umowy w formie pisemnej i wystarczy ich zlecenie w formie ustnej. Po zawarciu przedmiotowej umowy Orfix niezwłocznie przystąpił do jej wykonania i wykonał ją w sposób należyty, co potwierdzają referencje wystawione przez Orbudrol.

Dodatkowo na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący wystąpił do Orbudrol o dodatkowe potwierdzenie wykonanych na jego rzecz przez Orfix prac i takie też wyjaśnienia, które potwierdzają wykonanie przedmiotowych prac przez Orfix, przesłał do Zamawiającego.

Pomimo takiej sytuacji, tj. przedłożenia referencji i precyzyjnych wyjaśnień, zarówno swoich jak i Orbudrol, z których wynika, że Orfix wykonał prace polegające na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w łącznej ilości nie mniejszej niż 3 000 sztuk, Zamawiający uznał, że przedłożone przez Odwołującego referencje w zakresie zadania polegającego na myciu oznakowania pionowego urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w łącznej ilości nie mniejszej niż 3 000 sztuk nie zostały w dostatecznym stopniu udokumentowane. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie przedłożył żadnych

dokumentów finansowych potwierdzających rozliczenia za przedmiotowe prace, które potwierdzałyby ich wykonanie.

Z takim stanowiskiem Zamawiającego Odwołujący się nie zgodził, bowiem zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy stare Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Katalog dokumentów i oświadczeń jakich mogą żądać zamawiający od wykonawców określa rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej: „rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów”). Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odwołujący podał, że z przywołanych przepisów wprost zatem wynika, że wykonawca za pomocą różnego rodzaju dokumentów może wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Należy jednak podkreślić, iż z przepisów prawa nie wynika, aby Zamawiający był uprawniony do zawężania katalogu dokumentów jaki będą mogli przedstawić wykonawcy w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym zakresie to od wykonawcy zależy za pomocą jakich - oczywiście mieszczących się w katalogu dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów - dokumentów udowodni zamawiającemu spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Odwołujący podał,

że Odwołujący w sposób bardzo precyzyjny wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu, iż wykonał prace polegające na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w łącznej ilości nie mniejszej niż 3 000 sztuk. W tym celu Odwołujący przedstawił zarówno wykaz prac, jak również referencje Orbudrol wystawione na rzecz Orfix, a także pismo precyzyjnie opisujące okoliczności w jakich doszło do zlecenia przedmiotowych prac przez Orbudrol na rzecz Orfix. Ponadto Odwołujący przedstawił pismo Orbudrol, w którym podmiot ten potwierdził, że zlecił przedmiotowe prace a Orfix je wykonał z należytą starannością. Dodatkowo jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 12 lutego 2021 r. sam Zamawiający zwrócił się bezpośrednio do Orbudrol o zajęcie stanowiska i Orbudrol potwierdził, iż Orfix wykonał na jego rzecz prace polegające na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w łącznej ilości nie mniejszej niż 3 000 sztuk.

Niczego natomiast nie potwierdza podniesiona przez Zamawiającego okoliczność, iż nie potwierdził on udziału Orfix w swoich dokumentach odbiorowych. W ocenie Odwołującego nie ma w tym nic niezwykłego w sytuacji, gdy Orfix był dalszym podwykonawcą i jednocześnie prace, które wykonywał były bardzo małymi pracami zarówno pod kątem ich wartości, jak i zakresu.

Wszystko to musi prowadzić do wniosku, iż decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania oraz odrzuceniu jego oferty jest niezgodna z wskazanymi na wstępie przedmiotowego odwołania przepisami prawa. W konsekwencji również za nieprawidłową należy uznać decyzję Zamawiającego o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty PLUS INWEST P. Ż. spółka jawna z siedzibą w Żernikach Wrocławskich. Oferta ta w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert oraz przy założeniu, że Odwołujący nie powinien podlegać wykluczeniu z udziału w Postępowaniu, a jego oferta nie powinna podlegać odrzuceniu nie powinna zostać uznana jako oferta najkorzystniejsza, gdyż to oferta Odwołującego taką ofertą jest.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020, dalej: ustawy wprowadzającej), do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielnie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art.

1 - czyli ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej: „ustawa z 2019 r.”). Oznacza to, że dla rozpoznania w procedurze odwoławczej przedmiotowego odwołania właściwe są przepisy ustawy dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.), natomiast w zakresie procedury o udzielenie zamówienia publicznego właściwe są przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; dalej „ustawy”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 22 lutego 2021 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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 - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

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

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Izba ustaliła stan faktyczny:

Na podstawie **art. 552 ust. 1 ustawy z 2019** Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający pismem z dnia 14 stycznia 2021 wezwał Odwołującego do:

