

Sygn. akt: KIO 1434/20

WYROK
z dnia 29 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Ewa Kisiel
Emil Kuriata

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 czerwca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bitum Sp. z o.o. z siedzibą w Lipiu Śląskim, N.-Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, OLS Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Lublińcu, Hucz Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Boronowie, A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Domax A. M. z siedzibą w Boronowie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu której działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, przy udziale wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1434/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddała odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bitum Sp. z o.o. z siedzibą w Lipiu Śląskim, N.-Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, OLS Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Lublińcu, Hucz Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Boronowie, A. M. prowadzącego działalność

gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Domax A. M. z siedzibą w Boronowie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bitum Sp. z o.o. z siedzibą w Lipiu Śląskim, N.-Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, OLS Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Lublińcu, Hucz Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Boronowie, A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Domax A. M. z siedzibą w Boronowie, na rzecz Zamawiającego - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu której działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu której działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa drogi S1 Pyrzowice — Kosztowy, odc. Podwarpie - Dąbrowa Górnicza (przebudowa DK1)”, numer postępowania: O.KA.D-3.2410.70.2019, zwane dalej Postępowaniem. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 grudnia 2019 r. pod numerem 2019/S 242-593860.

26 czerwca 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bitum Sp. z o.o. z siedzibą w Lipiu Śląskim, N.-Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, OLS Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Lublińcu, Hucz Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Boronowie, A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Domax A. M. z siedzibą w Boronowie (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji błędne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w sposób opisany w Pzp;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22a ust. 1a, ust. 4, ust. 6 Pzp w zw. z art. 36a Pzp i art. 36b Pzp przez ich błędne zastosowanie, polegające na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, mimo, iż wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
3. art. 24 ust. 4 Pzp przez jego błędne zastosowanie będące konsekwencją zarzutu opisanego w punkcie 1, a w konsekwencji błędne uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, podczas gdy Odwołujący nie podlega wykluczeniu;
4. art. 22a ust. 1 w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp przez ich błędną wykładnię, a w konsekwencji uznanie, że udostępnienie zasobów może w odniesieniu

do doświadczenia przybrać wyłącznie formę podwykonawstwa oraz że wykluczone są inne formy udziału w realizacji zamówienia, jak również uznanie, że w postępowaniu zaistniało typowe, uregulowane w Pzp udostępnienie zasobów w postaci zdolności technicznych lub zawodowych, o którym mowa w art. 22a ust. 1 oraz art. 22a ust. 4 Pzp, podczas gdy sytuacja nie jest uregulowana normą art. 22a ust. 1 Pzp i występuje luka w prawie;

5. art. 22a ust. 1 w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp w zw. z art. 36a ust. 2 Pzp, przez ich błędną wykładnię, a w konsekwencji uznanie, że zastrzeżenie kluczowych części zamówienia wykluczało możliwość korzystania z zasobów podmiotu trzeciego, a zarazem wykluczało możliwość powierzenia podmiotowi udostępniającemu zasoby wykonania innych, niż kluczowe, części zamówienia;
6. art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp przez jego błędną wykładnię, a w konsekwencji uznanie, że przepis powyższy został przez Odwołującego naruszony, mimo, że Odwołujący zamierzał samodzielnie wykonać kluczowe części zamówienia na roboty budowlane;
7. art. 22a ust. 6 Pzp przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niedopuszczenie do zgodnej z Pzp czynności wykazania osobistego spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu — zdolności technicznych lub zawodowych, mimo że zgodnie z interpretacją Zamawiającego użyzione przez podmiot trzeci zasoby nie potwierdziły spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu;
8. art. 36b ust. 2 Pzp przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niedopuszczenie do zgodnej z Pzp rezygnacji z podmiotu udostępniającego zasoby przy jednoczesnym wykazaniu przez Odwołującego samodzielnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
9. art. 22a ust. 6 Pzp w zw. z art. 36b ust. 2 Pzp, przez ich błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu, że wykazanie samodzielnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu wraz z rezygnacją z zasobów podmiotu udostępniającego zasoby musiało nastąpić w terminie składania ofert lub w terminie na uzupełnienie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, podczas gdy wykazanie samodzielnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu i rezygnacja z zasobów podmiotu udostępniającego zasoby może nastąpić także po terminie składania ofert i po terminie wyznaczonym w wezwaniu wystosowanym w oparciu o art. 26 ust. 1 Pzp, co spowodowało, że Zamawiający błędnie uznał, iż zawarta 1 czerwca 2020 r. umowa dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa, nie potwierdzała spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego;

10. art. 7 ust. 1 Pzp, przez prowadzenie postępowania przetargowego przez zamawiającego w sposób naruszający zasady równego traktowania, uczciwej konkurencji i proporcjonalności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego oraz uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą,
2. ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
3. z ostrożności procesowej — unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdyby po terminie wniesienia niniejszego odwołania Zamawiający dokonał czynności oferty najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

4. przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania (w szczególności treści SIWZ, oferty Odwołującego oraz wszelkich dokumentów i oświadczeń składanych przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej z Odwołującym przez Zamawiającego (wezwań i innych oświadczeń) pism, dokumentów i oświadczeń znajdujących się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności wskazanych w treści odwołania,
5. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zamawiający po wezwaniu 9 kwietnia 2020 r. Odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia dokumentów, powziął wątpliwości co do prawidłowości złożonych przez Odwołującego:

1. zobowiązania do udostępnienia zasobów,
2. oświadczenia zawartego w JEDZ,
3. wykazu robót budowlanych,
4. referencji wykonanych robót.

Wątpliwości Zamawiającego wzbudziło omyłkowo wprowadzone postanowienie w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów spółki Drog-Bud polegające na błędnym wpisie odnoszącym się do podwykonawstwa w zakresie udostępnionych zasobów (wiedzy technicznej i doświadczenia). Sytuacja wystąpiła na kanwie następujących okoliczności:

Spółka Bitum Sp. z o.o., lider Odwołującego (dalej: Bitum) przed terminem składania ofert zawarła ze spółką Drog-Bud umowę przedwstępną zobowiązującą do zawarcia umowy dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa. Umowa ta upoważniała spółkę Bitum do dysponowania zorganizowaną częścią przedsiębiorstwa spółki Drog-Bud, stanowiąc

dowód bezpośredniego dysponowania potencjałem posiadanym przez tę zorganizowaną część przedsiębiorstwa. Umowa ta dotyczyła tej części przedsiębiorstwa spółki Drog-Bud, która odpowiedzialna była za zrealizowanie zadania pn. „Przebudowa drogi krajowej nr 94 na terenie miasta Dąbrowa Górnicza” (która to robota została wskazana przez Odwołującego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu). W wyniku zawartej umowy przedwstępnej — spółka Drog-Bud zobowiązała się do wydzierżawienia spółce Bitum zorganizowanej części przedsiębiorstwa w terminie 10 dni od dnia zawarcia przez Odwołującego umowy w sprawie zamówienia publicznego z Zamawiającym. Jednocześnie w/w spółki zawarły również umowę o współdziałanie, w ramach której Drog-Bud miał realizować współzarządzanie projektem (w zakresie przedmiotowego zamówienia publicznego). Jednak w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów spółki Drog-Bud jako podstawa do dysponowania potencjałem spółki przez Odwołującego omyłkowo zostało wskazane podwykonawstwo. W rzeczywistości udostępnienie miało przyjąć ww. postać wydzierżawienia zorganizowanej części przedsiębiorstwa spółce Bitum, która miała dysponować zasobami samodzielnie. Z kolei w złożonym wraz z ofertą jednolitym europejskim dokumencie zamówienia spółka Bitum wskazała, że dojdzie do udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci, to jest dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa (wpis w części II lit. c JEDZ).

