

Sygn. akt: KIO 1872/18, KIO 1895/18

WYROK

z dnia 11 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska
Członkowie: Katarzyna Brzeska
Anna Chudzik
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 1 i 8 października 2018 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do łącznego rozpoznania, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 17 września 2018 r. przez **wykonawcę AVR S.A. z siedzibą w Krakowie,**
- B. w dniu 21 września 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych „Ostrada” Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce oraz J.J. prowadzącego działalność gospodarczą w Drużbicach**

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy PLANETA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 1872/18 po stronie zamawiającego,
przy udziale **wykonawcy FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 1872/18 po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. Odrzuca odwołanie w sprawie KIO 1872/18 w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia wykonawcy PLANETA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp w odniesieniu do wykazu usług z dnia 18 maja 2018 r.;**
- 2. W pozostałym zakresie w sprawie KIO 1872/18 odwołanie oddala oraz oddala**

odwołanie w sprawie KIO 1895/18;

3. Kosztami postępowania obciąża:

3.1. w sprawie KIO 1872/18 wykonawcę AVR S.A. z siedzibą w Krakowie i

A. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę AVR S.A. z siedzibą w Krakowie,

B. Zasądza od wykonawcy AVR S.A. z siedzibą w Krakowie na rzecz zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu poniesionych kosztów zastępstwa prawnego;

3.2. w sprawie KIO 1895/18 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych „Ostrada” Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce oraz J.J. prowadzącego działalność gospodarczą w Drużbicach i

A. 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 udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych „Ostrada” Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce oraz J.J. prowadzącego działalność gospodarczą w Drużbicach,

B. Zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych „Ostrada” Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce oraz J.J. prowadzącego działalność gospodarczą w Drużbicach na rzecz zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu poniesionych kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Całoroczne, kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie w podziale na 4 zadania (Rejony): Zadanie 1 – Rejon w Mińsku Maz. Zadanie 2 – Rejon w Mławie, Zadanie 3 – Rejon w Radomiu, Zadanie 4 – Rejon w Zwoleniu*, nr sprawy: GDDKiA.O.WA.D-3.241.14.2018. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 marca 2018 r. za numerem 2018/S 051-113005. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 zwanej dalej „ustawą pzp”).

KIO 1872/18

W dniu 17 września 2018 r. odwołanie wniósł wykonawca AVR S.A. z siedzibą w Krakowie – dalej Odwołujący AVR.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu w zakresie zadania 4 - Rejon w Zwoleniu, polegających na:

1. ponownym wyborze w dniu 7 września 2018 r. jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Planeta Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
2. zaniechaniu wykluczenia przez Zamawiającego wykonawcy Planeta Sp. z o.o. pomimo tego, iż ten nie potwierdził spełniania warunku określonego w pkt 7.2.3 a) IDW,
3. zaniechaniu wykluczenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez Planeta Sp. z o.o. pomimo, iż przy wykazywaniu spełniania warunku z pkt 7.2.3 a) IDW wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd,
4. zaniechaniu uznania oferty wykluczonej za odrzuconą,

alternatywnie:

5. błędnym przyjęciu, iż Wykonawca Planeta Sp. z o.o. z własnej inicjatywy mógł dokonać uzupełnienia dokumentów uprzednio złożonych,

6. zaniechania wezwania Wykonawcy Planeta Sp. z o.o. do wyjaśnienia i uzupełnienia formularza „Zdolność zawodowa — Wykonawcy (Wykaz usług)” w sytuacji, gdy Wykonawca, w swych wyjaśnieniach nie był w stanie potwierdzić spełnienia warunku z pkt 7.2.3 a) IDW,

Zaskarżanym czynnościami i zaniechaniem Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy pzp polegające na dokonaniu z naruszeniem przepisów pzp - wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Planeta Sp. z o.o., co skutkuje naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady legalizmu;

2. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Planeta Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo iż w wyniku rażącego niedbalstwa wykonawca ten dwukrotnie w przedłożonym „Wykazie usług” - zarówno w wyniku wezwania Zamawiającego w trybie z art. 26 ust. 1 pzp w dniu 7 czerwca 2018 r., jak również w wyniku tzw. „autouzupełnienia” wraz z wyjaśnieniami w dniu 16 sierpnia 2018 r. — wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji co do zakresu doświadczenia, jakie faktycznie zdobyła spółka Planeta Sp. z o.o. przy realizacji usług wskazanych w przedmiotowych formularzach, w celu potwierdzenia spełnienia warunku określonego w pkt. 7.2.3.) a) IDW przez tego wykonawcę, co skutkowało dwukrotnym wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej, w oparciu o kwestionowane dokumenty;

alternatywnie:

3. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Planeta Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo iż wykonawca ten w wyniku niedbalstwa dwukrotnie w przedłożonym „Wykazie usług” - zarówno w wyniku wezwania Zamawiającego w trybie z art. 26 ust. 1 ustawy pzp w dniu 7 czerwca 2018 r., jak również w wyniku tzw. „autouzupełnienia” wraz z wyjaśnieniami w dniu 16 sierpnia 2018 r. — przedstawił informację wprowadzającą w błąd Zamawiającego, co niewątpliwie miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, gdyż skutkowało dwukrotnym wyborem oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej, w oparciu o przedmiotowe dokumenty;

4. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Planeta Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pomimo, iż wykonawca ten składając wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, nie rozwiązał wątpliwości Zamawiającego i w konsekwencji

jak stwierdził Zamawiający w piśmie z dnia 5 września 2018 r. - nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych w Tomie I Rozdziale 1 pkt 7.2.3. a) IDW;

gdyby Izba uznała, iż zarzuty powyższe nie zasługują na uwzględnienie zarzucił ponadto naruszenie:

5. art. 26 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy pzp poprzez uznanie, że złożenie przez wykonawcę Planeta Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 16 sierpnia 2018 r. nowego formularza „Zdolność zawodowa — Wykonawcy (Wykaz usług)” na potwierdzenie spełnienia warunków, które zostały określone przez Zamawiającego w pkt. 7.2.3) a) IDW, mogło nastąpić z własnej inicjatywy w/w wykonawcy, pomimo że Planeta Sp. z o.o. nie była wzywana przez Zamawiającego do „uzupełnienia” tych dokumentów, a jedynie ich „wyjaśnienia” w trybie art. 26 ust. 4 pzp, co miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania, z uwagi na okoliczność, iż złożone przez Planeta Sp. z o.o. dokumenty w dniu 16 sierpnia 2018 r. zostały uwzględnione przez Zamawiającego przy ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej;

6. art. 26 ust. 3 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Planeta Sp. z o.o. do uzupełnienia formularza „Zdolność zawodowa — Wykonawcy (Wykaz usług)” pomimo, iż wykonawca ten w wyjaśnieniach z dnia 16 sierpnia 2018 r., dokonał w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp niedozwolonego przepisami tzw. „autouzupełniania”, co miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania, z uwagi na okoliczność, iż złożone przez Planeta Sp. z o.o. dokumenty w dniu 16 sierpnia 2018 r. zostały uwzględnione przez Zamawiającego przy ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej;

7. art. 26 ust 4 ustawy pzp polegający na zaniechaniu dalszego wyjaśnienia przez Zamawiającego okoliczności, czy wykonawca Planeta sp z o.o. faktycznie samodzielnie wykonał prace w ramach kontraktu pn. „Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z podziałem na 6 zadań (...)” (znak: 51/2014) w zakresie Zadania nr 5. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Ożarowie Mazowieckim na kwotę 17.323.447,14 zł, a w konsekwencji czy spełnił warunek określony w pkt. 7.2.3) a) IDW, w sytuacji gdy z dokumentów postępowania oraz przedłożonego w wyniku tzw. „autouzupełniania” formularza „Wykaz usług”, nie wynika potwierdzenie spełnienia warunku.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Planeta Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

2) wykluczenia z postępowania wykonawcy Planeta Sp. z o.o. i uznania jego oferty za odrzuconą,

3) ponownego badania złożonych ofert,

alternatywnie o:

4) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Planeta Sp. z o.o.,

5) ponownego badania złożonych ofert.

Odwołujący podkreślił, że odwołanie zostało złożone w terminie, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, ponieważ informacja o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania tj. ponowny wybór oferty najkorzystniejszej została mu przekazana w dniu 7 września 2018 r.

W ocenie Odwołującego się, posiada on interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, ponieważ zarówno działania Zamawiającego, jak i zaniechania których dopuścił się w toku przedmiotowego postępowania - doprowadziły do wyboru oferty Wykonawcy Planeta Sp. z o.o., a nie podmiotu wnoszącego przedmiotowe odwołanie. Odwołujący wskazał, iż spełniona jest również przesłanka dotycząca realnego lub potencjalnego wystąpienia szkody po stronie Odwołującego, bez względu czy weźmiemy pod uwagę tutaj utracone korzyści w odniesieniu do zysków, które przyniosłaby zawarta z Zamawiającym umowa (*lucrum cessans*), czy też pogorszenie się jego sytuacji majątkowej polegające na konieczności poniesienia kosztów związanych z jego udziałem w przetargu (*damnum emergens*).

Odnośnie zarzutu 1 odwołania zaznaczył, że jest on oparty o naczelne zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tj. zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę legalizmu), jest zarzutem wynikowym, gdyż z naruszeniem zasad ogólnych z art. 7 ustawy pzp będziemy mieć do czynienia w sytuacji potwierdzenia się innych zarzutów wskazanych w odwołaniu, a więc naruszenia konkretnych norm prawnych regulujących przedmiotowe postępowanie.

W zakresie zarzutu 2 i 3 odwołania Odwołujący w pierwszej kolejności zauważył, iż Krajowa Izba Odwoławcza w pkt. 2 sentencji wyroku z dnia 23 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1282/18, KIO 1318/18, KIO 1321/18 uwzględniła odwołanie wniesione przez AVR S.A. (KIO 1318/18) i nakazała GDDKiA Oddział w Warszawie unieważnienie czynności badania i oceny ofert w zadaniu 4 postępowania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu 4, dokonanie powtórnego badania i oceny ofert w zadaniu 4, w szczególności

wezwania wykonawcy Planeta Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie rodzaju prac, jakie podmiot ten wykonał w ramach zamówienia Bieżące i zimowe (kompleksowe) utrzymanie autostrady A2 odc. gr. woj. łódzkiego i mazowieckiego — węzeł Konotopa od km 411+465,8 do km 456+239,67 wraz z węzłami i skrzyżowaniami oraz wszystkimi obiektami inżynierskimi w pasie drogowym autostrady. Co istotne, powyżej wskazany wyrok, został wydany w wyniku ujawnienia w toku poprzedniego postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1282/18, KIO 1318/18, KIO 1321/18 toczącego się w przedmiotowej sprawie, iż konsorcjum firm w składzie: Planeta Sp. z o.o., ul. Zdziarska 21, 03 — 289 Warszawa (Lider), Wardex A.W., Słupno, ul. Żeromskiego 112, 05 — 250 Radzymin (Partner) oraz PPUH Podkowa Sp. j. B. i P., ul. Srebrna 3/7, 00 — 810 Warszawa (Partner) w dniu 19 kwietnia 2013 r. zgłosiło jako podwykonawcę firmę Autostrada Mazowiecka Sp. z o. o. robót dla umowy nr 194/2012, nie realizując usługi samodzielnie — jak wskazano w „Wykazie usług” złożonym w dniu 7 czerwca 2018 r. Biorąc pod uwagę także treść § 4 Umowy konsorcjum zawartej w dniu 26 kwietnia 2012 r. pomiędzy w/w konsorcjantami, której przedmiotem było określenie zasad realizacji zamówienia publicznego, wskazane przez wykonawcę Planeta Sp. z o.o. w pierwotnie złożonym formularzu „Wykaz usług” — w ocenie Izby — wyjaśnienie rzeczywistego zakresu prac realizowanych przez Planeta Sp. z o.o. przy przedmiotowym zamówieniu, na którego realizację wykonawca ten powoływał się w pierwotnym formularzu „Zdolność zawodowa — Wykonawcy Wykaz usług” było niezbędne dla dokonania oceny czy Wykonawca ten rzeczywiście warunek określony w pkt. 7.2.3) a) IDW spełnia. Zamawiający wykonując przedmiotowy wyrok KIO z dnia 23 lipca 2018 r. sygn. akt KIO 1282/18, 1318/18, 1321/18 - działając w oparciu o art. 26 ust 4 ustawy pzp - pismem z dnia 10 sierpnia 2018 r. (znak: O.WA.D-3.241.14.2018.mb.556.2018), wezwał Wykonawcę Planeta Sp. z o.o. do wyjaśnienia jakiego rodzaju prace faktycznie realizowane były przez tego wykonawcę w ramach zadania - wskazanego w pierwotnym formularzu „Zdolność zawodowa — Wykonawcy (Wykaz usług)” tj. „Bieżące i zimowe kompleksowe utrzymanie autostrady A2 odc. gr. woj. łódzkiego i mazowieckiego — węzeł Konotopa od km 411 +465,8 do km wraz z węzłami i skrzyżowaniami oraz wszystkimi obiektami inżynierskimi w pasie drogowym autostrady. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, Planeta Sp. z o.o. w dniu 16 sierpnia 2018 r. złożyła wyjaśnienia w przedmiotowej sprawie. Co istotne, treść wyjaśnień potwierdziła de facto zarzuty wysuwane przez Odwołującego AVR S.A. w odwołaniu z dnia 5 lipca 2018 r. (zarzut III, V i VI odwołania AVR S.A. z dnia 5 lipca 2018 r.). Wykonawca Planeta wprost stwierdził bowiem w piśmie z dnia 16 sierpnia 2018 r. iż: „nie jest w stanie potwierdzić wartości prac faktycznie wykonywanych przez Planeta Sp. z o.o. w oderwaniu od prac wykonywanych przez podwykonawcę Autostrada

Mazowiecka sp. z o.o.", co jak uzasadniał: „związane jest zarówno ze znaczną ilością prac zleconych dla podwykonawcy Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. jak również z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia wynikającego z umowy nr 194/2012”. Tym samym, należałoby w ocenie Odwołującego uznać, iż wykonawca Planeta Sp. z o.o. wskazując w pierwotnym „Wykazie usług” jako wykonywaną samodzielnie usługę pn.: „Bieżące i zimowe kompleksowe utrzymanie autostrady A2 odc. gr. woj. łódzkiego i mazowieckiego — węzeł Konotopa od km 411+465,8 do km wraz z węzłami i skrzyżowaniami oraz wszystkimi obiektami inżynierskimi w pasie drogowym autostrady” nie był w stanie potwierdzić spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 7.2.3 lit a SIWZ, albowiem przedmiotowa usługa była realizowana nie tylko wspólnie z pozostałymi konsorcjantami, ale również w dużym zakresie przez podwykonawcę. Z uwagi na powyżej opisane okoliczności, nie ulega zdaniem Odwołującego wątpliwości, iż zachowanie Planeta Sp. z o.o. polegające na przedłożeniu w dniu 7 czerwca 2018 r. formularza „Wykaz usług”, o treści kwestionowanej przez AVR, należałoby poddać ocenie prawnej przez pryzmat wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż wskazanie w przedmiotowym formularzu, iż Planeta w ramach referencyjnej usługi wykonała przedmiotową usługę samodzielnie, w pełnym zakresie przedmiotowym na kwotę łączną wynoszącą 28.372.853,63 zł, nie odzwierciedlało rzeczywistego stanu rzeczy, co potwierdził sam Wykonawca w swych wyjaśnieniach z dnia 16 sierpnia 2018 r. Odwołujący podkreślił, iż już w odwołaniu z dnia 5 lipca 2018 r. zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust 1 pkt. 12 ustawy pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Planeta Sp. z o.o., pomimo iż wykonawca ten składając dokumenty na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 pzp nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w Tomie I Rozdziale 1 pkt. 7.2.3. a) SIWZ. Co szczególnie istotne: „Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp oraz 4 ust. 4 ustawy pzp polegającego na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Planeta Sp. z o.o., pomimo że ten składając dokumenty na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w Tomie I Rozdział 1 pkt 7.2.3. a) SIWZ” oceniając go jako przedwczesny. Jednocześnie Izba wskazała, iż „Wobec braku jednoznacznego potwierdzenia powyższego (realizowania przez Planeta Sp. z o.o. prac odpowiadającym warunkowi udziału w postępowaniu — przyp. Odwołującego się), Izba za niezbędne uznała zastosowanie przez Zamawiającego procedury wezwania Planeta Sp. z o.o. do wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy pzp. W ocenie AVR, analiza uzasadnienia wyroku KIO z 23 lipca 2018 r. prowadzi bowiem do wniosku, iż jedyną okolicznością pozwalającą na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy była kwestia określenia zakresu

przedmiotowego udziału podwykonawcy Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. w realizacji usługi wskazanej przez Planeta Sp. z o.o. w pierwotnym „Wykazie usług”. Rozgraniczenie to było bowiem niezbędne dla dokonania oceny wykazania przez tego wykonawcę samodzielnego spełniania warunku. W ocenie Odwołującego się okoliczność, iż w swych wyjaśnieniach z dnia 16 sierpnia 2018 r. Planeta Sp. z o.o. wskazała, iż dokonanie takiego rozgraniczenia jest niemożliwe, gdyż nie jest ona w stanie wyjaśnić, jakiego rodzaju prace faktycznie realizował samodzielnie w ramach zadania wskazanego w „Wykazie usług” złożonym w dniu 7 czerwca 2018 r., przesądza o konieczności eliminacji tego wykonawcy z przedmiotowego postępowania. Skoro bowiem wykonawca ten nie był w stanie przedstawić wyjaśnień potwierdzających spełnienie przez niego warunku dotyczącego doświadczenia, przyjęć należy że podstawa wykluczenia wykonawcy wskazana w art. 24 ust 1 pkt. 12 pzp, oceniona przez Izbę w wyroku z dnia 23 lipca 2018 r. jako przedwczesna, uległa aktualizacji. Dodatkowo uwzględniając okoliczność, iż Planeta Sp. z o.o. w pierwotnym „Wykazie usług” przedstawiła informację wprowadzającą Zamawiającego w błąd, należałoby w ocenie Odwołującego stwierdzić iż dalsze postępowanie wyjaśniające było nieuprawnione.