Stosownie do wyroku KIO Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej „ustawą Pzp” w zw. z art. 22a ust. 6 pkt. 2 Ustawy Pzp, wzywa Wykonawcę do przedłożenia dokumentów potwierdzających samodzielne spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. 7 ust. 2 pkt. 3 lit. a w zakresie lit. a, b i d Instrukcji dla Wykonawców tj. Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie:

a) zadań polegających na sprzątaniu pasa drogowego o łącznej powierzchni nie mniejszej niż 25 ha. Wyżej wymieniony warunek może być spełniony w ramach 1, 2 lub 3 zadań łącznie. oraz

b) zadań polegających na wycince drzew w pasie drogowym w ilości łącznej nie mniejszej niż 50 szt. Wyżej wymieniony warunek może być spełniony w ramach 1 lub 2 zadań łącznie. oraz

d) zadań polegających na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w łącznej ilości nie mniejszej niż 3 000 szt. Wyżej wymieniony warunek może być spełniony w ramach 1, 2 lub 3 zadań łącznie.

W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału, o których mowa powyżej Wykonawca winien złożyć wykaz usług wykonanych samodzielnie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych samodzielnie, 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 te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert

Wskazane powyżej oświadczenia i dokumenty należy złożyć Zamawiającemu w formie określonej w pkt 12 Tomu I SIWZ (IDW) przy użyciu środków komunikacji elektronicznej za pośrednictwem Platformy zakupowej pod adresem: <https://gddkia.eb2b.com.pl/> w terminie do dnia 20 stycznia 2021 r.

W załączeniu wzór formularzy, które stanowią jedynie materiał pomocniczy i mogą być wykorzystane

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący w dniu 20 stycznia 2021 roku, złożył do Zamawiającego między innymi:

- Załącznik nr 1 – *Wykaz zdolności technicznych lub zawodowych – Wiedza i doświadczenie*, gdzie w wierszu pod numerem „3” podał:
 - w kolumnie 2 – Nazwa wykonawcy „*ORFIX Zakład usługowy B. O.*”;
 - w kolumnie 3 – Nazwa i adres odbiorcy usługi „*ORBUDROL Zakład Usługowy B. O.*”;
 - w kolumnie 4 – Opis zadań wykonanych o których mowa w pkt 7.2.3.a) IDW „*Nazwa zadania: Mycie oznakowanie pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego. Zadanie polegało na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w ilości 3000 szt.*”
 - w kolumnie 5 – Czas trwania od-do (dd-mm-rr) *01.01.2017 – 31.03.2021*.

Odwołujący złożył wraz z ww. wykazem do Zamawiającego:

- referencję z dnia 19 stycznia 2021 roku wystawioną przez Orbudrol Zakład Usługowy R. O. z siedzibą w Tyńcu nad Ślężą, w której wskazał między innymi, że:

ORFIX Zakład Usługowy B. O. ul. Leśna 18 Tyńiec nad Ślężą 55-040 Kobierzyce

NIP: 896-150-86-89

Działając jako mój podwykonawca wykonał zlecenie polegające na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach administrowanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu, Rejon we Wrocławiu.

Łączna ilość umytego oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach A4, DK5, DK 8, DK 35a i DK 39 przekroczyła ilość 3 000 sztuk.

Przedmiotowe prace zostały zrealizowane w okresie 1 stycznia 2017 r. — 31 marca 2017 r.

Prace zostały wykonane z należytą starannością.

- referencję z dnia 4 stycznia 2021 roku wystawioną przez SAFEROAD GRAWIL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Włocławku, w której podano między innymi, że:

ORBUDROL Zakład Usługowy R. O. ul. Leśna 18 Tyńiec nad Ślężą 55-040 Kobierzyce NIP:

894-188-01-38

działając jako Podwykonawca wykonała zlecenie polegające na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach administrowanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu, Rejon we Wrocławiu.

Łączna ilość umytego oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach A 4, DK 5, DK 8, DK 35, DK 35a i DK 39 wyniosła:

- *mycie oznakowania: znaki A,B,C,D,E,F,U,T,G 15 428 szt.,*
- *mycie oznakowania: tablice*

- mycie oznakowania: PEO U-lc 33 522 szt.

Termin realizacji zleceń: 01.01.2017 r. - 31.03.2017 r.

Prace zostały wykonane rzetelnie, terminowo oraz zgodnie z zapisami umowy. Jakość zrealizowanej usługi ocenia się na dobrą.