Powyższe zostało przez Zamawiającego zestawione z punktami 5.5 ppkt a) oraz ppkt d) SIWZ TOM I), zgodnie z którymi zastrzeżony został obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia (tj. nawierzchni bitumicznej, łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem mieszanek bitumicznych oraz pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług oraz zakazem powoływania się w ww. zakresie na zdolności innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, Odwołujący wskazał na zaistniałą omyłkę, opisał powstałą rozbieżność oraz potwierdził zobowiązanie do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, jak również złożył poprawione zobowiązanie do udostępnienia zasobów. W złożonym zobowiązaniu podmiot trzeci prawidłowo wskazał, że udostępnienie zasobów nie będzie przybierało formy podwykonawstwa, ale — zgodnie z zawartą przedwstępną umową dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa — oddania zasobów do wyłącznej i bezpośredniej dyspozycji lidera Odwołującego w formie wydzierżawienia ich. O zaistnieniu omyłki świadczył fakt, że podwykonawstwo spółki Drog-Bud nie zostało wskazane w formularzu ofertowym Odwołującego.

Po analizie wyjaśnień oraz załączników do wyjaśnień, Zamawiający 25 maja 2020 r. skierował do Odwołującego wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, w którym wezwał Odwołującego do złożenia wykazu robót budowlanych oraz poprawionego JEDZ spółki Bitum, zgodnie z którymi Odwołujący miał wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu samodzielnie. W odpowiedzi, spółka Bitum zawarła ze spółką Drog-Bud ostateczną umowę dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa oraz - zgodnie z życzeniem Zamawiającego - przedstawiła skorygowany wykaz robót budowlanych oraz skorygowany JEDZ spółki Bitum.

Powyższe działania spowodowały wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu — jak stwierdził Zamawiający — niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut nr 1

Zamawiający w rozdziale 7 pkt 7.2 ppkt 3 lit. a SIWZ TOM I postawił warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do zdolności technicznej lub zawodowej, w postaci wymogu wykazania przez wykonawcę realizacji w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej jednego zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowych, o wartości robót co najmniej 97 mln zł netto.

W odpowiedzi na tak postawiony warunek udziału w postępowaniu, Odwołujący złożył wykaz robót budowlanych, w którym dla spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu przedstawił robotę budowlaną pod nazwą: Przebudowa drogi krajowej nr 94 na terenie miasta Dąbrowa Górnicza (załączając również referencje należytego wykonania). Roboty wykonane zostały przez spółkę Drog-Bud, przy czym mając na uwadze zastrzeżenie osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, Odwołujący zawarł ze spółką Drog-Bud przed terminem składania ofert przedwstępną umowę dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa (części, która zrealizowała wskazane roboty referencyjne — wraz ze składnikami materialnymi i niematerialnymi), której celem było objęcie w posiadanie tej części przedsiębiorstwa spółki Drog-Bud, wraz z wiedzą i doświadczeniem nabytymi podczas realizacji ww. zadania. Tym samym — w momencie uzyskania zamówienia publicznego Odwołujący posiadałby w wyłącznym posiadaniu zasoby niezbędne do realizacji robót oraz wykonywałby je samodzielnie. W tym zakresie Odwołujący zamierzał per analogiam zastosować normę przepisu art. 36b ust. 2 Pzp — to jest dokonać rezygnacji z podmiotu trzeciego, ponieważ zasoby będące dotychczas w jego posiadaniu weszłyby bezpośrednio w posiadanie Odwołującego, a zatem nie byłoby potrzeby powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego. W takiej sytuacji Odwołujący samodzielnie spełniałby warunki udziału w postępowaniu w stopniu niemniejszym niż spółka Drog-Bud.

W treści informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający nie wyraził żadnych zastrzeżeń co do prawidłowości wskazanych robót referencyjnych. Zamawiający nie uznał ich za niespełniające postawionego warunku udziału w postępowaniu. Wątpliwości Zamawiającego dotyczyły wyłącznie sposobu dysponowania zasobami przez Odwołującego, które zostały uznane przez Zamawiającego za niezgodne z wymogami SIWZ oraz Pzp.

Zarzut nr 2

Zamawiający błędnie przyjął, że Odwołujący nie dysponował zasobami w sposób bezpośredni. Przeczyła temu zawarta przez lidera Odwołującego — spółkę Bitum ze spółką Drog-Bud umowa przedwstępna dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa oraz zawarta następnie umowa dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa w formie pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi, a zatem w formie zgodnej z art. 75 § 1 Kc.

Błędne było przyjęcie, że Odwołujący zobowiązany był złożyć wskazany dokument bez stosowanego wezwania Zamawiającego (obowiązek taki nie został wskazany w przepisach Pzp).

Zarzut nr 3

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Konsekwencją błędnego przyjęcia, że Odwołujący winien zostać wykluczony z postępowania była decyzja Zamawiającego polegająca na uznaniu oferty Odwołującego za odrzuconą.

Mając na uwadze fakt, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania, również oferta Odwołującego powinna zostać utrzymana w postępowaniu.