Zdaniem Odwołującego Planeta Sp. z o.o. wprowadziła w błąd Zamawiającego poprzez przedstawienie „informacji nieprawdziwych”, co winno znaleźć odzwierciedlenie w decyzji Zamawiającego o eliminacji danego wykonawcy z przedmiotowego postępowania. Co szczególnie istotne, ocena czy wprowadzono Zamawiającego w błąd powinna mieć charakter obiektywny. Jeśli więc z treści informacji przedstawionych przez wykonawcę wynika w sposób obiektywny, iż są to informacje nieprawdziwe, a w oparciu właśnie o takie informacje Zamawiający miałby podjąć / podjął istotną decyzję w toku postępowania, to aktualizuje się wówczas przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania. Bez znaczenia pozostaje więc subiektywne przekonanie wykonawcy Planeta Sp. z o.o. co do okoliczność, czy oświadczenie dotyczące doświadczenia tego wykonawcy, złożone w „Wykazie usług” przekazany Zamawiającemu w dniu 7 czerwca 2018 r., wprowadzało go w błąd. Nie ulega bowiem wątpliwości w ocenie Odwołującego, iż Wykonawca ten był w pełni świadomy, iż większość prac, które zostały wskazane w pierwotnym „Wykazie usług”, jako wykonane przez niego, realizowana była nie przez lidera konsorcjum, a podmiot zewnętrzny - podwykonawcę Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. Wypełniając zatem przedmiotowy formularz spółka Planeta Sp. z o.o. legitymowała się doświadczeniem zupełnie odrębnego podmiotu. Bez znaczenia jest tutaj również okoliczność, iż podwykonawca jest spółką celową, utworzoną przez członków konsorcjum w celu realizacji części prac wchodzących w skład przedmiotowego zamówienia publicznego. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż świetle przepisów pzp to spółka Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o., jako podmiot posiadający

odrębną osobowość prawną, stał się nośnikiem doświadczenia odpowiednio w takim zakresie w jakim faktycznie daną usługę wykonuje / wykonała. Innymi słowy, tylko i wyłącznie podwykonawca może się powoływać na przedmiotowe doświadczenie w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Co szczególnie istotne, nawet subiektywne stanowisko Zamawiającego, iż nie został on wprowadzony w błąd, nie może mieć wpływu na ocenę przedmiotowej sytuacji, jeżeli z obiektywnych okoliczności można wywieść, że przedmiotowe informacje wprowadzały w błąd. W ocenie Odwołującego się, Planeta Sp. z o.o. poprzez wskazanie w formularzu „Zdolność zawodowa — Wykonawcy Wykaz usług” przedłożonym Zamawiającemu w dniu 7 czerwca 2018 r. informacji, iż wartość prac wykonanych przez lidera konsorcjum w ramach kontraktu na dzień 30 kwietnia 2018 r. wyniosła 28.372.853,63 zł, a ich zakres przedmiotowy wykonany samodzielnie przez spółkę pokrywał się z zakresem usługi stanowiącej przedmiot niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niewątpliwie spowodowało wprowadzenie Zamawiającego w błąd, gdyż przedmiotowe oświadczenie wykonawcy wywołało w jego świadomości mylny obraz rzeczywistości. Działając w oparciu o „nieprawdziwe informacje”, Zamawiający w pierw dokonał wyboru oferty Planeta Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, by następnie konsekwentnie bronić jej w postępowaniu odwoławczym przed KIO toczącym się pod sygn. akt KIO 1282/18, KIO 1318/18, KIO 1321/18, aż do momentu wydania wyroku w dniu 23 lipca 2018 r. i zobowiązania go przez Izbę do wyjaśnienia tej materii. W rezultacie wystosowania wezwania z art. 26 ust. 4 pzp, okazało się natomiast, iż wykonawca Planeta Sp. z o.o. nie był w stanie wyjaśnić jakiego rodzaju prace faktycznie realizowała w ramach zadania wskazanego w pierwotnym „Wykazie usług”, w wyniku czego Zamawiający w piśmie z dnia 5 września 2018 r. zmuszony został do dokonania rewizji swego stanowiska i stwierdzenia, iż: „W związku z tym, na podstawie usługi wskazanej w Wykazie usług, złożonym w dniu 07.06.2018 r., tj. „Bieżące i zimowe (kompleksowe utrzymanie) autostrady A2 odc. gr. woj. łódzkiego i mazowieckiego — węzeł Konotopa od km 411+465,8 do km 456+239,67 wraz z węzłami i skrzyżowaniami wraz z wszystkimi obiektami inżynierskimi w pasie drogowym autostrady” oraz wyjaśnień z dnia 17.08.2018 r., Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 7.2.3) a) Tom I Rozdział 1 SIWZ, dotyczącego doświadczenia Wykonawcy”. Odwołujący podkreślił, iż przedmiotowa ocena Zamawiającego, nie mogła zostać zweryfikowana przez niego na podstawie informacji, którymi GDDKiA Oddział w Warszawie dysponowała w chwili wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej, gdyż gospodarz postępowania nie miał informacji na temat faktycznego podziału prac pomiędzy konsorcjantów i podwykonawców. Innymi słowy, należy uznać, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu tylko i wyłącznie o oświadczenia Wykonawcy złożone w trybie art. 26 ust. 1 pzp. W ocenie

Odwołującego się, pominięcie przez wykonawcę Planeta Sp. z o.o. informacji o posługiwaniu się przez członków konsorcjum przy realizacji zamówienia publicznego wskazanego w „Wykazie Usług” z dnia 18 maja 2018 r. podwykonawcą — Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. doprowadziło, do wprowadzenia w błąd Zamawiającego, nie tylko co do faktycznego zakresu prac realizowanych przez PLANETA Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu, ale również co do możliwości oceny doświadczenia tego podwykonawcy, którym może on się legitymować w kontekście spełniania warunków udziału w postępowaniu. Teza powyższa tym bardziej wydaje się zasadna, iż z treści pisma GDDKiA Oddział w Warszawie z dnia 4 lipca 2018 r. wprost wynika, iż konsorcjum firm: Planeta Sp. z o.o. ul. Zdziarska 21, 03 — 289 Warszawa jako lider wraz z partnerami: „WARDEX” A.W., 05-250 Radzymin, Słupno, ul. Żeromskiego 112 i PPUH „PODKOWA” Sp. jawna, 00 — 810 Warszawa, ul. Srebrna 3/7 w dniu 19 kwietnia 2013 zgłosiło firmę Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. jako Podwykonawcę robót dla umowy 194/2012, z pisma GDDKiA Oddział w Warszawie z dnia 19 lipca 2018 r. wynika wprost, iż: „Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, informuje iż nie znany nam jest jej zakres faktycznie zleconych prac przez konsorcjum firm: Planeta Sp. z o.o., ul. Zdzieraka 21, 03 — 289 Warszawa (Lider), Wardex A. W., Słupno, ul. Żeromskiego 112 i PPL/H „PODKOWA” Sp. jawna, 00 — 810 Warszawa, ul. Srebrna 3/7, 00 — 810 Warszawa (Partner) na rzecz Podwykonawcy — Autostrady Mazowieckiej Sp. z o.o.; potwierdzenia wskazanych informacji Zamawiający dokonał również w piśmie z dnia 31 sierpnia 2018 r. w którym wskazał m.in.: „PLANETA Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Zdziarska 21 00 - 289 Warszawa jako lider konsorcjum w dniu 19.04.2013 zwróciła się z prośbą o akceptację firm Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. jako Podwykonawców robót letniego i zimowego utrzymania autostrady. W pisemnym uzupełnieniu z dnia 20 maja 2013 r. firma PLANETA wskazała, iż pragnie zlecić wykonywanie wszystkich robót i usług w ramach kompleksowego utrzymania autostrady na rzecz Konsorcjum. Tym samym, Planeta Sp. z o.o. pomijając kwestię zlecenia do wykonania prac wchodzących w skład przedmiotowego zamówienia publicznego podwykonawcy w pierwotnym „Wykazie usług”, wywołała u Zamawiającego mylne przeświadczenie, iż faktycznie wykonała 48% prac wchodzących w skład przedmiotowego zamówienia, zdobyła doświadczenie w tożsamym zakresie również kwotowym, a więc spełnia warunek udziału dotyczący zdolności zawodowej i doświadczenia w niniejszym postępowaniu, określony szczegółowo w SIWZ. Zamawiający nie posiadając informacji pozwalających na samodzielną weryfikację tych danych, opierając się wyłącznie na oświadczeniach i dokumentach przedstawionych przez wykonawcę Planeta Sp. z o.o. dokonał wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Nie ulega zatem wątpliwości w ocenie Odwołującego, iż podanie „nieprawdziwych informacji” miało bezpośrednio wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

Odwołujący zaznaczył, że informacje przedstawione przez wykonawcę Planeta Sp. z o.o. to wskazane w normie art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp „informacje dotyczące spełnienia warunku” dotyczącego zdolności zawodowej wykonawcy. W tym miejscu należy jednakże podkreślić, iż informacje te niewątpliwie mieszczą się również w dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, z uwagi na okoliczność, iż: informacje te miały decydujący wpływ na decyzję Zamawiającego w przedmiocie pierwotnego wyboru oferty Planeta Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, ich wpływ miał charakter istotny, z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający nie posiadając możliwości ich weryfikacji, dokonał wyboru oferty tylko i wyłącznie w oparciu o treść oświadczenia Wykonawcy, podjęta w oparciu o nie decyzja Zamawiająca była podejmowana w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Co prawda ustawodawca w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp posłużył się czterema zwrotami określającymi stronę podmiotową: zamierzone działanie, rażące niedbalstwo, niedbalstwo oraz lekkomyślność, jednakże z uwagi na trudności dowodowe związane z udowodnieniem winy umyślnej w postępowaniu odwoławczym przed KIO, czy też w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Odwołujący skupił się jedynie na wykazaniu winy nieumyślnej po stronie Wykonawcy Planeta Sp. z o.o. Dokonując oceny strony podmiotowej wykonawcy Planeta Sp. z o.o. na wstępie wskazał, iż okoliczności na które powołuje się Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 16 sierpnia 2018 r. (dotyczące interpretacji wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 04 maja 2017 r. sygn. akt C-387/14) pozostają prawnie irrelewantne. Nie ulega bowiem wątpliwości w ocenie Odwołującego, iż wykonawca Planeta Sp. z o.o. wskazał w pierwotnie złożonym „Wykazie usług”, iż siłami własnymi zrealizował pełny zakres przedmiotowy usług na kwotę 28.372.853,63 zł, podczas gdy faktycznie znaczną ich część (jak wynika z pisma GDDKiA Oddział w Warszawie z dnia 31 sierpnia 2018 r. — „wszystkie roboty i usługi”) zostały zlecone podwykonawcy — Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o., co bez wątpienia stanowiło przedstawienie Zamawiającemu informacji „wprowadzających w błąd”, gdyż przedmiotowe oświadczenie nie odzwierciedlało stanu faktycznego przedmiotowego kontraktu. Kwestią newralgiczną dla oceny strony podmiotowej jest odpowiedź na pytanie, czy Planeta Sp. z o.o. była świadoma okoliczności, iż dla wykazania spełnienia warunku w przedmiotowym postępowaniu powołuje się na doświadczenie swego podwykonawcy. Dowodem posiadania szczegółowych informacji w zakresie podziału prac wchodzących w skład realizowanej w oparciu o umowę nr 194/2012 z dnia 7 listopada 2012 r. na rzecz GDDKiA Oddział w Warszawie usługi, pomiędzy lidera konsorcjum a podwykonawcę, jak również ich wartości jest niewątpliwie dokument referencji, które Wykonawca ten wystawił podwykonawcy Autostrada Mazowiecka z w dniu 4 czerwca 2014 r. w którym wprost m.in. wskazano, że: „Planeta Sp. z o.o. zaświadcza, że Firma Autostrada Mazowiecka z siedzibą w Warszawie przy ul. Zdziarskiej 21, wykonała w okresie od dnia 01.06.2013 r. do dnia

30.05.2014 r. w ramach zawartej umowy na „Bieżące i zimowe (kompleksowe) utrzymanie autostrady A2 odc. granica woj. łódzkiego i mazowieckiego — węzeł Konotopa od km 411+465,8 do km 456+239,67 wraz z węzłami i skrzyżowaniami oraz wszystkimi obiektami inżynierskimi w pasie drogowym autostrady”, niżej wymieniony zakres robót: 1) usługi odśnieżania i usuwania oblodzenia w ramach której wchodziło zwalczanie śliskości na drodze i chodnikach oraz ustawianie i rozbieranie zasłon przeciwsnieżnych; wartości robót brutto — 3.197.678,75 PLN, 2) usługi usuwania chwastów i usługi w zakresie wykaszania traw/ wartość robót brutto — 2.257.470,66 PLN, 3) usługi sprzątania pasa drogowego: wartość robót brutto — 2.612.877,06 PLN; 4) usługi kontroli drogi; wartość robót brutto — 1.012.291,72 PLN; 5) usługi w zakresie konserwacji sygnalizacji i oświetlenia; wartość robót brutto — 235.455,09 PLN; 6) roboty w zakresie naprawy drogi i roboty odwadniające; wartość robót brutto — 656.881,75 PLN, 7) usługi w zakresie eksploatacji mostów; wartość robót brutto — 275.936,20 PLN, Łączna wartość brutto wykonanych robót wyniosła — 10.248.591,23 PLN”. Co istotne przedmiotowe referencje zostały dołączone m.in. do wykazu usług przedłożonego przez Autostradę Mazowiecką Sp. z o.o. Zamawiającemu w postępowaniu pn.: „Konserwacja oznakowania pionowego, poziomego, aktywnego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu wraz z barierami drogowymi oraz dostarczeniem oznakowania i jego montażem na drogach będących w administracji GDDKiA Oddział w Warszawie w podziale na zadania I — IV” Zadanie IV — na drogach Rejonów: Boża Wola, Grójec, Ożarów Mazowiecki. A informacje, iż Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. realizuje usługę wskazaną w pierwotnym „Wykazie usług” można znaleźć na stronie internetowej podwykonawcy. Co więcej, pełnomocnik wykonawcy Planeta Sp. z o.o. w trakcie rozprawy przed KIO w dniu 16 lipca 2018 (sygn. akt KIO 1282/18, KIO 1318/18, KIO 1321/18) wprost stwierdził, że: „Planeta Sp. z o.o. jest podmiotem wiodącym przy realizacji wskazanego zamówienia. Autostrada Mazowiecka, nawet jeśli wykonuje jakieś prace, to wykorzystuje do tego sprzęt Planeta Sp. z o.o. Planeta Sp. z o.o. jest właścicielem Autostrady Mazowieckiej.” Powyżej zacytowana wypowiedź, w zestawieniu z opisanymi powyżej referencjami z dnia 4 czerwca 2014 r., świadczy o tym, iż pomimo posiadania wiedzy na temat szerokiego zakresu prac faktycznie realizowanych przez podwykonawcę (łączna wartość brutto prac wykonanych w okresie jednego roku wykonywania przedmiotowej usługi — tj. od dnia 1 czerwca 2013 do dnia 30 maja 2015 r. wyniosła bowiem aż 10.248.591 23 zł) oraz świadomości braku możliwości legitymowania się doświadczeniem podwykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (na które wskazywał choćby Odwołujący się w odwołaniu, przedstawiając poglądy doktryny i orzecznictwa w tej materii), Planeta na etapie postępowania odwoławczego konsekwentnie negowała zasadność ugruntowanej w orzecznictwie KIO interpretacji przepisów pzp, uzasadniając zastosowane zabiegi istnieniem

powiązania kapitałowego i osobowego pomiędzy dwiema spółkami kapitałowymi. Planeta Sp. z o.o. jest wspólnikiem Autostrady Mazowieckiej Sp. z o.o. posiadającym obecnie 1400 udziałów stanowiących 50 % kapitału zakładowego. Obie spółki — Planeta Sp. z o.o. oraz Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. mają ten sam adres siedziby oraz wspólnych członków Zarządu (Pan J. W. pełni funkcję jako Członek Zarządu spółki Autostrady Mazowieckiej Sp. z o.o. oraz jednocześnie Wiceprezesa Zarządu Planeta Sp. z o.o.) W ocenie Odwołującego się, żadne istniejące powiązania pomiędzy spółkami handlowymi nie mogą stanowić podstawy do przedstawiania Zamawiającemu nieprawdziwego obrazu rzeczywistości, w celu wywołania wrażenia, iż określone przez niego warunki zostały spełnione przez danego wykonawcę, podczas gdy tak faktycznie nie jest. Biorąc pod uwagę opisane powyżej powiązania osobowe i kapitałowe istniejące pomiędzy podwykonawcą, a liderem konsorcjum trudno w ocenie Odwołującego przyjąć, iż zarząd spółki Planeta sp. z o.o. nie zdawał sobie sprawy z okoliczności jaki podmiot faktycznie wykonywał prace wchodzące w zakres referencyjnej usługi. Planeta Sp. z o.o. jako „właściciel” swojego podwykonawcy (będącego skądinąd oddzielnym podmiotem, posiadającym osobowość prawną) z całą pewnością posiadała pełne spektrum wiedzy co do faktycznego zakresu przedmiotowego prac realizowanych przez podwykonawcę w ramach w/w zamówienia publicznego oraz ich wartości. W ocenie Odwołującego się - Planeta Sp. z o.o. udzielając Zamawiającemu informacji dotyczących doświadczenia spółki, nie odzwierciedlających de facto rzeczywistego stanu rzeczy w pierwotnym formularzu „Wykaz usług”, wykazał się co najmniej niedbalstwem. Nawet bowiem przyjmując, iż celem wykonawcy nie było wprowadzenie GDDKiA Oddział w Warszawie w błąd, nie ulega wątpliwości, iż skutek taki spółka - jako podmiot którego główna działalność gospodarcza polega na realizowaniu zamówień publicznych na rzecz Zamawiającego - mogła i winna przewidzieć. Co istotne wykonawca Planeta Sp. z o.o. w wyjaśnieniach z dnia 16 sierpnia 2018 r. przyznał wprost, iż treść orzeczenia TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt, w którym Trybunał wypowiedział się m.in. w kwestii możliwości i zakresu powoływania się przez wykonawcę na zamówienie wykonane przez niego wspólnie z innymi podmiotami, było mu doskonale znane w chwili wypełniania pierwotnie złożonego „Wykazu usług”. Powołał się na wyrok KIO z dnia 22 marca 2018 r. sygn. akt KIO 326/18, KIO 327/18. W ocenie Odwołującego się, Wykonawca Planeta Sp. z o.o., nawet nie posiadając wiedzy w zakresie najnowszego orzecznictwa, winien — bazując na własnym doświadczeniu życiowym i zasadach logicznego rozumowania — dojść do wniosku, iż legitymowanie się doświadczeniem innego podmiotu (bez względu czy mówimy o podwykonawcach, czy pozostałych konsorcjantach) w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, obarczone jest co najmniej ryzykiem wystąpienia negatywnych konsekwencji z art. 24 ustawy pzp. Wykonawca Planeta