Zamawiający pismem z dnia 5 lutego 2021 roku skierowanym do ORBUDROL Zakład Usługowy R. O. ul. Leśna 18 Tyniec nad Ślężą 55-040 Kobierzyce, zwrócił się o:

W myśl § 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia „Jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie. ”

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon we Wrocławiu w latach 2020-2021 z podziałem na zadania: Zadanie 4 Prace utrzymaniowe Konsorcjum firm: ORFIX Zakład Usługowy B. O. (Lider) Tyniec nad Ślężą, ul. Leśna 18, 55-010 Kobierzyce i Danteinfo D. O. (Partner) Świerzów IIA, 55-110 Prusice na potwierdzenie samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zadań polegających na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w łącznej ilości nie mniejszej niż 3 000 szt. złożyła oświadczenie, że:

Wykonywał na rzecz ORBUDROL Zakład Usługowy R. O. ul. Leśna 18 Tyniec nad Ślężą 55-040 Kobierzyce usługę Nazwa zadania: Mycie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego. Zadanie polegało na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w ilości 3000 szt. – Zamawiający wskazał na Załącznik nr 1 złożony w dniu 20 stycznia 2021 roku przez Odwołującego.

oraz przedłożyło referencje wystawione przez ORBUDROL Zakład Usługowy R. O. Tyniec nad Ślężą ul. Leśna 18, 55-010 Kobierzyce potwierdzające, że ORFIX Zakład Usługowy B. O. Tyniec nad Ślężą, ul. Leśna 18, 55-010 Kobierzyce: (...)

oraz referencje wystawione przez SAFEROAD GRAWIL Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku potwierdzające, że ORBUDROL Zakład Usługowy R. O. Tyniec nad Ślężą, ul. Leśna 18, 55-010 Kobierzyce: (...)

Mając na uwadze powyższe, w celu rozwiania wątpliwości Zamawiającego, w myśl § 2 ust. 6 ww. Rozporządzenia, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu prosi o przedłożenie dodatkowych dokumentów potwierdzających fakt, iż ORFIX Zakład Usługowy B. O. Tyniec nad Ślężą, ul. Leśna 18 jako podwykonawca ORBUDROL Zakład

Usługowy R. O. Tyniec nad Ślężą, ul. Leśna 18, 55-010 Kobierzyce zrealizował w okresie od 01.01.2017" do 31.03.2017". prace polegające na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w ilości 3000 szt. na drogach administrowanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon we Wrocławiu - A4, DK5, DK 8, DK 35a i DK 39. Dokumentami potwierdzającymi wykonanie ww. prac mogą być np.

- faktury lub inne rozliczenie finansowe za wykonane usługi wystawione przez ORFIX Zakład Usługowy B. O.;

- protokoły odbioru wykonanych usług sporządzony pomiędzy ORFIX Zakład Usługowy B. O. i ORBUDROL Zakład Usługowy R. O. Tyniec;

- umowy podwykonawcze zawarte między ORFIX Zakład Usługowy B. O. i ORBUDROL Zakład Usługowy R. O. Tyniec.

Stosowne dokumenty proszę złożyć Zamawiającemu w formie zgodnej z wyborem Wykonawcy, tj. pisemnie na adres: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu Wydział Zamówień Publicznych ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław lub elektronicznie na adres email mdec@gddkia.gov.pl.

Za pismem z dnia 8 lutego 2021 roku ORBUDROL Zakład Usługowy R. O. ul. Leśna 18 Tyniec nad Ślężą 55-040 Kobierzyce, przedstawił Zamawiającemu następujące wyjaśnienia:

W odpowiedzi na pismo z dnia 5 lutego 2021 r. uprzejmie informuję, iż potwierdzam, że ORFIX Zakład Usługowy B. O. (dalej: „ORFIK”), NIP: 896-150-86-89, ul. Leśna 18, Tyniec nad Ślężą działając jako mój podwykonawca wykonał zlecenie polegające na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach administrowanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu, Rejon we Wrocławiu. Łączna ilość umytego oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach A4, DK5, DK 8, DK 35a i DK 39 przekroczyła ilość 3 000 sztuk. Przedmiotowe prace zostały zrealizowane w okresie 1 stycznia 2017 r. — 31 marca 2017 r. Prace zostały wykonane z należytą starannością.

Pragnę wyjaśnić, iż przedmiotowe prace zostały mi powierzone przez SAFEROAD GRAWIL sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku w ramach większego zlecenia. Prace były realizowane w okresie od 1 stycznia 2017 r. do 31 marca 2017 r. W mojej ocenie Zamawiający powinien dysponować dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie przedmiotowych prac zarówno przez SAFEROAD GRAWIL sp. z o.o., a tym samym przeze mnie.

W ramach przedmiotowych prac w zakres moich obowiązków wchodziło mycie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego. Prace te były pracami prostymi i o niedużej ich wartości. Łączna ilość umytego oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach A4, DK5, DK 8, DK 35a i DK 39 miała

przekraczać 3 000 sztuk. Natomiast ich wartość opiewała na kwotę około 3 000 zł (tj. 1 zł za 1 sztukę umytego oznakowani).