Zarzut nr 4

Zgodnie z art. 22a ust. 1 oraz art. 22a ust. 4 Pzp, wykonawca uprawniony jest w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innego podmiotu, niezależnie od charakteru prawnego łączących ich stosunków prawnych, przy czym w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, może polegać na zdolnościach innego podmiotu w sytuacji, gdy podmiot ten zrealizuje roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane. Powołując się na powyższe przepisy Zamawiający sformułował wniosek, iż udostępnienie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, przy zamówieniu w przedmiocie robót budowlanych może przyjąć wyłącznie formę podwykonawstwa. Takie zapatrywanie Zamawiającego sprzeczne było z brzmieniem przepisu art. 22a ust. 1 Pzp, w którym wskazano jednoznacznie, że

stosunek łączący wykonawcę z podmiotem posiadającym niezbędne zasoby pozostaje bez znaczenia dla ustawodawcy („niezależnie od charakteru prawnego łączących ich stosunków prawnych). Zapatrywanie Zamawiającego wiązało się zapewne z obecnym brzmieniem przepisu art. 22a ust. 4 Pzp po nowelizacji, która weszła w życie dnia 28 lipca 2016 r., zgodnie z którym podmiot trzeci zobowiązany jest zrealizować roboty budowlane, do realizacji których niezbędne są zdolności techniczne lub zawodowe (w tym wiedza i doświadczenie) przedstawiane w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powyższe zastrzeżenie ustawodawcy opierało się jednak na typowej sytuacji udostępnienia zasobów w postaci i doświadczenia. Zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia nieodłącznie związane są z określonym podmiotem, który daną wiedzę i doświadczenie nabył w ramach poprzednio wykonanych umów. Odwołujący podniósł, że istnieją jednak odosobnione przypadki, gdy zasoby takie (wiedza i doświadczenie) oddzielają się od podmiotu, który je pierwotnie nabył i przechodzą we władanie innego podmiotu. Takim przypadkiem jest m.in. przejście na inny podmiot przedsiębiorstwa (lub jego zorganizowanej części), które zrealizowało konkretne zamówienie (umowę), którego realizacja pozwoliła na nabycie wiedzy i doświadczenia. Przejście takie może być zrealizowane zarówno przez przejęcie spółki, jak również przejęcie samego przedsiębiorstwa (lub jego zorganizowanej części), zarówno w drodze sprzedaży, jak również dzierżawy, bądź innych stosunków prawnych. W typowej sytuacji udostępnienia zasobów istnieje więc pośrednictwo pomiędzy zasobem (wiedzą i doświadczeniem, jak również innym potencjałem — np. kadrowym lub sprzętowym), a samym wykonawcą. Pośrednictwo to świadczy podmiot trzeci — właściciel wiedzy i doświadczenia (ale również zasobów ludzkich bądź urządzeń). W sytuacji „oderwania” i „przyjęcia” zasobów nie ma podmiotu pośredniczącego między zasobami, a wykonawcą nimi dysponującego - zasoby wchodzą do przedsiębiorstwa wykonawcy, który nimi dysponuje w sposób bezpośredni. W przedmiotowej sytuacji dotychczasowy dysponent potencjału wyzbył się go i przekazał na wyłączny użytek spółce Bitum. Tym samym zasoby podmiotu trzeciego zostały w pełni wchłonięte przez Odwołującego. Opisana sytuacja, w ocenie Odwołującego, nie była objęta regulacją ustawową więc Zamawiający powinien zastosować przez analogię przepisy regulujących podobne instytucje. Zamawiający nie mógł natomiast interpretować jej wprost w oparciu o postanowienia pkt 5.5 lit. d SIWZ.

Zarzut nr 5

Odwołujący wskazał, że wbrew stanowisku Zamawiającego dopuszczalna była sytuacja, w której mimo wstępnej deklaracji o korzystaniu zasobów podmiotu trzeciego (złożonej w postępowaniu), po zawarciu umowy wykonawca miał zrezygnować z pośrednictwa

podmiotu trzeciego i samodzielnie zatrudnić kadre, którą wcześniej przedstawił w ramach zobowiązania do udostępnienia zasobów. Sytuacja ta była również uzasadniona gospodarczo — do czasu braku pewności co do realizacji zamówienia Odwołujący nie był zmuszony do zatrudnienia odpowiedniej kadry (tj. definitywnego nabycia zasobów w celu ich samodzielnego i bezpośredniego posiadania). Odwołujący uprawniony był do czasowego bazowania na zasobach udostępnionych, mogąc zapewnić Zamawiającego, że na etapie realizacji będzie dysponował zasobami samodzielnie (bezpośrednio) przez „przejęcie” tych zasobów. Przedmiotowa sytuacja nie jest objęta dyspozycją art. 22a ust. 4 Pzp, do którego odnosi się przepis art. 22a ust. 1 Pzp, do którego z kolei odnosiło się postanowienie rozdziału 5 punktu 5.5 lit. d SIWZ TOM I. W opisanej powyżej sytuacji Odwołujący nie złamał więc zakazu opisanego w cytowanym punkcie.

Zarzut nr 6

Zamiarem Odwołującego było samodzielne wykonanie kluczowych części zamówienia. W związku z tym, w celu samodzielnego wykonania kluczowych części zamówienia niezbędne było również samodzielne dysponowanie przez Odwołującego zasobami niezbędnymi do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (które powiązane były z częściami kluczowymi, przewidzianymi do osobistego wykonania przez wykonawcę). Mając na uwadze powyższe, Odwołujący zawarł z podmiotem trzecim umowę przedwstępną dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa, celem przejęcia zasobów w bezpośrednie władanie, tym samym umożliwiając sobie:

1. samodzielne spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie części kluczowych,
2. samodzielne wykonanie kluczowych części zamówienia przy pomocy zorganizowanej części przedsiębiorstwa posiadającej wiedzę i doświadczenie niezbędne do realizacji kluczowych części zamówienia.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, że postanowienie rozdziału 5 pkt 5.5 lit. d SIWZ TOM I (IDW) było bezwzględnie nieważne na podstawie art. 58 § 1 Kc w zw. z art. 22a ust. 1 Pzp, a zatem nie było wiążące dla wykonawców biorących udział w postępowaniu. Odwołujący podniósł, że SIWZ jest oświadczeniem zamawiającego o charakterze cywilnoprawnym, zatem postanowienie SIWZ sprzeczne z przepisem o charakterze bezwzględnie obowiązującym nie mogło być prawnie skuteczne, gdyż było dotknięte sankcją nieważności. Art. 36a ust. 2 Pzp nie wyłącza uprawnienia wykonawcy do posłużenia się potencjałem podmiotu trzeciego na zasadzie art. 22a ust. 1 Pzp i art. 22a ust. 4 Pzp. Zakaz taki nie został zawarty w żadnym przepisie Pzp, w szczególności nie wynika on z treści art. 36a ust. 2 Pzp. Literalna treść przepisu art. 36a ust. 2 Pzp wyraża jedynie nakaz osobistego

wykonania kluczowych części zamówienia, a nie zakaz korzystania z uprawnień określonych w art. 22a ust. 1 Pzp i w art. 22a ust. 4 Pzp. Gdyby więc nawet przyjąć, że Odwołujący dysponował przez pewien czas w postępowaniu zasobami pośrednio, to:

1. było to możliwe, ze względu na bezwzględną nieważność zakazu wyrażonego w postanowieniach rozdziału 5 pkt 5.5 lit. d SIWZ TOM 1 (IDW),
2. zostało to konwalidowane przez zawarcie umowy dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa, o czym poinformowany został Zamawiający w wyjaśnieniach Odwołującego.

W tym stanie rzeczy błędne było stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym Odwołujący nie dysponował zasobami w momencie składania oferty.