Sp. z o.o. będąc „świadomy” zakresu prac wykonywanych przez podwykonawcę Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o., całkowicie pominął tą kwestię uzupełniając formularz „Wykaz usług” w dniu 18 maja 2018 r., nieprawidłowo przyjmując na potrzeby przedmiotowego postępowania, iż faktyczny zakres prac wykonanych przez lidera konsorcjum pokrywa się z zapisami w/w umowy konsorcjum (przynajmniej co do ich wartości), podczas gdy oświadczenie to nie odzwierciedlało prawdy, co niewątpliwie świadczy co najmniej o niedbalstwie. Co więcej - w ocenie Odwołującego się - niedbalstwo to należałoby zakwalifikować jako rażące, gdyż wykonawca Planeta Sp. z o.o. przy zachowaniu minimalnych warunków racjonalności powinien i mógł przewidzieć, iż w wyniku przekazania informacji istnieje możliwość wprowadzenia Zamawiającego w błąd. O rażącym niedbalstwie może świadczyć również okoliczność, iż w nowym formularzu „Zdolność zawodowa — Wykonawcy, w dniu 17 sierpnia 2018 r. w wyniku tzw. „autouzupelnienia”, Wykonawca Planeta Sp. z o.o. ponownie wskazał, iż wykonał samodzielnie w ramach zamówienia publicznego: Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z podziałem na 6 zadań w zakresie Zadania 5 — „Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Ożarowie Mazowieckimi” usługi na kwotę 44.423.584,97 zł brutto (ponownie pomijając okoliczność, iż znamienitą większość tych prac wykonali podwykonawcy), podczas gdy faktycznie tak nie było, co potwierdza pismo wykonawcy z dnia 6 września 2018 r. Jak wynika bowiem z treści pisma z dnia 6 września 2018 r., złożonego przez wykonawcę na kolejne wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 4 pzp, wykonawca ten siłami własnymi wykonał jedynie zakres prac (jak sam wskazał w wyjaśnieniach z 6 września 2018 r.) na kwotę 17.232.47,14 zł brutto (lub niższą). Tym samym należałoby przyjąć, iż zachowanie wykonawcy Planeta Sp. z o.o. narusza normę skonkretyzowaną nie tylko w art. 24 ust. 1 pkt. 17 pzp, ale również jej kwalifikowaną formę wskazaną w art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp. W kontekście powyższych rozważań, warto zauważyć, iż stosownie do treści orzeczeń KIO, za niedopuszczalną należy uznać jakąkolwiek próbę sanowania „nieprawdziwej informacji” udzielonej przez wykonawcę w toku postępowania, w szczególności przez wystosowanie przez Zamawiającego wezwania do wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe. Co za tym idzie, Zamawiający nie ma ani prawa, ani obowiązku do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe. Powołał się na wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2016 r., KIO 1/16 oraz wyroki: KIO 526/15, KIO 177/15, KIO 1370/15. Tym samym przyjmując, iż Wykonawca Planeta Sp. z o.o. wprowadził Zamawiającego w błąd, poprzez podanie nieprawdziwych informacji dotyczących jego doświadczenia, należy uznać iż wszelkie następcze czynności mające na celu wyjaśnienie lub uzupełnienie pierwotnego „Wykazu usług”, były niezgodne z przepisami pzp i jako takie należy je ocenić jako

niedopuszczalne.

Odnosząc się do zarzutu 4 odwołania Odwołujący podniósł, że abstrahując od kwestii dopuszczalności tzw. „autouzupelniania” przedmiotowego formularza oraz konsekwencji prawnych takiego działania, Odwołujący zauważył, iż przedłożony przez Planeta Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wraz z wyjaśnieniami w dniu 17 sierpnia 2018 r. Formularz „Zdolność zawodowa — Wykonawcy (Wykaz usług)” nie potwierdza spełnienia przez ten podmiot warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w pkt. 7.2.3) a) IDW. Co szczególnie istotne w kontekście omawianego zarzutu, Zamawiający w tym samym pkt. IDW sprecyzował, iż: „Przez letnie utrzymanie rozumie się wykonywanie usług utrzymania drogi w zakresie co najmniej utrzymywania dróg i elementów pasa drogowego oraz odwodnienia zieleni i czystości” oraz: „Przez zimowe utrzymanie rozumie się wykonywanie usług w zakresie odśnieżania, zapobiegania powstawania śliskości, likwidowania śliskości na drodze i ustawiania/zdejmowania zasłon przeciwsnieżnych”. Tymczasem w przedłożonym wraz z wyjaśnieniami formularzu „Zdolność zawodowa Wykonawcy (Wykaz usług)”, Wykonawca Planeta Sp. z o.o. wskazał nową usługę wykonywaną na rzecz GDDKiA Oddział w Warszawie pd.: „Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z podziałem na 6 zadań”, w zakresie Zadania nr 5 - Zadanie nr 5. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Ożarowie Mazowieckim. Co prawda, wykonawca Planeta Sp. z o.o. wskazał, iż zakres w/w usługi wskazanej w przedmiotowym wykazie obejmował: „letnie i zimowe utrzymanie dróg tj. utrzymanie drogi w zakresie: utrzymania dróg i elementów pasa drogowego oraz odwodnienia, zieleni, czystości, odśnieżenia, zapobiegania powstawania śliskości, likwidacji śliskości na drodze i ustawiania/zdejmowania zasłon przeciwsnieżnych. Jednakże w dalszej części formularza, opisując szczegółowo zakres prac wykonywanych tylko i wyłącznie przez tego wykonawcę w ramach w/w kontraktu (cyt.: „Zakres prac wykonywanych przez firmę „Planeta Sp. z o.o.”) wskazano jednocześnie, iż obejmował on: remonty nawierzchni asfaltowych zleconych przez Zamawiającego na terenie baz materiałowych w Ożarowie Maz., Łazach, Mszczonowie, bieżące utrzymanie dróg zlecone przez Zamawiającego na terenie baz materiałowych w Ożarowie Maz., Łazach i Mszczonowie, koszenie traw zlecone przez Zamawiającego na terenie baz materiałowych w Ożarowie Maz., Łazach i Mszczonowie, sprzątanie pasa drogowego zlecone przez Zamawiającego na terenie baz materiałowych w Ożarowie Maz., Łazach i Mszczonowie, sprzątanie pasa drogowego zlecone przez Zamawiającego na terenie baz materiałowych w Ożarowie Maz., Łazach i Mszczonowie, zimowe utrzymanie dróg na terenie bazy materiałowej w Ożarowie Maz. Dokonując oceny powyżej zacytowanego oświadczenia

wykonawcy Planeta Sp. z o.o., przez pryzmat warunku sformułowanego przez Zamawiającego w pkt. 7.2.3) a) IDW, należy stwierdzić, iż spółka Planeta Sp. z o.o. nie wykazała spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego doświadczenia. Po pierwsze bowiem, nie wskazał w treści formularza iż Planeta Sp. z o.o. wykonywała samodzielnie prace z grupy odwodnienie. Ponadto, wykonawca wskazał, iż wykonywał zimowe utrzymanie dróg na terenie bazy materiałowej w Ożarowie Maz., tym samym: nie wskazując czy lider konsorcjum realizował wszystkie prace wyszczególnione przez Zamawiającego w definicji zimowego utrzymania tj. odśnieżenia, zapobiegania powstawania śliskości, likwidacji śliskości na drodze i ustawiania/zdejmowania zasłon przeciwnieźnych oraz zawężając zakres terytorialny przedmiotowych prac do terenu bazy materiałowej w Ożarowie Mazowieckim, nie zaś dróg klasy min. G. Jest to o tyle istotne, iż z informacji ujawnionych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, iż przedmiotowa usługa wskazana w nowym formularzu „Wykaz usług”, była nie tylko realizowana w konsorcjum w składzie: Planeta Sp. z o.o. (lider) WARDEX”A.W. oraz P.H.U. „PRIMA ”B.G.”, ale również (podobnie jak usługa wskazana w pierwotnym „Wykazie Usług”) przy udziale podwykonawców. Zmawiający wskazał bowiem w wezwaniu skierowanym do Planeta Sp. z o.o. w dniu 5 września 2018 r., iż wykonawca ten w ramach przedmiotowego kontraktu zawarł umowy podwykonawcze z pięcioma podwykonawcami: PBDIM Mińsk Mazowiecki, Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o., BIOTOP-SERVICE Sp. z o.o., J.L. oraz L. Z uwagi na okoliczność, iż przedmiotowa usługa realnie wykonywana była wspólnie przez kilka podmiotów, a doświadczenie dany wykonawca i podwykonawca zdobywa tylko i wyłącznie w zakresie w którym faktycznie realizuje daną pracę, nie można domniemywać a priori, iż wykonawca Planeta Sp. z o.o. wykonywał faktycznie wszystkie powyżej wymienione prace należące do „letniego” i „zimowego” utrzymania dróg krajowych, w zakresie koniecznym do wykazania spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy. Dokonując z kolei oceny treści wyjaśnień wykonawcy Planeta Sp. z o.o. z dnia 6 września 2018 r. należy stwierdzić, iż wykonawca ten próbował w trybie wezwania z art. 26 ust. 4 ustawy pzp dokonać swoistej modyfikacji oświadczenia złożonego w nowym „Wykazie usług” w dniu 16 sierpnia 2018 r. Wykonawca ten bowiem nie tylko „doprecyzował” zakres przedmiotowy prac bezpośrednio wykonywanych przez niego w ramach usługi wskazanej w nowym formularzu, ale również w sposób odmienny podał ich wartość, jako 17.232.447,14 zł, a nie jak uprzednio wskazywał 44.423.584,97 zł. Co szczególnie istotne, analiza porównawcza obu dokumentów prowadzi do wniosku, iż w formularzu „Wykaz usług” z dnia 16 sierpnia 2018 r. Wykonawca Planeta Sp. z o.o. ponownie podał Zamawiającemu informacje błędne - nie oddające rzeczywistego stanu rzeczy, gdyż znaczna część prac wskazanych jako wykonywane samodzielnie przez Planeta Sp. z o.o. (wartość prac 44.423.584,97 zł), faktycznie

realizowana była ponownie przez podwykonawców (wartość prac wykonywanych przez podwykonawców — 27.119.137,83 zł). Z kolei z treści wezwania GDDKiA Oddział w Warszawie z dnia 5 września 2018 r. wynika wprost, iż Zamawiający nie posiadał szczegółowych informacji jakiego rodzaju prace w ramach zadania wskazanego w nowym „Wykazie Usług”, złożonym w dniu 16 sierpnia 2018 r. tj.: „Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z podziałem na 6 zadań: w zakresie zadania 5. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Ożarowie Mazowieckim” faktycznie wykonywała Planeta Sp. z o.o., jakie bezpośrednio czynności wykonywała Planeta Sp. z o.o. w ramach letniego utrzymania dróg (zgodnie z definicją w SIWZ) oraz jakie bezpośrednio czynności wykonywała w ramach zimowego utrzymania dróg (zgodnie z definicją w SIWZ). Abstrahując od dopuszczalności wzywania do uzupełnienia, czy też modyfikacji informacji przekazanych Zamawiającemu w wyniku tzw. „autouzupełnienia”, w ocenie Odwołującego się, wykonawca Planeta Sp. z o.o. również w treści przedmiotowych wyjaśnień z dnia 6 września 2018 r. nie wykazał, iż realizował wszystkie prace konieczne do przyjęcia, iż spełnia on warunek udziału w postępowaniu określony w SIWZ przez Zamawiającego, dotyczący doświadczenia. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż spółka nie wykazała, że realizował cały zakres przedmiotowy prac należących do „zimowego utrzymania” dróg krajowych, a więc realizował „usługi w zakresie odśnieżania, zapobiegania powstawania śliskości, likwidowania śliskości na drodze i ustawiania/zdejmowania zasłon przeciwsnieżnych.” Jest to szczególnie istotne, gdyż biorąc pod uwagę niewielką wartość prac z zakresu zimowe utrzymanie dróg zrealizowanych wyłącznie siłami własnymi przez Planeta Sp. z o.o. — 277.740,06 zł, oraz okoliczność, iż na mocy umowy zawartej z Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. w dniu 23 października 2014, podwykonawca ten realizować miał m.in. usługi związane z zimowym utrzymaniem dróg na terenie Rejonu w Ożarowie Mazowieckim, można wysunąć tezę, iż Planeta Sp. z o.o. nie mogła zdeklarować w przedłożonym „Wykazie usług” realizacji pełnego spektrum usług w zakresie zimowego utrzymania dróg krajowych, koniecznego do wykazania spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia w przedmiotowym postępowaniu, gdyż byłaby to informacja niezgodna z rzeczywistością. Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający nie może w tym aspekcie niejako „wyręczać” Wykonawcy i bazując na dokumentach spoczywających w aktach postępowania „Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z podziałem na 6 zadań: (...) w zakresie zadania 5. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Ożarowie Mazowieckim” dokonywać swoistego „uzupełnienia” oświadczeń wykonawcy w zakresie informacji niezwykle istotnych, a mianowicie spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż zachowanie takie

należałoby ocenić jako sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców w postępowaniu, skonkretyzowaną w art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Abstrahując od kwestii oceny skuteczności czynności tzw. „autouzupełniania” „Wykazu usług” przez wykonawcę Planeta Sp. z o.o., podkreślił, iż dopuszczenie takiej możliwości, w świetle obowiązującej zasady jednokrotności uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, skutkuje niemożliwością wystosowania przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia przedmiotowego formularza „Zdolność zawodowa — Wykonawcy (Wykaz usług)” przez Planeta Sp. z o.o. Innymi słowy, na obecnym etapie postępowania nie jest możliwe usunięcie błędów i nieścisłości w przedmiotowym formularzu o których mowa powyżej.

Przechodząc do zarzutu 5 i 6 odwołania Odwołujący wskazał, że ustawodawca przewidział dwie tylko sytuacje w których Zamawiający jest zwolniony z wezwania do „uzupełnienia” oświadczeń lub dokumentów. Pierwszą z nich jest ta w której złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub udzielenie wyjaśnień traci sens z uwagi na fakt, iż oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Z kolei druga z sytuacji występuje wtedy, gdy konieczne jest unieważnienie postępowania. Wykonawca Planeta Sp. z o.o. pismem z dnia 10 sierpnia 2018 r. został wezwany w trybie art. 26 ust 4 ustawy pzp przez Zamawiającego — realizującego wyrok Izby z dnia 23 lipca 2018 r. — do wyjaśnień. Zamawiający oczekiwał wyjaśnienia kwestii, które zakwestionował Odwołujący AVR S.A., a które wyrokiem potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza. Intencją wezwania Zamawiającego nie było natomiast uzupełnienie „Wykazu usług”, albowiem sama czynność uzupełnienia w trybie art. 26 ust 3 ustawy pzp jest wtórna w stosunku do czynności wyjaśnienia. Zdaniem Odwołującego bowiem, dopiero niepełne, „niesatysfakcjonujące” Zamawiającego wyjaśnienia wykonawcy Planeta Sp. z o.o. mogłyby skutkować uzupełnieniem dokumentu lub oświadczenia. W kontekście uzupełnienia przez Wykonawcę Planeta Sp. z o.o. wykazu „Zdolność zawodowa Wykonawcy (Wykaz usług.)” na wezwanie wystosowane w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, należy traktować czynność taką jako „autouzupełnienie” Wykonawcy, uprzedzające de facto wystosowanie do niego wezwania przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 ustawy pzp. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z 10 lutego 2017r. sygn. KIO 172/17, wyrok KIO z dnia 11 lipca 2016 r. sygn. KIO 1122/16. Zdaniem Odwołującego - naruszeniem art. 26 ust 3 ustawy pzp jest zaniechanie przez Zamawiającego — po otrzymaniu wyjaśnień - wezwania Wykonawcy do ponownego złożenia formularza „Zdolność zawodowa Wykonawcy (Wykaz usług)”. Wykonawca dokonując „autouzupełnienia” zmienił zupełnie — w stosunku do „Wykazu usług” pierwotnie złożonego — treść, a więc usługę w nim figurującą, a to z uwagi na fakt, iż ta pierwsza - na co zwrócił uwagę Wykonawca AVR

S.A. ale i Zamawiający w piśmie z dnia 5 września 2018 r. (str. 2) - nie tylko nie potwierdziła spełnienia warunku, ale także — co potwierdziło wyjaśnienie z 16 sierpnia 2018 r. — nie była zgodna ze stanem faktycznym, przez co można przyjąć, iż Wykonawca w pierwszym z formularzy wprowadził w błąd Zamawiającego. Dodatkowo — z ostrożności — zauważył, iż „autouzupelnienie” nie może nastąpić poprzez wysłanie Zamawiającemu faksu lub skanu. W konsekwencji więc, gdyby nowy „Wykaz usług” został złożony w takiej formie wraz z wyjaśnieniami (sugeruje na to str. 4 pisma Planeta Sp. z o.o. z dnia 16 sierpnia 2018 r.), a Izba dopuszczała czynność „autouzupelnienia”, należy zauważyć, że i tak do „uzupelnienia” doszłoby w formie niewłaściwej.