Wykonanie prac polegających na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu zleciłem ORFIX na podstawie ustnej umowy. Stało się tak dlatego, że już wcześniej współpracowałem z ORFIX i wiedziałem, że rzetelnie wykona przedmiotowe prace. Samo zaś zlecenie oraz jego wartość traktowałem jako bardzo małe, a jego skomplikowanie niewielkie. Z tego też względu, mając jednocześnie świadomość, iż przepisy prawa nie zobowiązują nas do zawarcia umowy w formie pisemnej, zdecydowałem się na zlecenie tychże prac w formie ustnej. Na co ORFIX przystał i przedmiotowe prace wykonał. Do wykonanych przez ORFIX prac nie miałem uwag i dokonałem ich odbioru w formie ustnej. Uważam, że ich jakość została pośrednio potwierdzona również przez SAFEROAD GRAWIL sp. z o.o. oraz Zamawiającego, którzy to z kolei nie mieli uwag do jakości moich prac, w tym prac jakie wykonał ORFIX. Umówione wynagrodzenie za wykonanie przedmiotowych prac rozliczyliśmy na zasadzie barteru.

Podsumowując w moje ocenie ORFIX w sposób należyty wykonał powierzone mu prace i z tego też względu mogę polecić go jako rzetelnego wykonawcę.

Do Zamawiającego wpłynęła również korespondencja od Odwołującego zawarta w piśmie z dnia 8 lutego 2021 roku:

Działając w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia B. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ORFIX Zakład Usługowy B. O. (dalej: „Lider”) oraz D. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. O. DANTEINFO (dalej: „Partner”) zwanych dalej łącznie: „Konsorcjum” w odpowiedzi na pismo z dnia 3 lutego 2021 r. uprzejmie informuję, iż prace polegające na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach administrowanych przez GDDKiA Odział we Wrocławiu, Rejon we Wrocławiu na jakie powołało się Konsorcjum zostały zlecone Liderowi przez R. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ORBUDROL Zakład Usługowy R. O. (dalej: „ORBUDROL”) w formie ustnego zlecenia.

Stało się tak dlatego, gdyż zarówno Lider, jak i Partner już wcześniej współpracowali z ORBUDROL przy wykonywaniu różnego rodzaju tego typu prac. Dotychczasowa współpraca wskazywała, iż wszelkie prace wykonywane były w sposób należyty i wszystkie te podmioty darzyły się zaufaniem. Dodatkowo w przypadku ww. prac, na które powołało się Konsorcjum ze względu na okoliczność, iż zarówno ich wielkość (tj. jedynie przeszło 3 000 sztuk oznakowania), skomplikowanie (tj. proste prace polegające na myciu oznakowania), jak i wartość (tj. około 3 000 zł) z punktu widzenia ORBUDROL i Lidera były niewielkie, strony uznały, iż skoro żadne przepisy prawa ich do tego nie zobowiązują, to nie ma potrzeby zawierać umowy w formie pisemnej.

W tym miejscu pragnę wskazać, iż stosownie do treści art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny (dalej: „Kc”) strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Jednocześnie przepisy prawa - dla zawarcia tego typu umowy - nie przewidują jakiegokolwiek formy (np. formy pisemnej lub innej formy szczególnej), której niezachowanie mogłoby prowadzić do nieważności umowy. Z tego też względu pomiędzy zlecającym prace ORBUDROL, a Liderem doszło do zawarcia umowy, której przedmiotem było wykonanie prac polegających na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach administrowanych przez GDDKiA Odział we Wrocławiu, Rejon we Wrocławiu. Łączna ilość umytego oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach A4, DK5, DK 8, DK 35a i DK 39 będących przedmiotem umowy przekraczała 3 000 sztuk. Prace zostały wykonane w okresie od 1 stycznia 2017 r. do 31 marca 2017 r.

Po zawarciu przedmiotowej umowy Lider niezwłocznie przystąpił do jej wykonania i wykonał ją w sposób należyty co potwierdzają referencje wystawione przez ORBUDROL. Jednocześnie pragnę wskazać, iż Zamawiający jako podmiot na rzecz, którego ostatecznie były wykonywane przedmiotowe prace powinien dysponować wiedzą, iż zostały one wykonane w sposób należyty. Okoliczności te powinny potwierdzać choćby protokoły odbioru prac, którymi powinien dysponować Zamawiający, a poprzez które to dokumenty Zamawiający kwitował odbiór prac wykonawców w tamtym czasie realizujących prace na jego rzecz. Stosownie zaś do § 10 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w przypadku wskazania przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w § 2, § 5 i § 7, które znajdują się w posiadaniu zamawiającego, w szczególności oświadczeń lub dokumentów przechowywanych przez zamawiającego zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy, zamawiający w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy, korzysta z posiadanych oświadczeń lub dokumentów, o ile są one aktualne.

Strony ustaliły, iż wynagrodzenie na przedmiotowe prace opiewające na kwotę 3 000 zł rozliczą na zasadzie barteru, tj. poprzez prace, które ORBUDROL miał wykonać na rzecz Lidera.

Niezależnie od powyższego oraz uprzednio przedstawionych referencji w załączeniu przesyłam pismo ORBUDROL potwierdzające okoliczności zlecenia Liderowi wskazanych powyżej prac oraz ich należyte wykonanie.