Zarzut nr 7

W przypadku, gdyby Zamawiający uznał, że sposób i podstawa dysponowania zasobami przez Odwołującego nie były wystarczające, Odwołujący winien mieć możliwość samodzielnego wykazania zdolności technicznych lub zawodowych, które były niezbędne do spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 25 maja 2020 roku, Odwołujący wykazał samodzielne spełnianie warunków udziału w postępowaniu (na skutek zawarcia przyrzeczonej umowy dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa spółki Drog-Bud), w oparciu o zasoby, które dotychczas pozostawały w przejściowym władaniu spółki Drog-Bud. Błędne było utożsamianie przez Zamawiającego powyższej sytuacji z taką, w której spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę nastąpiłoby w czasie późniejszym niż termin składania ofert.

Zamawiający nie kwestionował prawidłowości robót referencyjnych na potrzebę wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Tym samym zdolności techniczne lub zawodowe (wiedza i doświadczenie) wykazane przez Odwołującego w wykazie robót były prawidłowe, a doświadczenie z nimi związane — nabyte przed terminem składania ofert.

Zarzut nr 8

Art. 36b ust. 2 Pzp zezwala na rezygnację przez wykonawcę z podmiotu udostępniającego zasoby na wszelkich etapach postępowania oraz realizacji publicznego, przy czym w takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest wykazać Zamawiającemu, że samodzielnie spełnia je w stopniu niemniejszym niż podmiot, który uprzednio zasobami dysponował. Sytuacja taka wystąpiła w przedmiotowym postępowaniu — Odwołujący zrezygnował z powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego oraz wykazał Zamawiającemu samodzielne spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W świetle powyższego nieuzasadniona jest decyzja podjęta przez

Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania ze względu na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu, przy jednoczesnym braku jakichkolwiek zastrzeżeń do wskazanych robót referencyjnych.

Zarzut nr 9

Mając na uwadze zarzuty opisane pod numerami 7 oraz 8 Odwołujący wskazał, że nawet przyjęcie, że nie dysponował on przez pewien czas zasobami w postaci zdolności technicznych lub zawodowych (które w tym czasie były w posiadaniu spółki Drog-Bud), ich bezsprzeczne nabycie nastąpiło w drodze zawartej umowy dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa, co rozwiązać winno wszelkie wątpliwości Zamawiającego w tym względzie. Odwołujący wykazał samodzielne spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a ewentualne wcześniejsze powoływanie się na zasoby innego podmiotu pozostawało w tym stanie rzeczy bez znaczenia.

Zarzut nr 10

Powyższe naruszenia Zamawiającego spowodowały, że naruszył on w postępowaniu zasadę równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i proporcjonalności.

Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i wskazał m. in.:

Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, ponieważ nie wykazał na dzień składania ofert spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w pkt. 7.2.3a) ppkt. a) SIWZ TOM 1 (IDW). Zestawienie zastrzeżonego w pkt 5.5 ppkt. a) SIWZ TOM 1 (IDW) obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia w postaci z postawionym przez Zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu określonym w pkt. 7.2.3a) ppkt. a) SIWZ TOM I (IDW) wskazywało na wyłączenie możliwości powołania się przez wykonawcę na potencjał podmiotów trzecich w zakresie doświadczenia odnoszącego się do zastrzeżonej części zamówienia.

Kluczowa część przedmiotu zamówienia została powiązana z warunkiem udziału w postępowaniu. Zamawiający postawił warunek odnoszący się do całego zadania (tj. wymóg realizacji jednego zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 97 mln zł netto). Zamawiający wskazał, że zarzut Odwołującego, zgodnie z którym postanowienia SIWZ określone w pkt 5.5 ppkt. d) SIWZ TOM I (IDW) były bezwzględnie nieważne na podstawie

art. 58 § 1 Kc w zw. z art. 22a ust. 1 Pzp, a w konsekwencji nie były wiążące dla wykonawców, był bezzasadny oraz spóźniony.

Art. 36a ust. 2 Pzp stanowił podstawę zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania określonych części zamówienia przez wykonawcę. Zamawiający mógł zatem zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane, wykluczając możliwość polegania na zasobach Innego podmiotu. Zamawiający miał również prawo wskazać w SIWZ, że zastrzeżenie osobistego wykonania kluczowych części zamówienia wyłącza możliwość wykazywania przez wykonawców warunku na podstawie zasobów podmiotu trzeciego.

Zamawiający przewidział procedurę odwróconą, o której mowa w art. 24aa Pzp. Odwołujący (jako wykonawca którego oferta została oceniona najwyżej), pismem z 9 kwietnia 2020 r. został wezwany w trybie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia w zakresie określonym w SIWZ. W odpowiedzi, w Wykazie Robót Budowlanych, złożonym przez Odwołującego 21 kwietnia 2020 r. wpisane zostało m.in. zadanie pn.: „Przebudowa drogi krajowej nr 94 na terenie miasta Dąbrowa Górnicza”, Wartość zadania: 141 692 709,54 zł netto. Z treści ww. wykazu wynikało, że podmiot wykazujący spełnianie tego warunku to: Drog-Bud, a zadanie, zgodnie z referencjami załączonymi do wykazu, zostało zrealizowane przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Banimex sp. z o. o. (Lider) i Drog-Bud (Partner).

Do oferty Odwołującego zostało załączone oświadczenie (zobowiązanie) podmiotu trzeciego Drog-Bud, z treści którego wynikało, że ww. podmiot zobowiązuje się do oddania wykonawcy Bitum „zasobów w zakresie zdolności zawodowej - doświadczenie uzyskane na zadaniu: „Przebudowa drogi krajowej nr 94 na terenie miasta Dąbrowa Górnicza”. Zgodnie z treścią powyższego zobowiązania, sposób wykorzystania udostępnionych zasobów to: „wykorzystanie wiedzy i doświadczenia”, a zakres udziału ww. podmiotu przy wykonywaniu zamówienia to: wykonanie robót na podstawie umowy podwykonawczej.

Formularzu JEDZ złożonym przez Bitum na pytanie: „Czy Wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów klasyfikacji (...)” została zaznaczona odpowiedź „TAK”. Do oferty został również załączony Formularz JEDZ złożony przez Drog-Bud.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący oświadczył tym samym, że na dzień składania ofert polegał na zasobach podmiotu trzeciego w zakresie „zdolności zawodowych - doświadczenia uzyskanego na zadaniu: „Przebudowa drogi krajowej nr 94 na terenie miasta Dąbrowa Górnicza” (Bitum) i w konsekwencji nie spełniał samodzielnie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 7.2.3a ppkt. a SIWZ TOM 1 (IDW).