Odnosnie zarzutu 7 odwołania podniesionego gdyby Izba uznała jednak, iż „autouzupelnienie” spółki Planeta Sp. z o.o. „Wykazu usług” było skuteczne — dotyczy zaniechania wyjaśnienia treści z „Wykazu usług” złożonego wraz z wyjaśnieniami w dniu 16 sierpnia 2018 r. - w szczególności zaś braku wśród wskazanych tam usług pewnych elementów wymaganych warunkiem z 7.2.3a TOM 1. Ponieważ „wykazanie spełnienia warunków” winno wynikać wprost z „Wykazu usług” Odwołujący wskazał, iż okoliczność ta nie znajduje potwierdzenia w „Wykazie usług” złożonym w dniu 16 sierpnia 2018 r. przez Wykonawcę Planeta Sp. z o.o. Wyjaśnienia wymaga kwestia, czy Wykonawca Planeta Sp. z o.o.: samodzielnie wykonywał określone w cytowanym warunku SIWZ prace polegające na: „utrzymaniu odwodnienia”, samodzielnie wykonywał wszystkie prace należące do zimowego utrzymania dróg krajowych tj. usługi w zakresie odśnieżania, zapobiegania powstawania śliskości, likwidowania śliskości na drodze i ustawiania/zdejmowania zasłon przeciwnieżnych, świadczył usługi zimowego utrzymania na terenie jedynie bazy w materiałowej w Ożarowie Mazowieckim, czy też na obszarze całego Rejonie w Ożarowie Mazowieckim. Jak wynika bowiem z treści przedłożonego „Wykazu usług” (str.2) w części gdzie wskazano „Zakres prac wykonywanych przez firmę Planeta sp. z o.o.” brak jest tych koniecznych dla spełnienia warunków elementów. Przy przyjęciu przez Zamawiającego „autouzupelnienia” za prawidłowe (str. 2 pisma z dnia 5 września 2018 r.) - uznać należy, że prawidłowe jest stanowisko, iż wykonawca winien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania z uwagi na niespełnianie warunku (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp) albowiem niedopuszczalne jest powtórne uzupełnienie „Wykazu usług” w tym samym zakresie w trybie art. 26 ust 3 ustawy pzp. Gdyby Izba uznała jednak odmiennie — niewątpliwie konieczne jest wyjaśnienie — wskazanej okoliczności, albowiem z dokumentu o którym wspomina SIWZ w przywołanym rozdziale 9 pkt 9.2. nie wynika potwierdzenie spełnienia warunków. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia wymaga także kwestia podwykonawstwa w obszarze deklarowanych w „Wykazie usług” - jako wykonywanych samodzielnie przez Planeta Sp. z

o.o. - prac związanych z „bieżącym utrzymaniem dróg” oraz „remontów nawierzchni asfaltowych i które — stosownie do treści oferty złożonej przez konsorcjum Planeta Sp. z o.o., Wardex A.W., PHU „Prima” B.G. (pkt 7 oferty z dnia 4 sierpnia 2018 r.) w postępowaniu „Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z podziałem na 6 zadań — zadanie 5 rejon w Ożarowie Mazowieckimi” realizowali podwykonawcy. Okoliczność powyższą potwierdza także treść oświadczeń „podmiotów trzecich złożone wraz z ofertą Konsorcjum, a to: 1)

PPUH Budowa i Naprawa Dróg „Efekt” sp. z o.o., (podmiot zobowiązał się do wykonania części robót związanych z przedmiotem zamówienia tj. remontu nawierzchni asfaltowych), 2) Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. (podmiot zobowiązał się do wykonania części robót związanych z przedmiotem zamówienia tj. remontu nawierzchni asfaltowych), 3) Autostrada Mazowiecka sp. z o.o. (podmiot zobowiązał się do wykonania części robót związanych z przedmiotem zamówienia tj. bieżące utrzymanie dróg). W szczególności nie jest jasny udział w realizacji umowy pierwszego z podwykonawców — który zadeklarował swe prace w „zobowiązaniu podmiotu trzeciego” złożonego wraz z ofertą (remonty nawierzchni asfaltowych), a o którego jak wynika z treści pisma z dnia 5 września 2018 r. Zamawiający nie pyta. Kolejną kwestią, która budzi wątpliwości Odwołującego, a która winna zostać przez Zamawiającego wyjaśniona to rozbieżność pomiędzy ceną całkowitą oferty Konsorcjum wynikającą z oferty złożonej w postępowaniu „Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z podziałem na 6 zadań — zadanie 5 rejon w Ożarowie Mazowieckim” (41.148.858,60 złotych brutto), a tą wskazaną w „Wykazie z dnia 16 sierpnia 2018 r.” jako „Wartość wykonanych prac przez firmę Planeta sp. z o.o. do dnia 30 kwietnia 2018 r. wynosi 44.423.584,97 złotych brutto”. W wyniku wezwania złożonego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp pismem z dnia 6 września 2018 r. wartość prac spółki Planeta Sp. z o.o. została zredukowana do 17.232.447,14 złotych brutto. Stosownie do treści pisma GDDKiA Oddział w Warszawie z dnia 17 września 2018 r., pomimo dokonania ponownego wyboru oferty Planety Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, Zamawiający wciąż nie posiada wiedzy w zakresie pozwalającym na ustalenie wartości pracy faktycznie wykonywanych przez poszczególnych członków w/w konsorcjum. Z uwagi na powyższe, szczególne wątpliwości Odwołującego się budzi potwierdzenie spełnienia warunków określonych w pkt. 7.2.3. a) IDW przez wykonawcę.

W dniu 28 września 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wnioś o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy pzp, Zamawiający wskazał, że przywołany zarzut jest jak to określa Odwołujący „zarzutem wynikowym”. Według Odwołującego jest on bowiem dopiero następstwem naruszenia przepisów zawartych w pozostałych zarzutach odwołania. Uwzględniając, że pozostałe zarzuty odwołania są bezzasadne to niewątpliwie stanowi o bezzasadności wywiedzionego przez Odwołującego „zarzutu wynikowego”.

Ustosunkowując się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy pzp, Zamawiający wskazał, że tak wywiedzione zarzuty uznać należy za spóźnione. Nie ulega bowiem wątpliwości, że mogły być one wywiedzione już w toku pierwszego postępowania przed Izłą procedowanego pod sygn. KIO 1282/18, 1318/18, 1321/18. Skoro zatem Odwołujący nie podniósł zarzutu, który mógł już wywieść w toku uprzedniego postępowania, to niewątpliwie świadczy o niedopuszczalności wywodzenia przedmiotowych zarzutów jako spóźnionych. Gdyby jednak Izba nie podzieliła powyższego stanowiska, Zamawiający z daleko idącej ostrożności wyjaśnił, że pierwsza z ww. przesłanek wykluczenia (pkt 16 pzp) z postępowania dotyczy wprowadzenia w błąd Zamawiającego przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia, spełnianiu warunków lub kryteriów selekcji. Druga przesłanka wykluczenia (pkt 17 pzp) dotyczy wprowadzenia w błąd Zamawiającego również w innych przypadkach niż związane ze spełnianiem warunków udziału w postępowaniu, jeżeli mogło to mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wspólnym mianownikiem obydwu przepisów jest zatem wprowadzenie w błąd rozumiane jako wywołanie u Zamawiającego mylnego wyobrażenia o rzeczywistości. W tym względzie Odwołujący zdaje się wywodzić, że Przystępujący zataił przed Zamawiającym fakt, że umowa nr 194/2012 realizowana była za pomocą podwykonawcy Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o., czym wprowadził Zamawiającego w błąd odnośnie posiadanego doświadczenia, co w konsekwencji winno skutkować wykluczeniem z udziału w postępowaniu. Aby zatem w pełni oddać kuriozum tak przedstawionych zarzutów Zamawiający wskazał, że wyraził zgodę na realizację umowy nr 194/2012 przez podwykonawcę Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. O ile zatem faktyczny zakres prac zleconych podwykonawcy nie jest znany Zamawiającemu, o tyle wyrażona przez Zamawiającego zgoda obejmowała wykonywanie wszystkich robót i usług w ramach umowy nr 194/2012. Zamawiający miał więc pełną świadomość udziału podwykonawcy Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. przy realizacji przedmiotowej umowy. Co równie ważne, potwierdzają to dowody, które do odwołania załączył Odwołujący. W świetle tak przedstawionych okoliczności, potwierdzonych stosownymi dowodami, Odwołujący postawił zarzut wprowadzenia w błąd Zamawiającego w zakresie udziału podwykonawcy przy realizacji,

a w konsekwencji posiadanego doświadczenia. Zamawiający zauważył, że nie jest możliwe wprowadzenie w błąd Zamawiającego w odniesieniu do okoliczności, co do których dysponuje on stosowną wiedzą. Powołał się na wyrok KIO z dnia 12 maja 2017 r. (sygn. KIO 782/17). Jeżeli zatem nie mogło dojść do wprowadzenia w błąd Zamawiającego w odniesieniu do ww. okoliczności, a obydwa przepisy (art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp) stanowią o konsekwencjach wprowadzenia w błąd, to niewątpliwie wywiedzione przez Odwołującego zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp uznać należy w ocenie Zamawiającego za oczywiście bezzasadne. Wyłącznie na marginesie Zamawiający podniósł, że Przystępujący nie będąc do tego zobowiązany, w żadnym z przedkładanych dokumentów nie wskazał, że nie realizował umowy przy udziale podwykonawcy. Natomiast o wprowadzeniu w błąd można byłoby mówić w sytuacji, w której wykonawca podałby Zamawiającemu błędną informację, której Zamawiający nie mogąc zweryfikować uznałby jako informację prawdziwą. (wyrok KIO z dnia 4 września 2017 r. sygn. KIO 1721/17). Również zatem z tego powodu nie mógł wprowadzić Zamawiającego w błąd. Ponadto Zamawiający zaznaczył, że Odwołujący w sposób zupełnie niezrozumiały zdaje się wywodzić o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego w zakresie okoliczności ocennych, tj. możliwości wykazywania doświadczenia zdobytego przy udziale podwykonawców. Podkreślenia wymaga, że żaden przepis powszechnie obowiązującego prawa, a w szczególności pzp wprost nie reguluje tej okoliczności, a na gruncie doktryny i orzecznictwa wyrażane są w tym względzie zróżnicowane poglądy. W świetle powyższego istotne jest więc, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp może nastąpić tylko w sytuacjach, gdy niezgodność oświadczeń wykonawcy z rzeczywistym stanem rzeczy jest jednoznaczna, a wymagania zamawiającego są jasne i nie podlegają rozbieżnym interpretacjom (wyrok KIO z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. KIO 2481/17). Niezależnie zatem od posiadania przez Zamawiającego wiedzy w zakresie realizowania umowy nr 194/2012 przez podwykonawcę Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o., nie jest w ocenie Zamawiającego, możliwe skuteczne wywodzenie o wprowadzeniu w błąd w przedmiotowej kwestii.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp, Zamawiający wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, w ocenie Zamawiającego Przystępujący potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu, które określone zostały w Tomie I Rozdziale 1 pkt 7.2.3.a SIWZ. Zauważył, że w formularzu „Zdolność zawodowa Wykonawcy” złożonym przy piśmie z dnia 16 sierpnia 2018 r. Przystępujący wprost wskazał, że zakres usługi wskazanej w wykazie obejmuje: „letnie i zimowe utrzymanie dróg tj. utrzymanie drogi w zakresie: utrzymania dróg i elementów pasa drogowego oraz odwodnienia, zieleni, czystości, odśnieżania, zapobiegania powstawania śliskości, likwidacji śliskości na drodze

i ustawiania / zdejmowania zasłon przeciwśnieżnych. O ile zatem kwestia odwodnienia i zakresu zimowego utrzymania drogi nie została wprost wykazana w usługach realizowanych bezpośrednio przez Przystępującego, o tyle znajduje ona potwierdzenie w dokumentach, na które powołuje się Przystępujący w tymże formularzu, a które to dokumenty znajdują się w posiadaniu Zamawiającego. Gdyby więc Odwołujący dokonał analizy całego formularza, a nie tylko wybranych fragmentów w sposób sobie właściwy, to z pewnością nie znalazłby podstaw do takich twierdzeń. Podkreślił, że w przedmiotowym formularzu Przystępujący wykazał również, że samodzielnie realizował zimowe utrzymanie dróg na terenie bazy materiałowej w Ożarowie Mazowieckim. Wbrew jednak zarzutom Odwołującego, Zamawiający jako zarządca dróg krajowych nie utrzymuje dróg niższych klas, niż drogi klasy „G”. Jeżeli zatem Przystępujący wykazał, że realizował zimowe utrzymanie dróg na obszarze bazy materiałowej w Ożarowie Mazowieckim na rzecz Zamawiającego, to niewątpliwie były to drogi co najmniej klasy „G”. W konsekwencji, skoro wymogiem Zamawiającego było wykazanie doświadczenia w postaci zadań (maksymalnie 8) polegających na zimowym i letnim utrzymaniu / utrzymywaniu dróg klasy min. G o łącznej wartości wykonanych prac nie mniejszej niż 15 000 000 PLN brutto, to wykazując świadczenie usług na rzecz Zamawiającego w przedmiotowym zakresie na kwotę 17.232.447,14 zł niewątpliwie Przystępujący wykazał doświadczenie określone przez Zamawiającego w pkt 7.2.3) a) SIWZ. Z tych wszystkich powodów tezy Odwołującego, oparte o newszechstronną i wybiórczą analizę przedmiotowego formularza oraz szereg domniemań uznać należy za chybione. To zaś konsekwentnie stanowi o niezasadności zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp.

Ustosunkowując się do zarzutów naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp oraz chaotycznego i nieprecyzyjnego ich uzasadnienia przez Odwołującego, Zamawiający wyjaśnił, że wykonując wyrok Izby z dnia 23 lipca 2018 r., pismem z dnia 10 sierpnia 2018 r. wezwał w trybie art. 24 ust. 4 ustawy pzp Przystępującego do wyjaśnienia jakiego rodzaju prace faktycznie realizowane były przez Planeta Sp. z o.o. w ramach zadania wykazanego w wykazie usług, tj. Bieżące i zimowe (kompleksowe) utrzymanie autostrady A2 odc. granica woj. łódzkiego i mazowieckiego — węzeł Konotopa od km 411 + 465,8 do km 456+239,67 wraz z węzłami i skrzyżowaniami oraz wszystkimi obiektami inżynierskimi w pasie drogowym autostrady. Odnosząc się do przedmiotowego wezwania pismem z dnia 16 sierpnia 2018 r. Przystępujący wyjaśnił, że nie jest w stanie potwierdzić wartości prac faktycznie wykonanych przez podwykonawcę Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. w ramach umowy nr 194/2012. Jednocześnie wraz z wyjaśnieniami Przystępujący złożył w ramach „samouzupelnienia” nowy wykaz usług dotyczący umowy nr 204/2014 z dnia 13 października 2014 r.

realizowanej na zlecenie Zamawiającego wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie oraz szczegółowym wyjaśnieniem rodzajów i wartości prac wykonanych przez wszystkich wykonawców realizujących zamówienie w odniesieniu do umowy. Po przeprowadzeniu analizy złożonych w ramach „samouzupelnienia” wyjaśnień Zamawiający celem zapewnienia transparentności niniejszego postępowania poinformował Przystępującego, że wziął pod uwagę przedmiotowe dokumenty do oceny spełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu, wskazując przy tym na przyczyny takiej czynności. Zamawiający zauważył, że przepisy pzp nie zawierają zakazu samodzielnego podejmowania przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia inicjatywy w zakresie składania dokumentów nawet bez wspomnianego wezwania. W orzecznictwie jak i doktrynie w tym względzie panują jednak rozbieżne poglądy. Podkreślił podążając za orzecznictwem, że każdy przypadek samodzielnego uzupełniania dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego winien być rozpatrywany w konkretnych okoliczności danej sprawy, z uwzględnieniem ich konsekwencji i specyfiki. W szczególności samodzielne uzupełnienie dokumentów nie może prowadzić do naruszenia zasad ogólnych ustawy dotyczących równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania, a przy tym dokonywania dowolnego uzupełniania, zmiany oraz wszelkich modyfikacji oświadczeń i dokumentów, a w konsekwencji treści oferty, po upływie terminu składania ofert, co niewątpliwie burzyłoby porządek prawny w tym zakresie. Korespondując z powyższym nie należy jednak wykluczać sytuacji prostych i oczywistych, wiadomych wszystkim uczestnikom postępowania, czytelnych i łatwych do zidentyfikowania oraz zakwalifikowania, gdzie mnożenie kolejnych czynności zamawiającego i postulowanie uzupełnienia dokumentów uzupełnionych, należałoby ocenić jako zbędny formalizm postępowania, prowadzący do jego przewlekłości, co kłóciłoby się z jego racjonalnością i ekonomią (wyrok KIO z dnia 4 marca 2015 r. sygn. 245/15, 305/15). Przenosząc powyższy wywód na grunt niniejszej sprawy, Zamawiający zauważył, że wobec niepotwierdzenia wartości prac faktycznie wykonanych przez podwykonawcę Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. w ramach umowy nr 194/2012, Zamawiający zmuszony byłby skierować do Przystępującego wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Okoliczność tę potwierdziła już Izba chociażby w wyroku z dnia 4 lutego 2014 r. (sygn. KIO 62/14). Jeżeli zatem Przystępujący z własnej inicjatywy złożył niezbędne dokumenty, uprzedzając przy tym działania Zamawiającego określone w art. 26 ust. 3 ustawy pzp, to nie było żadnego racjonalnego powodu dla odmowy uwzględnienia tych dokumentów przez Zamawiającego. Za takim postępowaniem Zamawiającego przemawia w szczególności ekonomika postępowania, jak i konieczność przeciwdziałania nadmiernemu formalizmowi tego postępowania. Nie budzi bowiem wątpliwości, że odmowa uwzględnienia

dokumentów, a przy tym wystosowanie wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp i uzyskanie tych samych dokumentów prowadziłyby wyłącznie do przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto, konieczność następczego wzywania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp zakwestionowała również Izba w wyroku z dnia 4 marca 2015 r. sygn. 245/15, 305/15. Nie może przy tym budzić wątpliwości transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego. Poinformował on bowiem Przystępującego o przyjęciu złożonych wyjaśnień do oceny, wskazując przy tym jednocześnie, że nie zostanie już wezwany do uzupełnienia tych dokumentów. Uznać zatem należy, że działania Zamawiającego w zupełności realizowały zasadę równości wykonawców, a także przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle powyższego, Zamawiający wskazał, że: czynność związana z uwzględnieniem w toku postępowania dokumentów złożonych samodzielnie przez Przystępującego była w pełni uzasadniona okolicznościami sprawy i w żadnej mierze nie stanowiła nie tylko o naruszeniu art. 26 ust. 3 w zw z art. 26 ust. 4, lecz również ustawy pzp w ogóle; wezwanie Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp w sytuacji, gdy uprzednio Przystępujący złożył już przedmiotowe dokumenty doprowadziłoby do umożliwienia wielokrotnego uzupełniania dokumentów, co niewątpliwie stałoby w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Odstąpienie od wezwania wobec samodzielnego uzupełnienia dokumentów nie może zatem stanowić naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy pzp; wobec niespornego wyjaśnienia i wykazania przez Przystępującego okoliczności związanych ze spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, nie zachodziła jakakolwiek konieczność dodatkowego wzywania Przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp. Brak jest zatem w ocenie Zamawiającego podstaw do wywodzenia zarzutu naruszenia przywołanego przepisu; wszystkie przywołane okoliczności świadczą w sposób bezsporny o niezasadności wywodzenia przez Odwołującego zarzutów naruszenia art. 26 ustawy pzp.