Ponadto w załączeniu przesyłam umowę i faktury VAT dla SAFEROAD GRAWIL sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku.

Do pisma tego załączono, poza Umową SAFEROAD GRAWIL sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku i faktury VAT także oświadczenie ORBUDROL Zakład Usługowy R. O. ul. Leśna 18 Tyniec nad Ślężą 55-040 Kobierzyce z dnia 8 lutego 2021 roku:

W odpowiedzi na prośbę o potwierdzenie zawarcia i wykonanie umowy polegającej na wykonaniu prac, których przedmiotem było mycie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach administrowanych przez GDDKiA Odział we Wrocławiu, Rejon we Wrocławiu potwierdzam, iż pomiędzy mną, R. O. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą ORBUDROL Zakład Usługowy R. O. a B. O. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą ORFIX Zakład Usługowy B. O. doszło do zawarcia w formie ustnej umowy, której przedmiotem było wykonanie prac polegających na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach administrowanych przez GDDKiA Odział we Wrocławiu, Rejon we Wrocławiu. Łączna ilość umytego oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach A4, DK5, DK 8, DK 35a i DK 39 będących przedmiotem umowy przekraczała 3 000 sztuk. Prace zostały wykonane w okresie od 1 stycznia 2017 r. do 31 marca 2017 r. Wartość prac opiewała na kwotę 3 000 zł. Umowa została wykonana należycie, zaś wynagrodzenie rozliczone zostało na zasadzie barteru. Wskazuję, iż do takiego rozliczenia doszło ze względu na współpracę pomiędzy stronami umowy oraz poczynione ustalenia.

Na potwierdzenie należytego wykonania tychże prac wystawiłem stosowne referencje

Zamawiający, w dniu 18 lutego 2021 roku wykluczył Odwołującego z postępowania podając w uzasadnieniu :

Zamawiający, działając, na podstawie art. 92 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej „ustawą Pzp”, informuje o wykluczeniu z postępowania Konsorcjum firm: ORFIX Zakład Usługowy B. O. (Lider) Tyniec nad Ślężą, ul. Leśna 18, 55-010 Kobierzyce i Danteinfo D. O. (Partner) Świerzów IIA, 55-110 Prusice oraz o odrzuceniu oferty ww. Konsorcjum.

Uzasadnienie prawne:

Art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP — z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

Art. 24 ust. 4 ustawy PZP - Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

W tym miejscu przytoczone w uzasadnieniu faktycznym wszystkie wymienione wyżej dokumenty.

W odpowiedzi na ww. wezwanie ORBUDROL Zakład Usługowy R. O. w dniu 08.02.2021r. przekazał pismo, w którym oświadczył między innymi, że ORFIX Zakład Usługowy B. O.

działając jako podwykonawca wykonał przedmiotowe prace na podstawie umowy ustnej, określił rodzaj prac, termin ich wykonania, a także sposób rozliczenia.

ORBUDROL Zakład Usługowy R. O. oświadczył także, że o tym, że prac były wykonane należycie mogą świadczyć dokumenty potwierdzające odbiór prac przez SAFEROAD GRAWIL Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku a następnie przez Rejon we Wrocławiu.

W dniu 08.02.2021r. Konsorcjum przekazało Zamawiającemu dodatkowe pismo ORBUDROL Zakład Usługowy R. O., w którym ORBUDROL Zakład Usługowy R. O. oświadczył między innymi, że ORFIX Zakład Usługowy B. O. działając jako podwykonawca wykonał przedmiotowe prace na podstawie umowy ustnej, określił rodzaj prac, termin ich wykonania, a także sposób rozliczenia.

Zamawiający przeanalizował złożone dokumenty i wyjaśnienia i uznał, że Konsorcjum firm: ORFIX Zakład Usługowy B. O. (Lider) Tyniec nad Ślężą, ul. Leśna 18, 55-010 Kobierzyce i Danteinfo D. O. (Partner) Świerzów IIA, 55-110 Prusice nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zadania polegającego na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w łącznej ilości nie mniejszej niż 3 000 szt. ponieważ przedłożone dokumenty zostały uznane za niewystarczające. Zamawiający stwierdził, że przedłożone przez Wykonawcę referencje w zakresie zadania polegającego na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w łącznej ilości nie mniejszej niż 3 000 szt. nie zostały w dostatecznym stopniu udokumentowane. Zgodnie z przedstawionymi referencjami usługi zostały wykonane na drogach administrowanych przez Rejon we Wrocławiu, jednak dogłębna analiza dokumentów odbiorowych dokonana przez Zamawiającego obejmujących zakres i czas podany w referencjach nie potwierdziła udziału firmy ORFIX Zakład Usługowy B. O. w realizacji przedmiotowych usług. Uwzględniając powyższe oraz zważywszy na brak przedłożenia przez firmę ORFIX Zakład Usługowy B. O., jak i firmę ORBUDROL Zakład Usługowy R. O. faktur, lub innych rozliczeń finansowych za wykonane usługi wystawione przez ORFIX Zakład Usługowy B. O. obejmującej zakres objęty referencjami i potwierdzających wykonanie usługi polegającej na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w łącznej ilości nie mniejszej niż 3 000 szt. Zamawiający uznał warunek za niespełniony.