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający pismem z 27 kwietnia 2020 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. W treści wyjaśnień z 5 maja

2020 r. (znak pisma: L.dz. 45/2020), złożonych w odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego, Odwołujący poinformował między innymi, że:

1. Bitum zawarł z wykonawcą Drog-Bud przedwstępną umowę dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa Drog-Bud,
2. przyrzeczona umowa dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa miała zostać zawarta w terminie do 10 dni od zawarcia przez Odwołującego z Zamawiającym umowy realizacji przedmiotu zamówienia,
3. pomiędzy Bitum, a Drog-Bud została zawarta dodatkowa umowa o współdziałanie na podstawie, której Drog-Bud na potrzeby i w okresie wykonywania przedmiotowego zamówienia miał realizować współzarządzanie projektem, w ramach którego miał zapewnić m.in. nadzór finansowo-księgowy, audyt jakości robót, nadzór techniczny i inwestorski, usługi doradztwa finansowo-technicznego, koordynację prac Odwołującego, prac ewentualnych podwykonawców, przekazania know-how oraz roboty drogowe z wyłączeniem kluczowych części zamówienia.

W ramach wyjaśnień z 5 maja 2020 r. Odwołujący złożył drugie, odmienne od pierwotnego zobowiązanie wykonawcy Drog-Bud (datowane na 5 maja 2020 r.). Treść powyższego zobowiązania wskazywała, że sposób wykorzystania udostępnionych zasobów obejmował dzierżawę zorganizowanej części przedsiębiorstwa (przy pomocy zasobów wchodzących w skład części przedsiębiorstwa), a udział wykonawcy Drog-Bud w realizacji zamówienia miał mieć charakter współzarządzania projektem w części nieobejmującej realizacji kluczowych części zamówienia (m. in. przez konsultacje, know-how).

Stanowisko Odwołującego wzbudziło wątpliwości Zamawiającego. W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Odwołujący powołał się na przedwstępną umowę dzierżawy bliżej niesprecyzowanej, zorganizowanej części przedsiębiorstwa Drog-Bud, której to umowy nie złożył Zamawiającemu. Z drugiej strony Odwołujący wskazał, że dopiero po zawarciu przyrzeczonej umowy dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa zamówienia będzie mógł dysponować zasobami wykonawcy Drog-Bud. Drog-Bud miał przy tym wziąć udział w realizacji zamówienia jako tzw. współzarządzający, z wyłączeniem kluczowych części zamówienia.

Do oferty Odwołującego zostało jednak załączone całkowicie odmienne zobowiązanie wykonawcy Drog-Bud (datowane na 13 marca 2020 r.), z treści którego wynikało, że Drog-Bud będzie realizował roboty na podstawie umowy podwykonawczej. Z wyjaśnień Odwołującego z 5 maja 2020 r. wynikało, że kluczowe części zamówienia określone przez Zamawiającego w pkt. 5.5 ppkt a) SIWZ TOM I (IDW) Odwołujący zrealizuje samodzielnie.

W ocenie Zamawiającego powyższe podważało wiarygodność twierdzeń Odwołującego wskazując jednoznacznie, iż na dzień składania ofert Odwołujący nie spełniał postawionego przez Zamawiającego w SIWZ warunku.

Uwzględniając zatem fakt, iż przedstawione przez Odwołującego ww. zakresie dokumenty i informacje nie pozwalały Zamawiającemu na ocenę, czy Odwołujący spełnia spełnienia warunki udziału w postępowaniu, pismem z 25 maja 2020 r. wezwał go w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia:

1. Wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wraz z podaniem Ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź Inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty - w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym pkt. 7.2.3a) w SIWZ TOM I (IDW),
2. Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) złożonego przez Bitum poprawionego w zakresie części II litera C - w celu potwierdzenie, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że nie podlega wykluczeniu w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ.

W odpowiedzi 1 czerwca 2020 r. Odwołujący złożył wykaz robót budowlanych, w którym wskazało ponownie m.in.: zadanie pn.: „(...)Przebudowa drogi krajowej nr 94 na terenie miasta Dąbrowa Górnicza, Wartość zadania 141 692 709,54 zł netto”. Natomiast jako podmiot wykazujący spełnianie warunku ww. zakresie wpisano: Bitum

Z wyjaśnień Odwołującego wynikało, że treść dokumentów złożonych pierwotnie na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zawierała omyłkę, a zamiarem Odwołującego od początku udziału w postępowaniu było samodzielne wykonanie kluczowych części zamówienia. Powyższe nie znajdowało jednak potwierdzenia w dokumentach złożonych przez Odwołującego wraz z ofertą, jak również późniejszych wyjaśnieniach.

Z pisma Odwołującego z 1 czerwca 2020 r. wynikało, że pomiędzy Bitum, a Drog-Bud została zawarta umowa dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa. W efekcie Bitum przejął inne przedsiębiorstwo tj. wydzierżawił zorganizowaną część przedsiębiorstwa spółki Drog-Bud w zakresie m.in.: maszyn, urządzeń, środków transportu, praw wynikających z umów najmu, dzierżawy, leasingu, tajemnicy przedsiębiorstwa, know-how, doświadczenia, praw wynikających z umów cywilnoprawnych (z kadrą pracowniczą), dokumentacji, kontraktów gospodarczych, rabatów, kadry pracowniczej, itd. Przejęta część spółki Drog-Bud, miała być tą, która realizowała zadanie pn. „Przebudowa drogi krajowej

nr 94 na terenie miasta Dąbrowa Górnicza”. W związku z tym Odwołujący miał przejąć również zasoby tej zorganizowanej części przedsiębiorstwa i móc posługiwać się nimi w sposób samodzielny.

Ww. umowa dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa została zawarta 1 czerwca 2020 r., czyli już po terminie składania ofert.

Odwołujący zatem dopiero 1 czerwca 2020 r. przejął w posiadania wiedzę i doświadczenie spółki Drog-Bud. Składając przedmiotowe wyjaśnienia Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu umowy dzierżawy z Drog-Bud, która miałyby potwierdzać samodzielne spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

We wcześniejszych wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, Odwołujący oświadczył, że umowa dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa zostanie zawarta dopiero w terminie do 10 dni po zawarciu przez Odwołującego z Zamawiającym umowy na realizację przedmiotu zamówienia, co pozostawało w oczywistej sprzeczności z treścią wyjaśnień złożonych 1 czerwca 2020 r.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, że nawet gdyby przyjąć iż przez pewien czas dysponował on zasobami pośrednio, to zostało to konwalidowane przez zawarcie 1 czerwca 2020 r. umowy dzierżawy zorganizowanej części spółki Drog-Bud.