Reasumując, Zamawiający wskazał, że obszerne wywody przedmiotowego odwołania mają na celu wyłącznie ukrycie jakości i zasadności wywiedzionych zarzutów. Co zatem istotne Odwołujący wyłącznie za pomocą domniemań, przypuszczeń i subiektywnych przeświadczeń próbuje zakwestionować działania które zostały podjęte przez Zamawiającego w zgodzie z pzp. W tym względzie wyjątkowej uwagi wymaga: powoływanie się przez Odwołującego na spóźnione zarzuty, które mógł wywodzić w uprzednim postępowaniu przed Izbą (pkt 13-75 odwołania), wywodzenie przez Odwołującego o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego, co do okoliczności jemu znanej (pkt 13-75 odwołania), kwestionowanie formularza „Zdolność zawodowa — Wykonawcy (Wykaz usług)” na podstawie fragmentarycznej analizy tego dokumentu, z pominięciem całej jego treści (pkt

84-85 odwołania), domniemywanie, że drogi będące we właściwości bazy materiałowej w Ożarowie, utrzymywane przez Przystępującego mogą nie spełniać wymogów SIWZ, podczas gdy faktycznie nie ma tam dróg niższej kategorii niż „G” (pkt 86 odwołania), domniemywanie, że Przystępujący nie wykonywał samodzielnie prac w ramach zimowego utrzymania dróg we właściwości bazy materiałowej w Ożarowie Mazowieckim, podczas gdy oświadczenie Przystępującego w tym względzie nie budzi żadnych wątpliwości (pkt 86 odwołania), przypuszczanie, że Przystępujący nie realizował samodzielnie zimowego utrzymania dróg na obszarze bazy materiałowej w Ożarowie Mazowieckim (pkt 91 odwołania), domniemywanie, że wyjaśnienia Przystępującego z dnia 16 sierpnia 2018 r. zostały złożone wyłącznie faksem lub skanem, pomimo, że zostały one złożone w wymaganej formie (pkt 109 odwołania), przypuszczanie, że Przystępujący nie wykazał wymaganego doświadczenia, a w konsekwencji podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp (pkt 118-120 odwołania).

Zamawiający podniósł, że odwołanie nie zostało oparte o dowody umożliwiające skuteczne kwestionowanie działań Zamawiającego. Na gruncie niniejszej sprawy Odwołujący nie wypełnił obowiązku udowodnienia, aby na skutek działań Zamawiającego doszło do naruszenia któregośkolwiek z przepisów powołanych w odwołaniu. W konsekwencji, wywodzenie środka ochrony prawnej w stosunku do czynności Zamawiającego podejmowanych w niniejszym postępowaniu uznać należy w ocenie Zamawiającego za nieuzasadnione i bezpodstawne.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca PLANETA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Na rozprawie, a także w złożonych pismach procesowych przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska i wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie. Wykonawca nie stawił się, pomimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia i rozprawy.

KIO 1895/18

W dniu 21 września 2018 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych

„Ostrada” Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce oraz J.J. prowadzący działalność gospodarczą w Drużbicach – dalej Odwołujący Konsorcjum Ostrada.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu w zakresie zadania 2 - Rejon w Mławie, a mianowicie od czynności polegającej na odmowie uwzględnienia złożonych Zamawiającemu dokumentów jako potwierdzających spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu i zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1. art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, poprzez uznanie, iż Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia poprzez przedłożone Zamawiającemu dokumenty,
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp, poprzez dążenie do wykluczenia Odwołującego mimo wykazania przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia,
3. art. 23 ust. 3 w związku z art. 23 ust. 5 i 6 ustawy pzp, poprzez stosowanie do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia innej miary, niż do pojedynczego wykonawcy, mimo nie określenia takich wymagań w treści ogłoszenia lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ),
4. art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia podjętej decyzji o odmowie uznania przedłożonych przez Odwołującego dokumentów jako wystarczających do potwierdzenia spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz wzywającej Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie;
- 2) uwzględnienia przedłożonych przez Odwołującego dokumentów jako wystarczających do potwierdzenia spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Odwołujący podkreślił, że odwołanie zostało złożone w terminie, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, ponieważ informacja o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania tj. wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp została mu przekazana w dniu 12 września 2018 r.

Odwołujący zaznaczył, że posiada interes w złożeniu odwołania, bowiem przedłożył

na wezwanie Zamawiającego dokumenty potwierdzające spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Zamawiający winien był uznać, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i wezwać go do zawarcia umowy. Tymczasem Zamawiający nie uwzględnił ani przedłożonych mu dokumentów, ani składanych w następstwie wyjaśnień i wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Zamawiający, co prawda, nie podjął jeszcze decyzji o wykluczeniu Odwołującego, niemniej wzywając go do uzupełnienia dokumentów, stwierdził, że nie wykazał on spełniania warunków pierwotnie przedłożonymi dokumentami. Działanie takie jest w ocenie Odwołującego bezpodstawne i naraża Odwołującego na utratę możliwości uzyskania zamówienia, mimo że jest on w stanie należycie wykonać zamówienie i złożył Zamawiającemu najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że działając w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp Zamawiający wezwał go do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym warunków w zakresie doświadczenia. Odwołujący przedłożył właściwe dokumenty potwierdzające doświadczenie, m. in. dotyczące partnera konsorcjum p. J.J.. Kluczowe referencje z dnia 21 lipca 2017 r. zostały wystawione przez Oddział Warszawski GDDKiA i potwierdzają, że: *Pan J.J. na podstawie umowy konsorcjum zawartej pomiędzy (...czterema podmiotami) zrealizował umowę nr 205/14 z dnia 10.10.2014 na „Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie rejonu w Siedlcach”. Wartość zrealizowanych prac wynosiła (,, powyżej progu 15 mln zł wymaganego w ramach warunku doświadczenia)*. Zamawiający pismem z 27 sierpnia 2018 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia jakiego rodzaju prace faktycznie realizowane były przez p. J.J. w ramach usługi „Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie rejonu w Siedlcach”. Odwołujący pozyskał stosowne informacje nie tylko od partnera p. J., ale i potwierdził je u lidera konsorcjum, które wykonało usługę w Siedlcach, firmy PRDM MIKST sp. z o.o. Na podstawie tych informacji Odwołujący wyjaśnił, że p. J. aktywnie i realnie uczestniczył w realizacji całości zamówienia, w tym brał udział w utrzymaniu zimowym i części robót objętych bieżącym utrzymaniem dróg, angażując swój potencjał techniczny i realizując prace we współpracy z liderem. Na ponowne pytanie Zamawiającego jakie bezpośrednio czynności i jakiej wartości wykonywał p. J. w Siedlcach, Odwołujący przekazał dalsze informacje potwierdzające, że p. J., poza usługami koszenia, realnie uczestniczył w realizacji zarówno letniego, jak i zimowego utrzymania dróg (zgodnie z definicją zawartą w SIWZ). Zamawiający uznał, że ze złożonych wyjaśnień wynika, że p. J. nie wykonywał samodzielnie usług zdefiniowanych jako warunek udziału w postępowaniu i nie potwierdził tym samym spełnienia warunku doświadczenia. Zamawiający przywołał przy tym (nie po raz pierwszy) orzeczenie

TSUE C-387/14 Esaprojekt.

Odwołujący zaznaczył, że nie twierdzi, że p. J. wykonał samodzielnie usługi obejmujące całość czynności składających się na zimowe i letnie utrzymanie dróg o wartości 15 mln zł. Odwołujący twierdzi natomiast, że aby móc powołać się na cały zakres usług wykonanych przez kilku wykonawców w Siedlcach, jeden z członków konsorcjum, p. J. nie musi wykazywać, że samodzielnie zrealizował pełen zakres o wartości 15 mln zł. W ocenie Odwołującego zachodzi nieporozumienie oparte na niewłaściwym rozumieniu orzeczenia TSUE w sprawie C-387/14 Esaprojekt. W ślad za opinią pozyskaną przez Odwołującego u p. D.K., Odwołujący wskazał, że: Krajowa Izba Odwoławcza zadała Trybunałowi m. in. następujące pytanie: *Czy art. 44 [dyrektywy 2004/18] w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) [tej dyrektywy] oraz z deklarowana w art. 2 [tej dyrektywy] zasada równego traktowania wykonawców zezwala na takie powoływanie się na doświadczenie grupy wykonawców, że wykonawca, który realizował zamówienie jako jeden z grupy wykonawców, może się powoływać na realizację wykonaną przez tę grupę niezależnie od tego, jaki był jego udział w realizacji tego zamówienia, czy też może powoływać się jedynie na swoje własne, realnie uzyskane doświadczenie, które zdobył, realizując daną część zamówienia, która została mu przypisana w ramach grupy?* Odwołujący zaznaczył, że pytanie zostało sformułowane w sposób dychotomiczny „A czy B” sugerujący, że TSUE powinien wybrać jedną z dwóch opcji i opowiedzieć się za jednym z twierdzeń: wykonawca może się powoływać na realizację zamówienia niezależnie od tego, jaki był jego udział w realizacji (twierdzenie A) albo wykonawca może powoływać się jedynie na swoje własne, realnie uzyskane doświadczenie, które zdobył, realizując daną część zamówienia, która została mu przypisana w ramach grupy (twierdzenie B). Na tak postawione pytanie TSUE udzielił następującej odpowiedzi: *65. W świetle powyższego odpowiedź na piąte pytanie powinna brzmieć tak, iż art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisana w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.* Odpowiedź stwierdzała, że błędnym jest twierdzenie A: Wykonawca nie może polegać na doświadczeniu konsorcjum, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji. Jest to w ocenie Odwołującego bardzo słuszne stanowisko, choć sprzeczne z wieloma wcześniejszymi orzeczeniami KIO i sądów w Polsce. Rzeczywiście, nie można twierdzić, że wykonawca, który nie uczestniczył w realizacji zamówienia, a jedynie solidarnie odpowiadał za jego wykonanie zdobył jakiegokolwiek doświadczenie. Orzeczenie TSUE nie

stanowiło jednak zdaniem Odwołującego potwierdzenia twierdzenia B. W rzeczywistości bowiem dylemat dotyczący doświadczenia zdobywanego w ramach konsorcjum wcale nie jest dychotomiczny: A lub B. Trybunał nie potwierdził prawdziwości żadnej z dwóch, sugerowanych w pytaniu odpowiedzi. Obie są bowiem błędne. Ani nie jest tak, że wykonawca może się powoływać na realizację całości zamówienia niezależnie od tego, jaki był jego udział w realizacji, ani nie jest tak, że wykonawca może powoływać się jedynie na część zamówienia, która została mu przypisana w ramach grupy. Jakie są więc zasady powoływania się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum? Odwołujący przeformułował twierdzenie zawarte w pkt 65, zawierające podwójne przeczenie, na zdanie twierdzące: *wykonawca może się powoływać na realizację zamówienia, jeżeli faktycznie i konkretnie uczestniczył w jego realizacji*. TSUE nie wprowadził w ocenie Odwołującego (mimo sugestii KIO) zastrzeżenia „w zakresie w jakim uczestniczył w realizacji” lub „w zakresie danej części zamówienia, która została mu przypisana w ramach grupy”, co oznacza, że wykonawca może powoływać się na całość zamówienia, pod warunkiem, że faktycznie i realnie uczestniczył w jego realizacji. Zasadę tę potwierdza zaaprobowane przez TSUE stanowisko rządu polskiego: *63. Jak bowiem słusznie podniósł rząd polski w uwagach na piśmie, wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców*. Powyższe oznacza zdaniem Odwołującego, że wystarczy, aby wykonawca faktycznie i realnie uczestniczył w realizacji co najmniej części zamówienia, aby mógł powoływać się na jego całość. Twierdzenie to nie powinno dziwić, gdyż te same zasady obowiązują przecież w odniesieniu do doświadczenia zdobytego przez pojedynczego wykonawcę. Bardzo często wykonawcy nie realizują samodzielnie całości zamówienia, lecz korzystają z podwykonawców. Niezależnie od tego w jakim zakresie powierzają realizację zamówienia podwykonawcom (a nierzadko jest to większość prac), nikt nie odmawia im prawa powoływania się na całe zrealizowane zamówienie jako ich własne doświadczenie. Również wykonawca, który polegał na zdolnościach (doświadczeniu) podmiotu trzeciego uzyskuje po wykonaniu zamówienia referencje z jego realizacji, choć zobowiązany był powierzyć podmiotowi trzeciemu wykonanie robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności były wymagane (art. 22a ust. 4). Nie tylko wykonawca nie realizował zamówienia samodzielnie, ale i nie miał prawa tego czynić. Dlaczego gorzej mieliby być traktowani członkowie konsorcjum, z których żaden nie wykonał całości zamówienia? Jeżeli wykonanie zamówienia przy istotnym udziale podwykonawców, za których działania wykonawca ponosi odpowiedzialność uznawane jest za potwierdzenie doświadczenia tego wykonawcy w

pełnym zakresie, tę samą zasadę należy stosować do członków konsorcjum, pod warunkiem wszak, że każdy z nich faktycznie i realnie uczestniczył w realizacji zamówienia lub jego części. Nie sposób określić ani kwoty lub procentowego udziału w wartości zamówienia, ani zakresu przedmiotowego części zamówienia wykonanej przez członka konsorcjum, które uprawniałyby go do powoływania się na całe zamówienie jako jego własne doświadczenie. Należy to rozstrzygać ad casum: 62. *Tym samym, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.* Odwołujący zaznaczył, że o doświadczeniu członka konsorcjum decyduje jego faktyczny wkład w realizację zamówienia. Wkład ten może polegać zarówno na osobistym wykonaniu części zamówienia, jak i na wykonaniu części zamówienia przy pomocy podwykonawców, a także na udziale w zarządzaniu całością prac. Jedynie w sytuacji, gdy członkowie konsorcjum podzielili się pracą w taki sposób, że każdy z nich realizował odrębną część zamówienia i pozostawał wobec partnerów wyłącznie odpowiedzialnym za tę część, należy stwierdzić, że każdy nabył doświadczenie w realizacji wyłącznie wydzielonej, jemu przypisanej części zamówienia: 64. *Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału.* W sytuacji jednak, gdy wykonawcy współpracowali faktycznie i realnie przy realizacji zamówienia, każdy z nich może powołać się na cały zakres zamówienia jako jego własne doświadczenie. Szczególnym przypadkiem jest współpraca członków konsorcjum w zarządzaniu realizacją zamówienia: *Sam Trybunał Sprawiedliwości UE podkreśla, iż warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (Wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji sygn. C-399/05, podobnie wyrok, który przywołał w odwołaniu Odwołujący). Trybunał widzi zatem doświadczenie konsorcjanta w postaci umiejętności zarządzania, administrowania określonym rodzajem i rozmiarem przedsięwzięć. Wydaje się, że w ten sposób należałoby rozumieć owe zastrzeżenie czynnego udziału w zarządzaniu sprawami konsorcjum (KIO 1854/17). Czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum nie musi przekładać się na istotny udział wykonawcy w łącznym wynagrodzeniu z tytułu realizacji umowy, W jednym z wyroków KIO przyznało prawo powoływania się na doświadczenie w realizacji całości inwestycji wykonawcy, którego wynagrodzenie stanowiło zaledwie 0,54% wartości umowy. (KIO 2007/17, KIO 2014/17). Stanowisko to nie powinno w ocenie Odwołującego dziwić, gdyż jest to ta sama zasada, która odnosi się do pojedynczych wykonawców: wykonawca*