W zakresie zarzutów odwołania:

W zakresie zarzutu (1) naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez wykluczenie Odwołującego z udziału w Postępowaniu w sytuacji, gdy Odwołujący za pomocą przedłożonych dokumentów, oświadczeń i wyjaśnień wykazał, że spełnia on warunki udziału w Postępowaniu, a w szczególności warunek w zakresie zadania polegającego na myciu

oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w łącznej ilości nie mniejszej niż 3 000 sztuk i w związku z tym brak jest podstaw do wykluczenia Odwołującego – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Na wstępie Izba podkreśla, że szczegółowo i precyzyjnie przedstawiony przez Izbę powyżej stan faktyczny tej sprawy potwierdza, że Zamawiający dokonując oceny spełnienia warunku udziału przez Odwołującego dochował należytej staranności i skorzystał z możliwości pozyskania dodatkowych informacji, do jakich upoważnia go przepis rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* (dalej: Rozporządzenia), na podstawie którego, zgodnie z § 2 ust. 6 Zamawiający jest uprawniony „jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie.”

Należy w tym miejscu dodać, że Odwołujący nie kwestionował tych czynności Zamawiającego na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, natomiast fakt, że w dniu 8 lutego br., tj. w dacie w której swoje stanowisko przedstawiła również na wezwanie z dnia 5 lutego 2021 roku ORBUDROL Zakład Usługowy R. O. ul. Leśna 18 Tyniec nad Ślężą 55-040 Kobierzyce, złożył wyjaśnienia wraz z pismem od ORBUDROL Zakład Usługowy R. O. ul. Leśna 18 Tyniec nad Ślężą 55-040 Kobierzyce - w ocenie Izby, mając na uwadze logiczny ciąg zdarzeń uznać należy, że Odwołujący miał wiedzę i świadomość wezwania do złożenia wyjaśnień skierowanego przez Zamawiającego do ORBUDROL Zakład Usługowy R. O. ul. Leśna 18 Tyniec nad Ślężą 55-040 Kobierzyce. Izba dostrzegła zbieżność nazwisk jak również adresów poszczególnych podmiotów gospodarczych, co oczywiście nie jest przesłanką negatywną ale daje podstawę, przy uwzględnieniu podnoszonej przez oba te podmioty gospodarcze bardzo wzorowej współpracy, że posiadali oni wiedzę na temat czynności podejmowanych przez Zamawiającego.

Przyjmując natomiast, co nie poddaje się logicznej wykładni w tym postępowaniu, że nie miał takiej wiedzy Odwołujący na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, miał możliwość podważania podjętych przez Zamawiającego czynności na etapie składania odwołania. Odwołujący nie kwestionował w swoim odwołaniu czynności Zamawiającego z dnia 5 lutego 2021 roku, tj. wezwania ORBUDROL Zakład Usługowy R. O. ul. Leśna 18 Tyniec nad Ślężą 55-040 Kobierzyce (dalej „Orbudrol”), w celu rozwiania wątpliwości Zamawiającego, do przedstawienia dokumentów potwierdzających wykonanie przez

Odwołującego, a dokładnie jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne tj. wykonawcę B. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ORFIX Zakład Usługowy B. O. z siedzibą ul. Leśna 18 Tyniec nad Ślężą 55-040 Kobierzyce (dalej: „Orfix”) wskazanych w wykazie Załączniku nr 1 w wierszy „3” prac, przez przedstawienie dokumentów: *faktury lub inne rozliczenie finansowe za wykonane usługi wystawione przez ORFIX Zakład Usługowy B. O.; protokoły odbioru wykonanych usług sporządzony pomiędzy ORFIX Zakład Usługowy B. O. i ORBUDROL Zakład Usługowy R. O. Tyniec; umowy podwykonawcze zawarte między ORFIX Zakład Usługowy B. O. i ORBUDROL Zakład Usługowy R. O. Tyniec.*

Izba dostrzegła również, że Odwołujący w swoim odwołaniu nawet nie odniósł się do powyższych czynności Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym, w zasadzie pominął milczeniem uprawnienie Zamawiającego i jego realizację przez Zamawiającego.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, zgodnie z którym wyklucza się z udziału w postępowaniu wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba w tym miejscu podkreśla, że wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie może być utożsamiane jedynie z przedstawieniem dokumentu przez wykonawcę – czyli takiego „zero-jedynkowego” odhaczenia przedstawienia dokumentu. Zamawiający dokonuje bowiem oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co w zasadzie nie polega jedynie na sprawdzeniu złożenia przez Odwołującego „jakiegoś” dokumentu ale w przypadku podjęcia wątpliwości przez Zamawiającego, podejmowania dodatkowych czynności. Gdyby chcieć ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu ograniczyć jedynie do czynności weryfikacji dokumentu, martwymi byłyby przepisy dotyczące wyjaśnienia treści złożonych oświadczeń i dokumentów – art. 26 ust. 4 ustawy, czy też wskazanego powyżej z § 2 ust. 6 Rozporządzenia. Te regulację oczywiście stosuje Zamawiający w określonych okolicznościach, niemniej służą one do wykonania ciążących na Zamawiających obowiązków – to jest tak na przykład jak w tej sprawie odwoławczej – prawidłowej i należytej oceny spełnienia warunków przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie publiczne.