Dokumenty złożone przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp nie stanowiło podstawy do stwierdzenia możliwości zmiany daty spełniania wymogów, stanowiąc wyłącznie dodatkowy termin na przedstawienie przez wykonawcę prawidłowego dokumentu. Procedura uzupełniania dokumentów, o której mowa w art. 26 ust. 3 Pzp nie odnosi się do pozyskiwania przez wykonawcę nowych dokumentów, ale do przedłożenia dokumentów, które były już w dyspozycji wykonawcy i w oparciu, o które złożył on wstępne oświadczenie, spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Skoro art. 25a ust. 1 Pzp stanowi, że wstępne oświadczenia dołączane do oferty muszą być aktualne na dzień składania ofert, to nie ulega wątpliwości, że oświadczenia i dokumenty składane na podstawie art. 26 ust. 1 lub ust. 2 Pzp w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu również muszą potwierdzać, że wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i spełniał je przez całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że z chwilą zawarcia przedwstępnej umowy dzierżawy nastąpiło skuteczne przejęcie potencjału przedsiębiorstwa Drog-Bud, w tym zespołu składników niematerialnych i materialnych.

Zgodnie z art. 693 § 1 Kc przez umowę dzierżawy wdzierżawiający zobowiązuje się oddać dzierżawcy rzecz do używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony lub nieoznaczony, a dzierżawca zobowiązuje się płacić wdzierżawiającemu umówiony czynsz.

Umowa dzierżawy jest rodzajem umowy o korzystanie z rzeczy lub praw, podobnie jak umowa najmu, użyczenia czy też leasingu. Dzierżawa jest stosunkiem prawno-zobowiązaniowym, podlegającym zasadzie swobody umów, mocą którego jedna jej strona (wyzierżawiający) udostępnia odpłatnie korzystanie z rzeczy albo praw (art. 709 Kc) drugiej stronie (dzierżawcy), przy czym aby umowa nabrała cech dzierżawy, osoba korzystająca z cudzej rzeczy (albo praw) - dzierżawca, uprawniona musi być także do pobierania z niej pożytków.

Zgodnie z art. 55¹ Kc przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej. Obejmuje ono w szczególności:

1. oznaczenie indywidualizujące przedsiębiorstwo lub jego wyodrębnione części (nazwa przedsiębiorstwa);
2. własność nieruchomości lub ruchomości, w tym urządzeń, materiałów, towarów i wyrobów, oraz inne prawa rzeczowe do nieruchomości lub ruchomości;
3. prawa wynikające z umów najmu i dzierżawy nieruchomości lub ruchomości oraz prawa do korzystania z nieruchomości lub ruchomości wynikające z innych stosunków prawnych;
4. wierzytelności, prawa z papierów wartościowych i środki pieniężne; 5) koncesje, licencje i zezwolenia;
5. patenty i inne prawa własności przemysłowej;
6. majątkowe prawa autorskie i majątkowe prawa pokrewne;
7. tajemnice przedsiębiorstwa;
8. księgi i dokumenty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej.

W art. 4a pkt 4 ustawy z 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 865 z późn. zm.) zawarto legalną definicję pojęcia zorganizowanej części przedsiębiorstwa. Pojęcie to oznacza organizacyjnie i finansowo wyodrębniony w istniejącym przedsiębiorstwie zespół składników materialnych i niematerialnych, w tym zobowiązania, przeznaczonych do realizacji określonych zadań gospodarczych, który zarazem mógłby stanowić niezależne przedsiębiorstwo samodzielnie realizujące te zadania. W skład zorganizowanej części przedsiębiorstwa nie muszą wchodzić wszystkie składniki określone w art. 55¹ Kc. Chodzi o taki zespół składników niematerialnych i materialnych, który jest na tyle zorganizowany i kompletny, iż może funkcjonować jako samodzielne przedsiębiorstwo, prowadzące określony rodzaj działalności gospodarczej.

Przekazane przez Odwołującego lakoniczne Informacje wskazujące na zawarcie w pierwszej kolejności przedwstępnej umowy, a następnie umowy przyrzeczonej, bez przedłożenia Zamawiającemu odpowiednich nie mogło zostać uznane za wykazanie przez Odwołującego samodzielnego spełnienia na dzień składania ofert warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w pkt. 7.2.3a ppkt a SIWZ TOM 1 (IDW).

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba ustaliła co następuje:

Zgodnie z punktem 7.2.3 ppkt a, lit. a Tomu I IDW o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali następujący warunek dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej: „Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 97 mln PLN netto”.

W punkcie 5.5 Tomu I IDW – „Podwykonawstwo i części kluczowe zamówienia” Zamawiający wskazał, że zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj.: nawierzchnię bitumiczną, łącznie z jej wytworzeniem (co najmniej 80%) i wbudowaniem mieszanek bitumicznych oraz pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług. Zamawiający zastrzegł przy tym, że w odniesieniu do kluczowych części zamówienia zastrzeżonych do osobistego wykonania przez wykonawcę nie może on w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu powoływać się na zdolności innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 Pzp.

Odwołujący w formularzu oferty, w punkcie 5 oświadczył, że zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia:

1. Oznakowanie pionowe i poziome oraz urządzenia BRD,
2. Branże sanitarną,
3. Energetykę,
4. Teletechnikę,
5. Ochronę środowiska,

6. Hydrotechnikę,
7. SRK,
8. Architektury – rozbiórkę obiektów kubaturowych.

Wraz z ofertą Odwołujący złożył m. in. zobowiązanie do udostępnienia potencjału przez wykonawcę Drog-Bud oraz JEDZ tego wykonawcy.

W treści ww. zobowiązania z 13 marca 2020 r. wykonawca Drog-Bud wskazał:

„Oświadczam, iż:

- a) udostępniam Wykonawcy zasoby, w następującym zakresie: zdolność zawodowa – doświadczenie uzyskane na zadaniu: Przebudowa drogi krajowej nr 94 na terenie miasta Dąbrowa Górnicza,
- b) sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów będzie następujący: wykorzystanie wiedzy i doświadczenia,
- c) zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: wykonanie robót na podstawie umowy podwykonawczej,
- d) okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: cały okres trwania zamówienia,
- e) zrealizuję Roboty/Usługi, których dotyczą wskazane zdolności”.

W treści JEDZ lidera Odwołującego wykonawca Bitum potwierdził, że polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji.

9 kwietnia 2020 r. na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów, w tym „wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie (...)”.

21 kwietnia 2020 r. Odwołujący złożył ww. wykaz robót. W dokumencie tym zawarte zostały m. in. następujące informacje:

1. Nazwa wykonawcy (podmiotu), wykazującego spełnianie warunku: DROG-BUD Sp. z o.o.,
2. Nazwa i adres zamawiającego/ zleceniodawcy (odbiorcy): Urząd Miejski w Dąbrowie Górniczej,
3. Pełna nazwa zadania (zamówienia): Przebudowa drogi krajowej nr 94 na terenie miasta Dąbrowa Górnicza,
4. Charakterystyka zamówienia/informacje potwierdzające spełnianie warunku opisanego w pkt 7.2.3) lit a) IDW: W ramach zadania została wykonana przebudowa

drogi klasy GP dwie dwupasmowe jezdnie z pasami włączeń. Wartość zadania: 174 282 032,73 zł brutto (141 692 709,54 zł netto).