będący tzw. generalnym wykonawcą, którego rola polega na zarządzaniu realizacją zamówienia przez podwykonawców zdobywa doświadczenie obejmujące całość prac niezależnie od tego, jak dużą ich część wykonał przy pomocy podwykonawców. Również w przypadku wykonawców wspólnie zarządzających realizacją zamówienia, każdy może powołać się na całość zamówienia, niezależnie od tego jak dużą jego część wykonał każdy z nich lub ich podwykonawcy. Zastosowanie odmiennej zasady, np. że każdy z członków konsorcjum uzyskuje doświadczenie w zakresie, w jakim samodzielnie wykonywał część zamówienia - jak zdaje się twierdzić Zamawiający - stanowi jawne naruszenie zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji. Zasady powyższe należy zastosować do zamówienia na „Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie rejonu w Siedlcach”, które zostało zrealizowane przez konsorcjum z udziałem p. J.J.. Członkowie konsorcjum zobowiązali się do ścisłej współpracy przy realizacji zamówienia: *Strony zobowiązują się do wzajemnej współpracy w celu zapewnienia efektywnego wykonania niniejszej Umowy. Współpraca ta będzie w szczególności obejmować bieżącą koordynację przebiegu procesu świadczenia usług przez strony Konsorcjum oraz uzgadniania i podejmowania innych działań dla rozwiązywania trudności związanych z wykonaniem Umowy.* Każdy z członków konsorcjum zobowiązany był dołożyć wszelkich starań dla należytego wykonania umowy. Żaden nie mógł zwolnić się z odpowiedzialności - nie tylko wobec zamawiającego, ale i wobec siebie nawzajem poprzez wykonanie części zamówienia. Wykonawcy zobowiązani byli wspierać się w realizacji całości prac i w rzeczywistości każdy angażował niezbędny potencjał, zwłaszcza w okresach spiętrzenia prac. Odwołujący, na podstawie informacji uzyskanych od p. J. i potwierdzonych przez MIKST sp. z o.o. wyjaśniał: *Dodatkowo, p. J. uczestniczył w zarządzaniu realizacją całości prac, w szczególności w zakresie opracowania metodyki realizacji usług, odbiorów wewnętrznych (przed zgłoszeniem gotowości odbioru zamawiającemu), wyboru i rozliczania podwykonawców. Był zobowiązany do udostępnienia sprzętu przy pracach ZUD, brał udział w doborze osób pracujących przy realizacji zimowego utrzymania (dyżurni) oraz ustawiania zasłon przeciwnieźnych. Uczestniczył również w pracach BUD . Ponadto zgodnie z zawartą umową konsorcjum strony zobowiązały się do wspólnej bieżącej koordynacji świadczenia usług oraz uzgadniania i podejmowania innych działań.* Niezrozumiale jest zdaniem Odwołującego twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący nie wyjaśnił jakiego rodzaju prace realizował p. J. w Siedlcach. Zauważył, że przedmiot zamówienia (zarówno w Siedlcach, jak i w przedmiotowym postępowaniu) nie jest bardzo skomplikowany. Odwołujący wyjaśnił, że poza koszeniem w ramach letniego utrzymania dróg, p. J. uczestniczył w bieżącym utrzymaniu dróg oraz w zimowym utrzymaniu dróg poprzez udostępnienie sprzętu, w zakresie sprawowania dyżurów oraz ustawiania zasłon przeciwnieźnych. Nie można pominąć również udziału p. J. w ustalaniu standardów

realizacji oraz odbiorach - w odniesieniu do całości prac. W przypadku nienależytego wykonania choćby części prac przez innego członka konsorcjum, pozostali mogą zostać zmuszeni do poprawienia tych prac bez odrębnego wynagrodzenia. Jest więc zrozumiałe w ocenie Odwołującego, że każdy z członków konsorcjum jest zainteresowany faktycznym udziałem w odbiorach wewnętrznych. Jeśli chodzi o wartość prac wykonanych przez p. J., to Odwołującemu nie udało się ustalić dokładnych kwot wynagrodzenia, jakie p. J. uzyskał w ramach usług świadczonych w Siedlcach. Była to kwota powyżej 20% wartości umowy, co jednak, jak wskazano, nie powinno mieć znaczenia dla określenia możliwości powoływania się na realizację zamówienia. Powyższe wskazuje, że p. J. faktycznie i konkretnie uczestniczył w realizacji usług bieżącego i zimowego utrzymania dróg krajowych na terenie Rejonu w Siedlcach i zdobył w ten sposób doświadczenie niezbędne do realizacji przedmiotowego, podobnego zamówienia. Stwierdzenie jakoby Odwołujący nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia jest w ocenie Odwołującego bezzasadne.

W dniu 28 września 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wnioś o odrzucenie odwołania, a z ostrożności o jego oddalenie. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Zamawiający w pierwszej kolejności podniósł iż Odwołującemu nie przysługuje odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na „odmowie uwzględnienia” złożonych Zamawiającemu w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp dokumentów jako potwierdzających spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Po pierwsze Zamawiający nie odmówił uwzględnienia złożonych dokumentów, tylko stwierdził, iż na podstawie usługi wskazanej w wykazie usług jako wykonanej przez J.J., Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Po drugie nie sposób zgodzić się, że uznanie przez Zamawiającego przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów w zakresie doświadczenia J.J., jako niewystarczających do uznania, iż Wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 7.2.3) a) Tom I Rozdział 1 SIWZ, stanowi czynność, od której możliwe jest złożenie odwołania. Na tym etapie postępowania, odwołanie Odwołującego uznać należy, w ocenie Zamawiającego, jako przedwczesne i pozbawione podstawy prawnej, a tym samym odwołanie winno zostać odrzucone, jako niedopuszczalne. Dopiero wykluczenie Odwołującego z przetargu uprawniać będzie Odwołującego do złożenia odwołania.

Z ostrożności, w przypadku stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, Zamawiający wskazał, iż zarzuty Odwołującego są niezasadne i powinny zostać oddalone w całości. Brak jest podstaw do uznania, iż Zamawiający poprzez uznanie, iż

Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 7.2.3) a) Tom I Rozdział 1 SIWZ, naruszył przepis art. 22 ust. 1 pkt. 2, art. 24 ust. 1 pkt. 12, art. 23 ust. 3 w zw. z art. 23 ust. 5 i 6 oraz art. 7 ust. 1 ustawy pzp, albowiem przedłożone przez Odwołującego oświadczenia oraz dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Odwołujący celem wykazania spełnienia przez niego warunku z pkt 7.2.3) a) Tom I Rozdział 1 SIWZ, powołał się na usługę wykonaną przez J.J. (Partnera Konsorcjum) „Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Siedlcach” wskazując, iż w zakres usług wchodziło letnie i zimowe utrzymanie dróg klasy G o wartości 15.893.722,30 zł. Z załączonych referencji z dnia 21 lipca 2018 r. wynika że wyżej wymieniona usługa realizowana była przez konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych „MIKST” Sp. z o.o. (Lider konsorcjum), Rejonowy Związek Spółek Wodnych, Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., J.J. Zwierzyniec 63, 97-403 Drużbice. Pismem z dnia 27 sierpnia 2018 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp wezwał Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie rodzaju prac faktycznie realizowanych przez J. J. w ramach usługi wykazanej w Wykazie usług, tj. „Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Siedlcach”. W odpowiedzi pismem z dnia 31 sierpnia 2018r. Odwołujący wyjaśnił, iż partner Konsorcjum J.J. „brał udział w realizacji całości usług bieżącego i zimowego utrzymania dróg krajowych na terenie Rejonu w Siedlcach. Strony konsorcjum realizującego tą umowę podpisały uproszczoną umowę konsorcjum przypisując różne rodzaje prac poszczególnym członkom konsorcjum, przy czym podział ten został określony niefortunnie: w szczególności wynikało z niego, że „bieżące i zimowe utrzymanie dróg”, czyli całość prac miał wykonać lider. Tymczasem pozostali członkowie konsorcjum, w tym p. J.J. również aktywnie i realnie uczestniczyli w realizacji zamówienia. W szczególności p. J. brak udziału w utrzymaniu zimowym i części robót objętych BUD, angażując swój potencjał techniczny i realizując prace we współpracy z liderem, PRDM MIKST Sp. z o.o.” Odwołujący przedłożył oświadczenie Prezesa Zarządu MIKST z dnia 30 sierpnia 2018r., z którego wynika, iż przy realizacji umowy faktycznie i realnie uczestniczyli wszyscy członkowie konsorcjum, a strony co prawda w podpisanej umowie konsorcjum przypisali różne rodzaje prac poszczególnym członkom konsorcjum, jednak był to podział umowny, natomiast w rzeczywistości członkowie konsorcjum współpracowali w realizacji całości usług, a J.J. realizował nie tylko usługi koszenia, ale uczestniczył również w akcji zima oraz w realizacji niektórych prac BUD. W złożonych wyjaśnieniach nie wskazano jakie dokładnie czynności wykonywał Pan J., tym samym na ich podstawie Zamawiający nie mógł stwierdzić, czy Odwołujący posiada wymagane doświadczenie. W związku z powyższym pismem z dnia 7 września 2018.

Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp do wyjaśnienia jakiego rodzaju prace faktycznie realizowane były przez Pana J.J. w ramach usługi bieżącego i zimowego utrzymania dróg krajowych na terenie Rejonu w Siedlcach, w tym sprecyzowanie, jakie bezpośrednio czynności i o jakiej wartości wykonywał J.J. w zakresie letniego utrzymania dróg oraz jakie bezpośrednio czynności wykonywał w zakresie zimowego utrzymania dróg zgodnie z definicją w SIWZ. Zamawiający wskazał, iż dotychczasowe wyjaśnienia nie wyjaśniły jakiego rodzaju prace i o jakiej wartości faktycznie realizowane były przez Pana J. J. w ramach w/w usługi. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący w piśmie z dnia 10 września 2018r. wyjaśnił, iż J.J. brał udział w realizacji całości usług bieżącego i zimowego utrzymania dróg krajowych na terenie Rejonu w Siedlcach, uczestniczył w „zarządzaniu realizacją całości prac, w szczególności w zakresie opracowania metodyki realizacji usług, odbiorów wewnętrznych (przed zgłoszeniem gotowości odbioru zamawiającemu), wyboru i rozliczania podwykonawców. Był zobowiązany do udostępnienia sprzętu przy pracach ZUD, brał udział w doborze osób pracujących przy realizacji zimowego utrzymania (dyżurni) oraz ustawiania zasłon przeciwnieźnych. Uczestniczył również w pracach BUD. Ponadto zgodnie z zawartą umową konsorcjum strony zobowiązały się do wspólnej bieżącej koordynacji świadczenia usług oraz uzgadniania i podejmowania innych działań”. Strony zawarły na te okoliczność „poufne porozumienie z późniejszymi aneksami dotyczące wspólnej realizacji kontraktu”. Przy czym Odwołujący nie dysponuje informacjami o wysokości wynagrodzenia uzyskanego przez p. J. w ramach tamtej umowy, gdyż zarówno p. J.J., jak i lider konsorcjum traktują te informacje jako tajemnice przedsiębiorstwa. Odwołujący przy tym przedłożył referencje z dnia 4 maja 2017r. wystawione dla Przedsiębiorstwa Robót Drogowo - Mostowych „MIKST”. Pismem z dnia 12 września 2018r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp wezwał Wykonawcę do przedłożenia oświadczeń/dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 7.2.3) a) Tom I Rozdział 1 SIWZ. Zamawiający wskazał, iż z posiadanych informacji wynika, że Pan J.J. w ramach umowy nr 205/2014 realizował wyłącznie usługę koszenia pasa drogowego. Ponadto w ocenie Zamawiającego z dotychczas przedłożonych przez Odwołującego oświadczeń, dokumentów i wyjaśnień, nie wynika jakiego rodzaju prace i o jakiej wartości faktycznie realizowane były przez J.J. w ramach umowy 205/2014, natomiast wynika z nich, iż J.J. nie wykonywał samodzielnie zakresu usług wymaganego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału. W konsekwencji Zamawiający uznał, iż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego doświadczenia Wykonawcy. Zamawiający przy badaniu i ocenie spełnienia tego warunku miał na uwadze treść orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-387/14 w sprawie Esaprojekt, zgodnie z którym wykonawca biorący indywidualnie

udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie może polegać na doświadczeniu konsorcjum, którego był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący w piśmie z dnia 18 września 2018r. wskazał, iż nie zgadza się z decyzją Zamawiającego odmawiającą uwzględnienia doświadczenia zdobytego przez partnera konsorcjum - J.J. w ramach realizacji usług bieżącego i zimowego utrzymania dróg krajowych na terenie Rejonu w Siedlcach. Ponadto Odwołujący wskazał, iż „choć dysponujemy innymi dokumentami potwierdzającymi spełnienie warunków udziału w postępowaniu, których jednak z bardzo ważnych przyczyn nie chcemy obecnie ujawniać, nie uczynimy zadość wezwaniu zawartemu w w/w piśmie”

W ocenie Zamawiającego przedłożone przez Odwołującego dokumenty nie potwierdzają doświadczenia konsorcjanta J.J. w zakresie wykonania usług polegających na zimowym i letnim utrzymaniu dróg. Zamawiający zwrócił przede wszystkim uwagę na wymóg określony w pkt. 7.2.3) a) Tom I Rozdział 1 SIWZ, wykonawca ma wykazać się doświadczeniem, w wykonaniu (wykonywaniu) zadań. Następnie również w definicji pojęcia letniego i zimowego utrzymania, Zamawiający wskazał, iż przez te pojęcia rozumie się „wykonywanie usług”. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN pojęcie „wykonać” oznacza, zrobić coś, wyprodukować coś. Dodatkowo, w odpowiedzi na pytanie nr 3 z zestawu nr 3 do SIWZ o treści: „Zgodnie z zapisami siwz „Przez letnie utrzymanie rozumie się wykonywanie usług utrzymania drogi w zakresie co najmniej utrzymywania dróg i elementów pasa drogowego oraz odwodnienia, zieleni i czystości”, prosimy o potwierdzenie że każde z zadań polegających na letnim utrzymaniu, którymi należy wykazać się w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu musi zawierać co najmniej wszystkie elementy wskazane w w/w opisie tj. zarówno utrzymanie dróg i elementów pasa drogowego tak i odwodnienie oraz zieleni i utrzymanie czystości”, Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zamawiający potwierdza że każde z zadań polegających na letnim utrzymaniu, którymi należy wykazać się w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu musi zawierać co najmniej wszystkie elementy wskazane w w/w opisie tj. zarówno utrzymanie dróg i elementów pasa drogowego jak i odwodnienie oraz zieleni i utrzymanie czystości.”

Z uwagi na powyższe, w ocenie Zamawiającego, uznać należy, iż aby wykonawca spełniał wymóg pkt. 7.2.3) a) Tom I Rozdział 1 SIWZ, musi wykazać się doświadczeniem w zakresie utrzymywania dróg i elementów pasa drogowego oraz odwodnienia, zieleni i czystości (letnie utrzymanie) oraz w zakresie odśnieżania, zapobiegania powstawania śliskości, likwidowania śliskości na drodze i ustawiania/zdejmowania zasłon przeciwnieźnych (zimowe utrzymanie). Zamawiający zaznaczył, że Odwołujący celowo w

przywołanym na str. 8 odwołania warunku wymaganym przez Zamawiającego w zakresie doświadczenia pomija słowo „wykonywać”, próbując w ten sposób wprowadzić w błąd KIO, co do faktycznego wymogu w zakresie doświadczenia. Zamawiający podkreślił, iż Odwołujący już w odwołaniu wskazuje, iż poza usługami koszenia, J.J. „uczestniczył w zarządzaniu realizacją całości prac, opracowywaniu metodyki realizacji usług, odbiorów wewnętrznych, wyboru i rozliczania podwykonawców, udostępniał sprzęt przy pracach ZUD, brał udział w doborze osób pracujących (dyżurnych), uczestniczył w pracach BUD” (str. 8 odwołania). Przyniesione przez Odwołującego okoliczności w zakresie doświadczenia J.J., co najwyżej mogą świadczyć o uczestniczeniu w czynnościach administracyjnobiurowych związanych z realizacją usług przez pozostałych konsorcjantów, a nie faktycznym wykonywaniu usług bieżącego, czy też zimowego utrzymania dróg, jak również nie zawierają wszystkich elementów, o których mowa w pkt. 7.2.3) a) Tom I Rozdział 1 SIWZ. Przy czym twierdzenia te nie mają żadnego oparcia w materiale dowodowym, albowiem Odwołujący nie przedłożył żadnych dokumentów je potwierdzających, ograniczając się do gołosłownych twierdzeń. Bez znaczenia przy tym pozostaje powoływanie się przez Odwołującego na orzecznictwo tak TSUE, jak i KIO sprzed wydania wyroku z 4 maja 2017 r. w sprawie C387/14 Esaprojekt, albowiem wyrok ten zmienił dotychczasowe stanowisko zajmowane w sprawie przez sądy, jak i inne organy, w tym KIO. Ponadto odnosząc się do rzekomego doświadczenia zdobytego Przez J.J. w ramach realizacji przez konsorcjum firm: Przedsiębiorstwem Robót Drogowo-Mostowych MIKST Sp. z o.o., Rejonowym Związkiem Spółek Wodnych, Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. oraz J. J. prowadzącym działalność pod nazwą J.J. pod nazwą „Konsorcjum” umowy nr 205/2014 zawartej z Zamawiającym, przedmiotem której było bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie na terenie Rejonu w Siedlcach, Zamawiający wskazał, że zgodnie z § 11 ust. 1 umowy 205/2014 koordynatorem ze strony Wykonawcy odpowiedzialnym za organizację bieżącego (letniego) utrzymania dróg został M.S., natomiast odpowiedzialnym za organizację zimowego utrzymania dróg został D.O. Zgodnie z umową Konsorcjum z dnia 28 lipca 2014r. zawartą w celu wspólnej realizacji zamówienia na „Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie na terenie Rejonu w Siedlcach”, do obowiązków Lidera (PRD-M MIKST sp. z o.o.) należy m.in. koordynacja wszelkich prac związanych z realizacją inwestycji, rzetelne wykonanie części prac i usług przypadających do wykonania Liderowi określonych w Załączniku nr 2 do Umowy. Ponadto Konsorcjum realizujące umowę 205/2014 składając ofertę w celu wykazania wiedzy i doświadczenia powołało się na usługi zrealizowane przez J.J. wyłącznie w zakresie utrzymania zieleni, zadrzewienia, pielęgnację i wycinkę drzew, wykonanie nowych nasadzeń, wycinkę krzaków,