Rozporządzenie w sposób jednoznaczny pozwala Zamawiającemu żądać dodatkowych dokumentów od podmiotu, na rzecz którego Odwołujący realizował usługę. Przepis rozporządzenia nie określa wykazu takich dodatkowych dokumentów jakich może żądać Zamawiający co należy uznać za trafne rozwiązanie, bowiem okoliczności danej sprawy będą kreowały konieczność określenia informacji czy dokumentów, które będą niezbędne, aby te wątpliwości jakie posiada Zamawiający wyjaśnić. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy Zamawiający chciał otrzymać dokument, wskazał bowiem kilka różnych rodzajów

dokumentów jakie to może przedstawić Zamawiającemu odbiorca wskazanej w wierszu „3” usługi. W ocenie Izby w żaden sposób nie można twierdzić, że nadmiarowym było żądanie przedstawienia faktur lub innych dokumentów rozliczeniowych, protokołów odbioru sporządzonych pomiędzy Orfix a Orbudrol, czy też umowy zawartej pomiędzy tymi podmiotami. Izba zaznacza w tym miejscu, że nie kwestionuje – co też nie było kwestionowane przez Zamawiającego – że pomiędzy podmiotami gospodarczymi możliwe jest nawiązanie współpracy na podstawie umowy ustnej, jednakże z uwagi na charakter postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które zgodnie z przepisami jest postępowaniem pisemnych, niezbędnym jest posługiwanie się dokumentami pisemnymi (poza przedmiotem rozpoznania pozostaje forma sporządzenia dokumentów). Brak konieczności sporządzenia pisemnej umowy z perspektywy realizacji zleconego zadania nie przekłada się na obowiązki dokumentacyjne w procedurze zamówień publicznych. Niewątpliwie od podmiotów profesjonalnych można i należy wymagać, aby ich działania zostały tak udokumentowane, aby możliwe było wykazanie się na okoliczność udziału w procedurze udzielenia zamówienia publicznego, danym doświadczeniem. Poza umową łączącą Orfix i Orbudrol Zamawiający wskazał także, że dokumentami potwierdzającymi faktyczną realizację będą np. protokoły odbiorów zrealizowanych usług pomiędzy tymi podmiotami. Pozostaje oczywiście rzeczą danych podmiotów czy te protokoły są sporządzane i jaki jest ich zakres, jak również czy realizowane są inne obowiązki sprawozdawcze wynikające z umów zawartych przez Orbudrol. Jednakże podobnie jak w przypadku umów, to sporządzenie protokołów odbiorów może nie być wymagane od podmiotów w realizacji danej usługi, ale jako profesjonalisci powinni zmierzać do dokumentowania tych czynności, co w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego może być niezmiernie przydatne i potwierdzać faktyczną realizację zleconych zadań. W ocenie Izby inaczej natomiast należy odnosić się do wskazanych przez Zamawiającego dokumentów, które mogą potwierdzić faktyczną realizację zleconego zadania „Mycie oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego”. Zadanie polegało na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w ilości 3000 szt.” w terminie 01.01.2017 – 31.03.2021 czyli dokumentów *faktury lub inne rozliczenie finansowe za wykonane usługi wystawione przez ORFIX Zakład Usługowy B. O.. Wykonanie zleconych przez jeden podmiot gospodarczy na rzecz drugiego podmiotu gospodarczego zadań zawsze będzie rodziło obowiązki fiskalne, niezależnie od sposobu rozliczenia jaki podmioty te przyjęły. Odwołujący nie odniósł się do wskazanego przez siebie w piśmie z dnia 8 lutego 2021 roku rozliczenia barterem za wykonane usługi, jak również nie dokonał tego Orbudrol w piśmie skierowanym do Zamawiającego w tym samym dniu oraz przedstawionym Odwołującemu. Nie kwestionując samego sposobu rozliczenia, bowiem rozliczenia barterem, w których dochodzi*

do wymiany dwóch dóbr o równej wartości np. usług, a strony nie dokonują żadnych rozliczeń pieniężnych, co dopuszczalne i stosowane w obrocie gospodarczym, to taka forma rozliczenia stanowi w świetle przepisów podatkowych standardową umowę, w tym przypadku realizacji usługi. Tym samym umowa z rozliczeniem barterowym wiążąca podmioty prowadzące działalność gospodarczą transakcje musi być udokumentowana przez wystawienie należnych faktur. Mając na uwadze powyższe, realizacja usługi w kwocie 3000 zł, na co jednoznacznie wskazywał i Odwołujący i Odbudów w swoich pismach powinna być udokumentowana w konkretnym dokumencie finansowym. W przedmiotowej sprawie brak było wskazania takiego dokumentu np. faktury przez którykolwiek z podmiotów.