Odwołujący przekazał Zamawiającemu ponadto referencje dotyczące ww. zadania, wystawione przez Gminę Dąbrowa Górnicza. Z treści tego dokumentu wynikało, że wykonawcą inwestycji Przebudowa drogi krajowej nr 94 na terenie miasta Dąbrowa Górnicza, było konsorcjum wykonawców Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX Sp. z o.o. (lider) oraz Drog-Bud Sp. z o.o. (członek konsorcjum).

27 kwietnia 2020 r. Zamawiający skierował do Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wezwanie do wyjaśnień, w którym wskazał m. in.: „W odniesieniu do kluczowych części zamówienia zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, Wykonawca nie może powoływać się na zdolności innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Biorąc pod uwagę powyższe aspekty, Zamawiający wzywa do złożenia następujących wyjaśnień:

1. Proszę o wskazanie jaki był faktyczny zakres robót wykonanych przez Drog-Bud Sp. z o.o. przy realizacji zadania nr 1 pn.: „Przebudowa drogi krajowej nr 94 na terenie miasta Dąbrowa Górnicza”. Proszę o wskazanie dokładnego zakresu rzeczowego oraz wartości netto robót, które zostały wykonane przez Drog-Bud Sp. z o.o. przy realizacji w/w zadania.
2. Proszę o wskazanie w jakim zakresie Drog-Bud Sp. z o.o. udostępni doświadczenie Wykonawcy przy realizacji niniejszego zamówienia. Proszę również o wskazanie czy udostępnienie tych zasobów następuje na rzecz BITUM Sp. z o.o., czy na rzecz całego Konsorcjum.
3. Proszę o wskazanie w jakim zakresie Drog-Bud Sp. z o.o. będzie faktycznie uczestniczył w realizacji zamówienia. Proszę o wskazanie konkretnego zakresu prac/robót które Wykonawca zamierza powierzyć Drog-Bud Sp. z o.o., na podstawie umowy podwykonawczej, przy realizacji niniejszego zamówienia.
4. Proszę o wskazanie w jaki sposób Wykonawca zorganizuje swoją współpracę z Drog-Bud Sp. z o.o. w celu zapewnienia realnego wykorzystania przekazanych zasobów przy realizacji niniejszego zamówienia”.

5 maja 2020 r. Odwołujący w odpowiedzi na ww. wezwanie wyjaśnił: „Wykonawca wyjaśnia, że Lider Konsorcjum (BITUM Sp. z o.o.) zawarł z DROG-BUD Sp. z o.o. przedwstępna umowę dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa DROG-BUD Sp. z o.o. Przedwstępna umowa dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa przewiduje, że BITUM Sp. z o.o. może dysponować zorganizowaną częścią przedsiębiorstwa DROG-BUD Sp. z o.o., związaną m.in. z realizacją zadania pn. „Przebudowa drogi krajowej nr 94 na terenie miasta Dąbrowa Górnicza”, m.in.: wykwalifikowana kadra, zasoby sprzętowe,

urządzenia, maszyny, procedury, schematy, instrukcje, oprogramowanie, księgi i dokumentacje związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, know-how, majątkowe prawa autorskie i majątkowe prawa pokrewne. Przedwstępna umowa dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa, o której mowa powyżej, została zawarta w celu i na potrzeby wykonania przedmiotowego zamówienia. Zgodnie z ustaleniami pomiędzy DROG-BUD Sp. z o.o. a BITUM Sp. z o.o., przyrzeczona umowa dzierżawy zostanie zawarta w terminie do 10 dni od zawarcia przez Konsorcjum umowy na realizację robót budowlanych w ramach niniejszego Zamówienia. Mając na uwadze fakt, że obecnie została zawarta umowa przedwstępna przewidująca możliwość bezpośredniego korzystania z przedsiębiorstwa DROG-BUD Sp. z o.o. można stwierdzić, że BITUM Sp. z o.o. będzie dysponował bezpośrednio zasobami DROG-BUD Sp. z o.o. (...).

W załączonym do oferty zobowiązaniu DROG-BUD Sp. z o.o. z dnia 13 marca 2020r. podmiot udostępniający zasoby omyłkowo oświadczył, że będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia poprzez wykonywanie robót na podstawie umowy podwykonawczej. Mając bowiem na uwadze przedmiot przedwstępnej umowy dzierżawy, zawartej między DROG-BUD Sp. z o.o. a BITUM Sp. z o.o., w okresie realizacji zamówienia obowiązywać będzie umowa dzierżawy, na podstawie której BITUM Sp. z o.o. będzie dysponował potencjałem w sposób bezpośredni. O powyższej omyłce świadczy również bezsprzecznie fakt, że Wykonawca w formularzu oferty (zob. pkt 5 formularza ofertowego) nie wskazał przedmiotowych robót jako zakresu możliwego do powierzenia podwykonawcom oraz nie wskazał DROG-BUD Sp. z o.o. jako potencjalnego podwykonawcy. Na moment sporządzania oferty żadna firma podwykonawcy nie była jeszcze znana (...).

W zakresie objętym umową dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa DROG-BUD Sp. z o.o. nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, ponieważ zorganizowana część przedsiębiorstwa wejdzie do zasobów własnych Wykonawcy, a zatem w części zamówienia, do której wykonania niezbędne są wiedza i doświadczenie wchodzące w skład w/w zorganizowanej części przedsiębiorstwa nie będzie uczestniczył podwykonawca, ale wyłącznie Wykonawca. DROG-BUD Sp. z o.o. będzie uczestniczył w realizacji zamówienia w zakresie współzarządzania projektem, konsultacji, przekazania know-how, a zakres udziału obejmować będzie roboty drogowe, z wyłączeniem kluczowych części zamówienia. Wykonawca nie wyklucza również możliwości powierzenia DROG-BUD Sp. z o.o. części zakresu zamówienia jako podwykonawcy z wyłączeniem kluczowych części zamówienia, które Wykonawca zrealizuje samodzielnie". Do wyjaśnień Odwołujący załączył nowy dokument zobowiązania wykonawcy Drog-Bud do udostępnienia zasobów na rzecz wykonawcy Bitum. W dokumencie tym, podpisanym 5 maja 2020 r., wskazano m. in.: „Oświadczam, iż:

a) udostępniam Wykonawcy zasoby, w następującym zakresie: Zdolność zawodowa - wiedza oraz doświadczenie, w szczególności uzyskane w trakcie realizacji zadania: „Przebudowa drogi krajowej nr 94 na terenie miasta Dąbrowa Górnicza”,

b) sposób wykorzystania udostępnionych zasobów będzie następujący:

- Dzierżawa zorganizowanej części przedsiębiorstwa; (...)
- Konsultacje zagadnień technicznych związanych z realizacją przedmiotu zamówienia;
- Przekazywanie przez Drog-Bud na rzecz Wykonawcy know-how pozyskanego przy realizacji zadania: „Przebudowa drogi krajowej nr 94 na terenie miasta Dąbrowa Górnicza” (...).