utrzymania zieleni przydrożnej, koszenie traw na poboczach i skarpach rowu, koszenie traw w pasach rozdziału, wysepkach i trawnikach z wygrabieniem i wywiezieniem, koszenie pod barierami energochłonnymi, niszczenie chwastów. Natomiast w zakresie robót obejmujących wykonanie nawierzchni asfaltowych, robót na drogach klasy min. G (naprawy/renowację/odbudowę odwodnienia, naprawę poboczy dróg, naprawę elementów korpusu drogowego) oraz w zakresie zimowego utrzymania dróg Konsorcjum powołało się na doświadczenie lidera, tj. PRDM MIKST Sp. z o.o. Natomiast w zakresie sprzątnięcia pasa drogowego Konsorcjum powołało się na doświadczenie Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. W wykazie potencjału technicznego wskazany został następujący sprzęt stanowiący własność J.J.: kosiarki (pozycje od 33 do 37, w tym jedna będąca własnością osoby trzeciej). Natomiast dwa ciągniki rolnicze stanowiły własność Agrotuszyn i udostępniane zostały J.J.. Zgodnie z oświadczeniem o udostępnieniu potencjału technicznego ciągniki miały być wykorzystane w celu wykonania usługi koszenia. W formularzu potencjał kadrowy J.J. wskazany został jako kierownik prac utrzymania zieleni, natomiast jako majstra prac utrzymania zieleni wskazano pracownika zatrudnionego na umowę zlecenia w firmie J.J.- J.J.. Ponadto zgodnie z wpisem w CEIDG podstawową działalnością prowadzonej przez J.J. działalności jest działalność usługowa wspomagająca produkcję roślinną (PKD 01.61.Z), a ponadto odprowadzanie i oczyszczanie ścieków (37.00.Z), zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne (38.11.Z,) zbieranie odpadów niebezpiecznych (38.121), obróbka i usuwanie odpadów innych niż niebezpieczne (38.211), przetwarzanie i unieszkodliwianie odpadów niebezpiecznych (38.22.Z), działalność związana z rekultywacją i pozostała działalność związana z gospodarką odpadami (39.00.Z), roboty budowlane związane ze wznoszeniem budynków mieszkalnych i niemieskalnych (41.20.Z), roboty związane z budową obiektów inżynierii wodnej (42.911), rozbiórka i burzenie obiektów budowlanych (43.11.Z), wykonywanie konstrukcji i pokryć dachowych (43.911), transport drogowy towarów (49.411), pozostałe sprzątnięcie (81.291), działalność usługowa związana z zagospodarowaniem terenów zieleni (81.30.Z). Z powyższym dokumentów jednoznacznie wynika, iż J.J. jakkolwiek był stroną umowy i odpowiadał wobec zamawiającego za jej realizację, nie nabył doświadczenia wynikającego bezpośrednio z tych prac, które realizował inny podmiot (partner w ramach konsorcjum). Istotny jest bowiem zakres prac, w jakim każdy z członków konsorcjum rzeczywiście partycypował w wykonywaniu tych prac. J.J. posiada doświadczenie wyłącznie w utrzymaniu zieleni, nie posiada natomiast doświadczenia w zakresie utrzymywania dróg i elementów pasa drogowego oraz odwodnienia, jak również nie posiada doświadczenia w zakresie zimowego utrzymania dróg. Zgodnie z przyjętym przez KIO stanowiskiem, w sytuacji powoływania się przez wykonawcę na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum, niezbędne jest ustalenie, jaki zakres prac faktycznie podlegał

realizacji przez tego wykonawcę. Zamawiający powołał się na wyrok z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Pogląd wyrażony przez TSUE potwierdzony został w licznych orzeczeniach KIO m.in. w sprawach o sygn. akt: KIO 1987/17, KIO 326/18 i KIO 327/18, KIO 568/18, 1318/18. W konsekwencji powyższego, jeżeli Odwołujący powołuje się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum, to w wykazie usług powinien wyraźnie wskazać jaki zakres prac był przez niego zrealizowany, a jeżeli w wykazie usług brak jest takiej informacji, Zamawiający był zobowiązany dążyć do ustalenia faktycznego udziału wykonawcy w realizacji zamówienia. Zamawiający podkreślił, iż J.J. składając ofertę razem z Konsorcjum z liderem PRDM MIKST Sp. z o.o., szczegółowo wykazał, jaki zakres prac wykonywał w ramach realizacji umów. Natomiast w niniejszym postępowaniu celowo zakres ten nie został podany. Kwestia realności dysponowania przez wykonawcę określonym potencjałem, rozumianej jako rzeczywiste posiadanie przez niego określonych atrybutów, ma szczególne znaczenie w zamówieniach publicznych, które stanowią podstawowy sposób wydatkowania środków publicznych, niejednokrotnie na cele służące nie tylko zaspokajaniu potrzeb samego zamawiającego, ale, przykładowo społeczności lokalnych, czy szerzej - ogółu. Wykonawca takiego zamówienia musi zatem dawać rękojmię jego należytego wykonania, czemu służy instytucja warunków udziału w postępowaniu. Z kolei na zamawiającego nałożony został obowiązek oceny m.in. czy złożone przez wykonawcę w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp dokumenty i oświadczenia pozwalają na wykazanie przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu, skorelowany z uprawnieniem do żądania od wykonawcy. W razie negatywnej oceny tej kwestii, zamawiający winien wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do złożenia dokumentów, które potwierdzą że wykonawca spełnia warunki udziału. Nie pozostawia zatem wątpliwości, że ustawodawca położył szczególny nacisk na realność dysponowania przez wykonawcę określonymi zasobami. Zatem Zamawiający ma prawo, a nawet obowiązek weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia na podstawie ustalonych przez siebie warunków udziału w postępowaniu. Oświadczenia i dokumenty oraz wyjaśnienia składane przez Odwołującego nie potwierdziły spełnienia przez Odwołującego wymogu posiadania odpowiedniego doświadczenia, w związku z tym Zamawiający był zobowiązany wezwać Odwołującego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Brak jest przy tym podstaw tak prawnych, jak i faktycznych do uznania, iż Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy pzp, albowiem Zamawiający na tym etapie postępowania nie wykluczył Odwołującego. Samo „dążenie do wykluczenia” jak twierdzi Odwołujący, bez podjęcia decyzji o wykluczeniu Odwołującego, nie może świadczyć o naruszeniu tego przepisu. Ponadto okoliczności faktyczne sprawy wskazują, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Za nietrafny również w ocenie

Zamawiającego należy uznać zarzut Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 23 ust. 3 w zw. z ust. 5 i 6 ustawy pzp. Przepisy te stanowią, iż przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 23 ust. 3 ustawy pzp). Zgodnie z ust. 5 cyt. przepisu Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców, o których mowa w ust. 1, warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne. Natomiast ust. 6 stanowi, iż Zamawiający może określić warunki realizacji zamówienia przez wykonawców, o których mowa w ust. 1, w inny sposób niż w przypadku pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne. Sformułowany przez Odwołującego zarzut stosowania przez Zamawiającego do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia innej miary, niż do pojedynczego wykonawcy, jest bezzasadny. Przede wszystkim w SIWZ Zamawiający wskazał, iż „w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, spełnianie warunków w pkt 7.2.3)a) IDW, Wykonawcy wykazują łącznie”. Fakt nie uwzględnienia przez Zamawiającego złożonych przez Odwołującego dokumentów jako potwierdzających spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu, w żadnej mierze nie stanowi o stosowaniu przez Zamawiającego wobec Odwołującego stanowiącej konsorcjum firm innej miary, niż wobec indywidualnych wykonawców. Zamawiający bez względu na to, czy wykonawca występuje indywidualnie, czy wspólnie z innymi podmiotami, weryfikuje przedłożone dokumenty, celem sprawdzenia, czy dany podmiot spełnia warunki określone w SIWZ. Z uwagi na powyższe nie sposób uznać w ocenie Zamawiającego, iż prowadzi niniejsze postępowanie z naruszeniem zasad traktowania, uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp nawet nie znalazł szczegółowego uzasadnienia w treści odwołania.

Reasumując, w ocenie Zamawiającego skierowany przez Odwołującego środek zaskarżenia z dnia 21 września 2018 r. nie znajduje żadnych podstaw do jego uwzględnienia. Zamawiający nie uchybił żadnym przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych. Natomiast zarzuty Odwołującego, którymi kwestionował de facto uznanie przez Zamawiającego, iż dokumenty przedłożone przez Odwołującego nie potwierdzają spełnienia przez Odwołującego warunku doświadczenia określonego w SIWZ, uznać należy za bezzasadne.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierały braków formalnych oraz został uiszczony od nich wpis.

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania w sprawie KIO 1895/18. Odnosząc się do wniosku o odrzucenie odwołania podniesionego przez Zamawiającego Izba wskazuje, że zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy pzp *odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia [...]*. Ponadto *odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp)*. Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia była wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp, zatem mając na względzie treść art. 180 ust. 2 ustawy pzp, w przedmiotowym postępowaniu wykonawcom przysługiwała możliwość wniesienia środka ochrony prawnej wobec każdej czynności podjętej przez Zamawiającego. Niewątpliwie czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp stanowi czynność Zamawiającego w postępowaniu, która podlega zaskarżeniu pod względem oceny jej zgodności z ustawą pzp. Dlatego też, Izba nie przychyliła się do wniosku Zamawiającego i skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazali przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp. Odwołujący w sprawie KIO 1872/18 jest podmiotem, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego może zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Odwołujący może ponieść szkodę przejawiającą się ostatecznie w nieuzyskaniu zamówienia. Odwołujący w sprawie KIO 1895/18 jest podmiotem, wobec którego Zamawiający wystosował wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy pzp, stwierdzając jednocześnie że Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący może zatem ponieść szkodę z uwagi na powyższe, poprzez nieuzyskanie zamówienia.

Izba stwierdziła, że przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę PLANETA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcę FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie w sprawie KIO 1872/18 spełniało wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy pzp, zaś Przystępujący wykazali interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odpowiednio na korzyść Zamawiającego i Odwołującego. Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego

wykonawcę PLANETA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego oraz wykonawcę FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie w charakterze uczestnika postępowania po stronie Odwołującego.

Izba dopuściła dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołania wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpienia wraz z załącznikami, pisma procesowe wykonawcy PLANETA Sp. z o.o. wraz z załącznikami, a także dowody złożone na rozprawie przez Strony oraz Przystępującego PLANETA Sp. z o.o. w obu sprawach.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

KIO 1872/18

Izba nie rozpoznała merytorycznie zarzutów podniesionych względem oferty Przystępującego, a dotyczących zaniechania wykluczenia wykonawcy PLANETA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp w odniesieniu do wykazu usług złożonego w dniu 18 maja 2018 r. W ocenie Izby zarzuty te są na obecnym etapie postępowania spóźnione, zatem odwołanie podlegało w tym zakresie odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp. Odwołujący zakwestionował bowiem prawidłowość złożonego przez Przystępującego wykazu usług, który był znany i możliwy do zakwestionowania już po pierwszym wyborze najkorzystniejszej oferty.

Izba ustaliła w tym zakresie następujący stan faktyczny:

W pkt 7.2. 3) a) IDW SIWZ Zamawiający postawił warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy o treści: *Wykonawca musi wykazać się doświadczeniem, w wykonaniu (wykonywaniu) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: 1) zadań (maksymalnie 8) polegających na letnim utrzymaniu/utrzymywaniu dróg klasy min. G, o łącznej wartości wykonanych prac nie mniejszej niż 10 000 000 PLN brutto oraz 2) zadań (maksymalnie 8) polegających na zimowym utrzymaniu/utrzymywaniu dróg klasy min. G, o łącznej wartości wykonanych prac nie mniejszej niż 5 000 000 PLN brutto albo zadań (maksymalnie 8) polegających na zimowym i letnim utrzymaniu/ utrzymywaniu dróg klasy min. G o łącznej wartości wykonanych prac nie mniejszej niż 15 000 000 PLN brutto. Przez letnie utrzymanie rozumie się wykonywanie usług utrzymania drogi w zakresie co najmniej utrzymywania dróg i elementów pasa drogowego oraz odwodnienia, zieleni i czystości. Przez*

zimowe utrzymanie rozumie się wykonywanie usług w zakresie odśnieżania, zapobiegania powstawania śliskości, likwidowania śliskości na drodze i ustawiania/zdejmowania zasłon przeciwnieźnych. Wartości podane w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku w walutach innych niż wskazane przez Zamawiającego Wykonawca przeliczy wg średniego kursu NBP na dzień zawarcia danej umowy. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, spełnianie warunków w pkt 7.2.3)a) IDW, Wykonawcy wykazują łącznie.

Pismem z dnia 1 czerwca 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp do złożenia dokumentów potwierdzających m.in. spełnienie powyższego warunku udziału w postępowaniu.

W dniu 7 czerwca 2018 r. Przystępujący złożył wykaz usług z dnia 18 maja 2018 r., w którym powołał się na zamówienie będące w trakcie realizacji w ramach Konsorcjum: PLANETA Sp. z o.o. - lider Konsorcjum, „WARDEX” A.W., PPUH Podkowa Sp. j. B., P. - partnerzy na „Bieżące i zimowe (kompleksowe) utrzymanie autostrady A2 odc. gr. woj. łódzkiego i mazowieckiego — węzeł Konotopa od km 411+465,8 do km 456+239,67 wraz z węzłami i skrzyżowaniami oraz wszystkimi obiektami inżynierskimi w pasie drogowym autostrady”. Zakres: letnie i zimowe utrzymanie drogi, klasa dróg: A. Zakres prac wykonywanych przez PLANETA Sp. z o.o.: utrzymanie drogi w zakresie: utrzymania dróg i elementów pasa drogowego oraz odwodnienia, zieleni, czystości, odśnieżania, zapobiegania powstawania śliskości, likwidacji śliskości na drodze i ustawiania/zdejmowania zasłon przeciwnieźnych. Wartość wykonanych prac przez PLANETA Sp. z o.o. do dnia 30.04.2018 wynosi 28 372 853,63 zł brutto.

Dnia 15 czerwca 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do złożenia dowodów potwierdzających należyłą realizację zamówienia wskazanego w wykazie usług.

Pismem z dnia 19 czerwca 2018 r. wykonawca PLANETA Sp. z o.o. uzupełnił poświadczenie należytego wykonywania w okresie od dnia 16.11.2012 do dnia 30.04.2018 usługi z wykazu w ramach umowy 194/2012.

W dniu 25 czerwca 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący w dniu 5 lipca 2018 r. wniósł odwołanie i zarzucił m.in. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania Planeta Sp. z o.o., pomimo iż wykonawca ten składając dokumenty na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp nie potwierdził spełnienia

warunków udziału w postępowaniu, określonych w Tomie I Rozdziale 1 pkt 7.2.3.a SIWZ ewentualnie - art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp polegające na zaniechaniu wyjaśnienia przez Zamawiającego okoliczności czy Planeta Sp. z o.o. samodzielnie wykonała wszystkie prace zadeklarowane w „Wykazie usług”.

Wyrokiem z dnia 23 lipca 2018 r. (sygn. akt KIO 1282/18, 1318/18, 1321/18) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez AVR S.A. (KIO 1318/18) i nakazała zamawiającemu *unieważnienie czynności badania i oceny ofert w Zadaniu 4 postępowania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Zadaniu 4, dokonanie powtórnego badania i oceny ofert w Zadaniu 4, w tym wezwanie Planeta Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień w zakresie rodzaju prac, jakie podmiot ten wykonywał w ramach zamówienia „Bieżące i zimowe (kompleksowe) utrzymanie autostrady A2 odc. gr. woj. łódzkiego i mazowieckiego – węzeł Konotopa od km 411+465,8 do km 456+239,67 wraz z węzłami i skrzyżowaniami oraz wszystkimi obiektami inżynierskimi w pasie drogowym autostrady.”, w pozostałym zakresie zarzuty podniesione w odwołaniu Izba uznała za niezasadne.*

Dnia 10 sierpnia 2018 r. Zamawiający w związku z wyżej przywołanym wyrokiem unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, a mianowicie jakiego rodzaju prace faktycznie były realizowane przez PLANETA Sp. z o.o. w ramach zadania wskazanego w wykazie usług. Zamawiający powołał się na treść wyroku ESAPROJEKT.