Mając na uwadze powyższe, jak również fakt, że Odwołujący w zasadzie nie kwestionował, tego że Zamawiający miał wątpliwości i żądał dodatkowych dokumentów od podmiotu będącego odbiorcą usługi, a mających potwierdzić, że wskazana realizacja faktycznie miała miejsce Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo dokonał oceny przedstawionych na spełnienie warunku dokumentów. W ramach badania tych dokumentów Zamawiający nie uzyskał, zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi, dokumentów które potwierdziłyby wykonanie faktyczne czynności w ramach wskazanej usług. Zamawiający prawidłowo wykonał swoje uprawnienie, w zasadzie obowiązek jaki krystalizuje się w sytuacji, gdy dokonując badania dokumentów nabiera wątpliwości w odniesieniu do oświadczeń jakie zawierają. W okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający dołożył należytej staranności w działaniu. Posiadając informacje jakie uzyskał po przeprowadzeniu czynności w postępowaniu nie mógł podjąć innej decyzji niż wykluczenie wykonawcy Odwołującego z postępowania, w innych okolicznościach naruszyłby przepisy w tym zasady Prawa zamówień publicznych.

Poza przedmiotem sporu pozostaje natomiast fakt, że wykonawca realizuje obecnie zlecenia na rzecz Zamawiającego w tym przedmiocie, czy również różnica w cenach ofert złożonych w tym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Izba również nie ma podstaw do kierowania się takimi przesłankami dokonując oceny czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Bez znaczenia dla oceny czynności Zamawiającego pozostaje także podnoszony przez Odwołującego argument, że wartość prac była „marginalna”, bowiem nie wartość prac winna determinować obowiązki po stronie podmiotów realizujących dane usługi ale obowiązki wynikające z powszechnie obowiązującego prawa, w tym prawa fiskalnego oraz staranność, która charakteryzuje profesjonalistów, w tym profesjonalistów ubiegających się o zamówienia publiczne. To wszystko pozwala na dokonanie oceny spełnienia warunków oraz gwarantuje Zamawiającemu wybór wykonawcy stanowiącego gwarancję realizacji zamówienia co do przedmiotu i w poszanowaniu wszystkich obowiązujących zasad.

W zakresie zarzutu (2) naruszenia art. 24 ust. 4 oraz z art. 89 ustawy stare Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy brak jest podstaw do wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu w okolicznościach, o których mowa w pkt 1 i tym samym brak jest podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Mając na uwadze dokonane przez Izbę rozpoznanie zarzutu 1, Izba uznała za prawidłowe odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy, zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Izba dodaje w tym miejscu, że odrzucenie oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania na ww. podstawie stanowi działanie z mocy prawa.

Odwołujący wskazał również na regulację art. 89 ustawy, przy czym nie odniósł do żadne we wskazanych w tym przepisie podstaw odrzucenia oferty, zawartych w poszczególnych punktach ustępu 1. Izba wskazuje, że podana podstawa prawna w tym podnoszonym kontekście nie ma zastosowania w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie zarzutu (3) naruszenia art. 7 ust. 3 i art. 91 ust. 1 ustawy stare Pzp przez dokonanie oceny ofert i uznanie oferty PLUS INWEST P. Ź. spółka jawna z siedzibą w Żernikach Wrocławskich jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta ta nie może zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą przy założeniu, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu, ani jego oferta nie polega odrzuceniu – Izba uznała zarzut za niezasadny.

W zakresie zarzutu (4) naruszenia art. 7 ust. 3 i art. 91 ust. 1 ustawy stare Pzp przez zaniechania uznania oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta ta taką jest przy założeniu przy założeniu, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu, ani jego oferta nie polega odrzuceniu – Izba uznała zarzut za niezasadny.

W odniesieniu do powyższych zarzutów (zarzut 3 i zarzut 4) odwołania Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez

Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert. Sam fakt dokonania oceny oferty, która w ocenie Odwołującego nie powinna była być brana pod uwagę przy ocenie ofert w postępowaniu nie dowodzi w żaden sposób i nie uzasadnia dokonania wyboru oferty z naruszeniem przyjętych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania kryteriów oceny ofert.

Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3 ustawy uwzględniając znaczenie zasad z art. 7 ust. 1 ustawy oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. Zatem dokonując wszystkich czynności w postępowaniu należy mieć na uwadze przede wszystkim cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i nie podlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Pewność obrotu wymaga tego, aby w obrocie były umowy zawarte prawidłowo.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 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), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....