DROG-BUD Sp. z o.o. potwierdza zawarcie z BITUM Sp. z o.o. przedwstępnej umowy dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa, na podstawie której BITUM Sp. z o.o. przysługiwać będzie prawo dysponowania w szczególności elementami zorganizowanej części przedsiębiorstwa DROG-BUD Sp. z o.o., związanymi z realizacją zadania pn. „Przebudowa drogi krajowej nr 94 na terenie miasta Dąbrowa Górnicza”, takimi jak m.in.: wykwalifikowana kadra, zasoby sprzętowe, urządzenia, maszyny, procedury, schematy, instrukcje, oprogramowanie, księgi i dokumentacje związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, know-how, majątkowe prawa autorskie i majątkowe prawa pokrewne”.

25 maja 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wykazu robót budowlanych w celu potwierdzenia samodzielnego spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W wezwaniu Zamawiający wskazał m. in.: „Zawarcie przez BITUM Sp. z o.o. z DROG-BUD Sp. z o.o. przedwstępnej umowy dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa nie może zostać uznane za samodzielne spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Nie można uznać, iż podmiot wykazujący spełnienie warunku udziału w postępowaniu w całym wymaganym zakresie, będzie uczestniczył w realizacji tego zamówienia jedynie w pewnym, wybranym przez siebie zakresie, stanowiącym element, a nie całość wykazywanego doświadczenia. W sytuacji kiedy podmiot trzeci udostępnia swoje zasoby, polegające na wykazaniu doświadczenia stanowiącego warunek udziału w postępowaniu, podmiot ten zobowiązany jest do osobistego wykonania tej części zamówienia, która była objęta warunkiem udziału w postępowaniu”.

1 czerwca 2020 r. Odwołujący w odpowiedzi na ww. wezwanie wskazał: „wyjaśniam, że pomiędzy spółką DROG-BUD Sp. z o.o., a BITUM Sp. z o.o. zawarta została umowa dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa, mocą której Wykonawca przejął inne przedsiębiorstwo (wydzierżawił zorganizowaną część przedsiębiorstwa innej spółki) w zakresie m.in.: maszyn, urządzeń, środków transportu, praw wynikających z umów najmu, dzierżawy, leasingu, tajemnicy przedsiębiorstwa, know-how, doświadczenia, praw

wynikających z umów cywilnoprawnych (z kadrami pracowniczą), dokumentacji, kontraktów gospodarczych, rabatów, kadry pracowniczej, itd. – w zakresie tej części przedsiębiorstwa spółki DROG-BUD sp. z o.o., która realizowała zadanie pn. „Przebudowa drogi krajowej nr 94 na terenie miasta Dąbrowa Górnicza”. W związku z tym Wykonawca przejął również zasoby tej zorganizowanej części przedsiębiorstwa i może posługiwać się nimi w sposób samodzielny”. Do wyjaśnień Odwołujący załączył m. in. nowy wykaz robót, w którym wskazał doświadczenie wynikające z realizacji zadania „Przebudowa drogi krajowej nr 94 na terenie miasta Dąbrowa Górnicza” jako zasób własny.

16 czerwca 2020 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

W ocenie Izby powyższa czynność Zamawiającego była prawidłowa i uzasadniona. Odwołujący konsekwentnie twierdził, że na potrzebę wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia korzystał z potencjału spółki Drog-Bud. Podstawą do dysponowania tym potencjałem miała być umowa przedwstępna dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa przez lidera Odwołującego, tj. spółkę Bitum. Podkreślić jednak należy, że Odwołujący nie przekazał kopii tej umowy przedwstępnej Zamawiającemu, a o jej treści i zakresie przyrzeczonej dzierżawy informował Zamawiającego jedynie w wyjaśnieniach. Zamawiający tym samym nie miał możliwości weryfikacji podstawy do dysponowania doświadczeniem spółki Drog-Bud przez Odwołującego.

Wątpliwości nie budzi jednak charakter zobowiązania zawartego między spółką Drog-Bud, a spółką Bitum – umowa przedwstępna. Umowa przedwstępna nie wywołuje skutków takich jak umowa przyrzeczona. W umowie przedwstępnej jedna ze stron lub obie strony zobowiązują się do zawarcia w przyszłości oznaczonej ważnej umowy przyrzeczonej. Umowa przedwstępna dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa nie przenosi na dzierżawcę żadnych praw i obowiązków z tytułu przyszłej, planowanej dzierżawy. Wskazać zatem należy, że umowa przedwstępna nie dawała Odwołującemu żadnych podstaw do wykazania dysponowania potencjałem udostępnionym przez spółkę Drog-Bud jako własnym, ponieważ umowa przedwstępna przygotowuje i zapewnia dojście do skutku umowy przyrzeczonej. Dopiero przyrzeczona umowa dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa mogła wywołać skutek w postaci przeniesienia potencjału spółki Drog-Bud na lidera Odwołującego. Tym samym Izba uznała, że do momentu zawarcia umowy przyrzeczonej Odwołujący wbrew swoim twierdzeniom opierał się na potencjale podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, mimo, że w zakresie określonym w SIWZ, Zamawiający wykluczył taką możliwość.

Termin składania ofert upłynął 17 marca 2020 r. Obowiązkiem wykonawców biorących udział w postępowaniu było zatem wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w tej dacie. Odwołujący zawarł przyrzeczoną umowę dzierżawy zorganizowanej części przedsiębiorstwa 1 czerwca 2020 r., zatem dopiero od tej daty Odwołujący mógł powoływać się na doświadczenie z realizacji zadania pn. „Przebudowa drogi krajowej nr 94 na terenie miasta Dąbrowa Górnicza” jako na doświadczenie własne, a nie podmiotu trzeciego.

Zgodnie z art. 22a ust. 6 Pzp jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaze zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Art. 22a ust. 6 nie stanowi przy tym odrębnej, wobec przewidzianej w art. 26 ust. 3 Pzp, podstawy do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów podmiotowych. Zastosowanie tego przepisu nie może więc naruszać zasady jednokrotnego uzupełniania dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z 25 maja 2020 r. skonstruował wynikające z przytoczonego wyżej art. 22a ust. 6 Pzp i podjął próbę samodzielnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wskazać jednak należy, że art. 22a ust. 6 Pzp nie może być traktowany jako podstawa prawna do przywrócenia terminu do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca, który zdecydował się w oparciu o ww. przepis na samodzielne wykazanie dysponowania m. in. zdolnościami technicznymi lub zawodowymi ma obowiązek wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie na dzień uzupełnienia dokumentów podmiotowych, a na dzień składania ofert.

W tej sytuacji Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo uznał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób zgodny z wymogami określonymi w treści SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem

przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....

.....

.....