W wyjaśnieniach z dnia 16 sierpnia 2018 r. Przystępujący wskazał m.in., że *Umowa nr 194/2012 z dnia 7 listopada 2012 roku, dotycząca Bieżącego i zimowego (kompleksowego) utrzymania autostrady A2 odc. gr. woj. łódzkiego i mazowieckiego — węzeł Konotopa od km 411 + 465,8 do km 456+239,67 wraz z węzłami i skrzyżowaniami oraz wszystkimi obiektami inżynierskimi w pasie drogowym autostrady była wykonywana w taki sposób, że Planeta wykonywała ją faktycznie od 16 listopada 2012 roku Do chwili obecnej w zakresie obejmującym: - utrzymanie dróg, elementów pasa drogowego i odwodnienia, zieleni, czystości - zimowe utrzymanie dróg w tym odśnieżanie, zapobieganie powstawania śliskości, likwidowanie śliskości na drodze, ustawianie/zdejmowanie zasłon przeciwsnieżnych. Umowa miała charakter ryczałtowy a zasady jej wykonania pomiędzy członkami Konsorcjum (w tym procentowe przyporządkowanie prac) - zostały ustalone w umowie konsorcjum. Następnie — od 22 listopada 2012 roku został zaangażowany podwykonawca — Autostrada Mazowiecka sp. z o.o., która jest spółką utworzoną przez Planeta sp. z o.o., mieszczącą się w siedzibie Planeta sp. z o.o., w której zatrudniani są pracownicy Planeta sp. z o.o., wykonująca w istocie usługi na sprzęcie Planeta sp. z o.o. Planeta sp. z o.o. traktowała spółkę Autostrada*

Mazowiecka sp. z o.o. jako podmiot, za który jest odpowiedzialna przed Zamawiającym i nie wyodrębniła prac wykonywanych przez Autostrada Mazowiecka do tej pory. W konsekwencji — w sytuacji, gdy wezwanie do wyjaśnień dotyczy wskazania rodzajów prac również w kontekście podwykonawcy Autostrada Mazowiecka sp. z o.o. — to jako wykonawca wezwany do takich wyjaśnień musimy wskazać, że nie jesteśmy w stanie potwierdzić wartości prac faktycznie wykonanych przez Planeta sp. z o.o. w oderwaniu od prac wykonywanych przez podwykonawcę Autostrada Mazowiecka sp. z o.o. Związane jest to zarówno ze znaczną ilością prac zleconych dla podwykonawcy Autostrada Mazowiecka sp. z o.o. jak również z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia wynikającego z umowy nr 194/2012. W obliczu powyższego Planeta Sp. z o.o., w załączeniu przedkłada Formularz „Zdolność zawodowa - Wykonawcy (Wykaz usług)”, w którym wykazujemy się pracami wykonanymi przez naszą firmę w ramach zamówienia pod nazwą „Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z podziałem na 6 zadań: Zadanie nr 1. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Bożej Woli. Zadanie nr 2. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Garwolinie. Zadanie nr 3. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Grójcu. Zadanie nr 4. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Mińsku Mazowieckim. Zadanie nr 5. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Ożarowie Mazowieckim. Zadanie nr 6. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Radomiu”. W zakresie zadania 5. W związku z faktem, że dotychczasowe wezwanie do uzupełnienia dokumentów dotyczyło referencji (kwestii należytego wykonania dotychczasowej usługi), natomiast nie dotyczyło kwestionowania samej usługi wynikającej z umowy nr 194/12 - prosimy o uwzględnienie złożonego w załączeniu do wyjaśnień Wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie oraz szczegółowym wyjaśnieniem na temat rodzajów i wartości prac wykonywanych przez wszystkich wykonawców realizujących zamówienie w odniesieniu do umowy nr 204/2014 z dnia 13.10.2014r. [...] Jednocześnie informujemy, że w ramach w/w zamówienia wykonywane są następujące prace: - remonty nawierzchni asfaltowych na drogach krajowych, - bieżące utrzymanie dróg krajowych, - wykaszanie traw, chwastów, samosiejek, drobnych krzaków i odrostów, - sprzątanie pasa drogowego, - zimowe utrzymanie dróg, - prace przygotowawcze, pomocnicze do zud. W ramach Umowy, do dnia 30 kwietnia 2018 roku wykonane zostały roboty o wartości 60 640 814,19 zł brutto, jednakże zważywszy na wytyczne zawarte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sugerujące na niemożność wykazania doświadczenia zdobytego przez Partnerów Konsorcjum, Planeta sp. z o. o. informuje, że rzeczywiste zaangażowanie w realizację umowy wyglądało następująco: a) Planeta Sp. z o.o. Lider, do dnia 30 kwietnia

2018 r. wykonała prace w zakresie: remontów nawierzchni asfaltowych, bieżącego utrzymania dróg, koszenia traw oraz sprzątania pasa drogowego zleconych przez Zamawiającego na terenie baz materiałowych w Ożarowie Mazowieckim, Łazach, Mszczonowie a także zimowe utrzymanie dróg na terenie bazy materiałowej w Ożarowie Mazowieckim za kwotę co najmniej 44 423 584,97 zł brutto, w tym ponad 15 000 000,00 zł brutto stanowiło koszt bieżącego utrzymania dróg oraz zimowe utrzymania dróg. b) „Wardex” A.W.— Partner, wykonał prace obejmujące zimowe utrzymanie dróg na terenie baz materiałowych w Łazach i Mszczonowie o wartości 7 409 100,121 zł brutto c) P.H.U. „Prima” B.G. — Partner, wykonał prace obejmujące wszystkie roboty zlecone przez Zamawiającego na terenie bazy materiałowej w Sochaczewie o wartości nie większej, niż 8 808 129,10 zł brutto.

Przystępujący dołączył nowy wykaz usług wykazujący realizację zamówienia przez Planeta Sp. z o.o. ramach Konsorcjum firm: 1/ Planeta Sp. z o.o. Lider Konsorcjum 2/ „WARDEX” A.W. - Partner 3/ P.H.U. „PRIMA” B.G. UMOWA NR 204/2014 z dn. 13.10.2014 r. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z podziałem na 6 zadań: Zadanie nr 1. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Bożej Woli. Zadanie nr 2. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Garwolinie. Zadanie nr 3. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Grójcu. Zadanie nr 4. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Mińsku Mazowieckim. Zadanie nr 5. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Ożarowie Mazowieckim. Zadanie nr 6. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Radomiu". W zakresie zadania 5. Zakres: letnie i zimowe utrzymywanie dróg tj.: utrzymanie czystości, odśnieżania, zapobiegania powstawania śliskości, likwidacji śliskości na drodze i ustawiania/zdejmowania zasłon przeciwsnieżnych. , klasa dróg: A, S, G, GP. Zakres prac wykonywanych przez firmę „Planeta” Sp. z o.o.: - remonty nawierzchni asfaltowych zleconych przez Zamawiającego na terenie baz materiałowych w Ożarowie Maz., Łazach, Mszczonowie, - bieżące utrzymanie dróg zlecone przez Zamawiającego na terenie baz materiałowych w Ożarowie Maz., Łazach i Mszczonowie, - koszenie traw zlecone przez Zamawiającego na terenie baz materiałowych w Ożarowie Maz. , Łazach i Mszczonowie, - sprzątanie pasa drogowego zlecone przez Zamawiającego na terenie baz materiałowych w Ożarowie Maz., Łazach i Mszczonowie, - zimowe utrzymanie dróg na terenie bazy materiałowej w Ożarowie Maz. Wartość wykonanych prac przez firmę „Planeta” Sp. z o.o. do dnia 30.04.2018 r. wynosi: 44 423 584 97 zł brutto.

Wykonawca wskazał również, że dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usługi są protokoły, które wraz z umową nr 204/2014 są w posiadaniu Zamawiającego i w trybie art. 26 ust. 6 ustawy pzp wniósł o ich uwzględnienie.

Pismem z dnia 5 września 2018 r. Zamawiający poinformował Przystępującego, że *uznał przedłożony wraz z wyjaśnieniami w dniu 16 sierpnia 2018 r. wykaz usług jako dokument o który Zamawiający byłby zobowiązany wystąpić na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp i został on wzięty pod uwagę w czasie oceny spełniania przez Planeta sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu.* Jednocześnie Zamawiający wskazał, że w ramach referencyjnej usługi Przystępujący zawarł pięć umów podwykonawczych. W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy pzp wezwał do złożenia wyjaśnień jakiego rodzaju prace, w ramach zadania wskazanego w Wykazie usług, złożonego w dniu 16 sierpnia 2018 r. faktycznie wykonywała Planeta Sp. z o.o., a nie jej podwykonawcy. Zaznaczył, że w wyjaśnieniach należy sprecyzować, jakie bezpośrednio czynności wykonywała Planeta Sp. z o.o. w ramach letniego utrzymania dróg (zgodnie z definicją w SIWZ) oraz jakie bezpośrednio czynności wykonywała w ramach zimowego utrzymania dróg (zgodnie z definicją w SIWZ).

Dnia 6 września 2018 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia i wskazał na samodzielne wykonanie prac już podanych w wyjaśnieniach z dnia 16 sierpnia 2018 r. Natomiast co do wartości wykonanych prac zaznaczył, że Planeta Sp. z o.o. zrealizowała samodzielnie (bez udziału podwykonawców i konsorcjantów) prace o wartości 16 954 707,08 zł brutto z zakresu letnie bieżące utrzymanie dróg krajowych (w tym odwodnienie, utrzymanie zieleni (wykaszenie) oraz czystości (sprzątanie pasa drogowego), remonty asfaltowe na drogach krajowych i o wartości 277 740,06 zł brutto z zakresu zimowe utrzymanie dróg (wraz z pracami pomocniczymi).

Ustalono, że dnia 7 września 2018 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Odnosząc się do powyższego stanu faktycznego należy zauważyć, że w zakresie spełnienia przez Przystępującego warunku zdolności technicznej i zawodowej zarzutem odwołania AVR w sprawie KIO 1282/18, KIO 1318/18, KIO 1321/18 było niespełnienie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu, określonego w Tomie I Rozdziale 1 pkt 7.2.3.a SIWZ, a więc naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy pzp. Co istotne, dokument - wykaz usług z dnia 18 maja 2018 r. był Odwołującemu znany już po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej, a zatem zarzuty przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, a zawartych w tym wykazie mogły zostać przez

Odwołującego zakwestionowane już w pierwszym odwołaniu z dnia 5 lipca 2018 r. Okoliczność, że Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp za przedwczesny, wynika jedynie z obowiązku poprzedzenia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania wystosowaniem wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentów. Nie oznacza powyższe, że Izba za taki zarzut uznałaby również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 czy 17 ustawy pzp, gdyż stanowi on odrębną przesłankę wykluczenia, której wystąpienie zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO powoduje brak możliwości wezwania wykonawcy do uzupełnień czy wyjaśnień. Wskazać również należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego późniejsze wyjaśnienia Przystępującego z dnia 16 sierpnia 2018 r. nie miały wpływu na fakt, że informacje zawarte w pierwotnym wykazie usług były Odwołującemu znane już w dacie złożenia pierwszego odwołania. Co więcej, podnoszona przez Odwołującego niemożliwość zgromadzenia wszystkich niezbędnych dowodów w odpowiednim czasie, nie stanowi okoliczności uprawniającej do przywrócenia terminu na złożenie odwołania. Odwołujący w pierwszym odwołaniu pominął całkowicie podnoszony obecnie zarzut, pomimo że na rozprawie przedstawił dowody świadczące o posiadaniu przez niego stosownej wiedzy na tamtym etapie i potwierdzające możliwość jego sformułowania wcześniej. Dopiero po powtórny wybór oferty Przystępującego Odwołujący zdecydował się na rozszerzenie wcześniejszego zarzutu. Mając na względzie powyższe, nie sposób więc zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, jakoby wszelkie zarzuty podnoszone w przedmiotowym odwołaniu dotyczyły nowych okoliczności faktycznych i prawnych, które powstały po wydaniu wyroku przez KIO w dniu 23 lipca 2018 r. Nie jest argumentem potwierdzającym to stanowisko fakt złożenia wyjaśnień przez Przystępującego, gdyż okoliczność że Zamawiający uznał pierwotnie złożony wykaz usług za spełniający warunek udziału w postępowaniu, o czym świadczy pierwotny wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, była Odwołującemu znana w dacie tegoż wyboru. Uznać zatem należało, że podniesiony zarzut został oparty na takich samych okolicznościach faktycznych, które były znane już w dacie pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej i w tym zakresie odwołanie podlegało odrzuceniu.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołanie podlegało oddaleniu.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zarzuty odwołania skierowane zostały na kwestię informacji podanych przez Przystępującego celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 7.2.3) a) IDW SIWZ. Zaznaczenia wymaga, że Odwołujący uzasadniając podniesione zarzuty w większości odnosił się do pierwotnie złożonego wykazu usług.

Na wstępie Izba wskazuje, że celem warunków udziału w postępowaniu jest oczywiście wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytej realizacji zamówienia. *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu [...] (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp).* Przechodząc do warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy istotnym jest w ocenie Izby, aby to wykonawca składający ofertę w postępowaniu wykazywał się rzeczywistym a nie formalnym doświadczeniem w wykonaniu zamówień, które swym przedmiotem odpowiadają zamówieniu, które następnie zostanie mu powierzone. Trudno mówić o posiadaniu doświadczenia, jeśli wykonawca faktycznie i realnie nie uczestniczył w wykonaniu zamówienia, na które się powołuje. W tym zakresie Izba podziela linię orzeczniczą znajdującą oparcie w wyroku Esaprojekt, z zaznaczeniem że każda sytuacja powinna być rozpatrywana ad casum, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności. Jeśli więc zatem wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji zamówienia przez grupę wykonawców, w tym ewentualnie z udziałem podwykonawców, to aby wyłonić podmiot zdolny do wykonania danego zamówienia na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego, jest on zobowiązany wykazać, że realnie i konkretnie uczestniczył w wykonaniu zamówienia w ramach grupy wykonawców, w sposób, który odpowiada postawionym warunkom udziału w postępowaniu. Takie twierdzenia znajdują również oparcie w ciągłym dążeniu ustawodawcy, aby zamówienia wykonywane były przez podmioty, które dane doświadczenie posiadają i w tym zakresie wskazać można na znowelizowane przepisy dotyczące sytuacji, gdy wykonawca polega na zasobach podmiotu trzeciego. Podmiot ten jest następnie zobowiązany wykonać usługę lub robotę budowlaną w taki stopniu, w jakim wykonawca powołał się na doświadczenie tegoż podmiotu (art. 22a ust. 4 ustawy pzp). Zaznaczenia wymaga, że przywołana linia orzecznicza cały czas się kształtuje, a skarżone przez Odwołującego zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp dotyczą kwestii interpretacyjnych i ocennych, nie zaś definitywnych i jednoznacznych.

Rozpoznając przedmiotowe zarzuty należało po pierwsze ustalić, czy Przystępujący potwierdził i wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu z pkt 7.2.3) a) IDW SIWZ. Na tak zadane pytanie trzeba odpowiedzieć pozytywnie, z przyczyn wskazanych poniżej.

Mianowicie, do wyjaśnień Przystępującego w dniu 16 sierpnia 2018 r. został dołączony nowy wykaz usług, a wykonawca powołał się na dowody należytej realizacji będące w posiadaniu Zamawiającego. Oceniając czynność Przystępującego, a konkretnie prawidłowość dokonanego autouzupelnienia oferty, a następnie Zamawiającego, czyli potraktowanie dokumentu - wykazu usług, jak złożonego na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, uznać należy, że była ona uprawniona a działania Zamawiającego

odpowiadały poszanowaniu zasady przejrzystości postępowania i równego traktowania wykonawców. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, skierowanie wezwania w tym zakresie do Przystępującego nie byłoby działaniem racjonalnym, a jedynie zmierzającym do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Uznając zatem prawidłowość złożonego dokumentu oraz następnie wyjaśnień Przystępującego Izba stwierdziła, że wykonawca potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu z pkt 7.2.3) a) IDW SIWZ. W nowym wykazie usług Przystępujący wskazał, że zakres prac przez niego wykonywanych dotyczył dróg klasy G i był następujący: - *remonty nawierzchni asfaltowych zleconych przez Zamawiającego na terenie baz materiałowych w Ożarowie Maz., Łazach, Mszczonowie, - bieżące utrzymanie dróg zlecone przez Zamawiającego na terenie baz materiałowych w Ożarowie Maz., Łazach i Mszczonowie, - koszenie traw zlecone przez Zamawiającego na terenie baz materiałowych w Ożarowie Maz., Łazach i Mszczonowie, - sprzątanie pasa drogowego zlecone przez Zamawiającego na terenie baz materiałowych w Ożarowie Maz., Łazach i Mszczonowie, - zimowe utrzymanie dróg na terenie bazy materiałowej w Ożarowie Maz.* Wartość wykonanych prac przez firmę „Planeta” Sp. z o.o. do dnia 30.04.2018 r. wynosi: 44 423 584 97 zł brutto. Jednocześnie, w samych wyjaśnieniach z dnia 16 sierpnia 2018 r. wymienił jako samodzielnie wykonywane prace: *do dnia 30 kwietnia 2018 r. wykonała prace w zakresie: remontów nawierzchni asfaltowych, bieżącego utrzymania dróg, koszenia traw oraz sprzątania pasa drogowego zleconych przez Zamawiającego na terenie baz materiałowych w Ożarowie Mazowieckim, Łazach, Mszczonowie a także zimowe utrzymanie dróg na terenie bazy materiałowej w Ożarowie Mazowieckim za kwotę co najmniej 44 423 584,97 zł brutto, w tym ponad 15 000 000,00 zł brutto stanowiło koszt bieżącego utrzymania dróg oraz zimowe utrzymanie dróg.* Na skutek dalszych wyjaśnień Przystępujący potwierdził, że *Planeta Sp. z o.o. zrealizowała samodzielnie (bez udziału podwykonawców i konsorcjantów) prace o wartości 16 954 707,08 zł brutto z zakresu letnie bieżące utrzymanie dróg krajowych (w tym odwodnienie, utrzymanie zieleni (wykaszenie) oraz czystości (sprzątanie pasa drogowego), remonty asfaltowe na drogach krajowych i o wartości 277 740,06 zł brutto z zakresu zimowe utrzymanie dróg (wraz z pracami pomocniczymi).* Powyższe jednoznacznie stanowi potwierdzenie wykonania przez Przystępującego zadania na kwotę nie mniejszą niż 15 000 000,00 zł brutto polegającego na zimowym i letnim utrzymaniu/ utrzymywaniu dróg klasy min. G. Zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, które z faktu tego wywodzi skutki prawne. Wobec powyższego to Odwołujący w toku postępowania odwoławczego powinien udowodnić, że oświadczenia Przystępującego nie znajdują odbicia w rzeczywistości. Odwołujący ograniczył się do

formułowania wielu domniemań nie popartych dowodami, próbując przerzucić obowiązek dowodowy na Przystępującego. Za dowód taki uznać nie można informacji ze strony internetowej, gdzie Autostrada Mazowiecka wskazuje, że jest wykonawcą bieżącego letniego i zimowego utrzymania dróg w rejonie Ożarów Mazowiecki, a także zobowiązania podmiotu trzeciego - Autostrady Mazowieckiej do udostępnienia potencjału kadrowego, szczególnie w zakresie ZUD. Okoliczność, że Autostrada Mazowiecka była podwykonawcą w realizacji przedmiotowego zamówienia, w tym że wykonała większość prac zimowego utrzymania dróg to okoliczność przyznana zarówno przez Przystępującego jak i Zamawiającego, a także znajdująca odzwierciedlenie w przedstawianych przez Przystępującego wartościach wykonanych prac. Ponadto odnosząc się do załączonego do odwołania formularza ofertowego na referencyjne zamówienie, podnieść należy, że jak twierdził sam Odwołujący prace wymienione w formularzu ofertowym jako planowane do powierzenia podwykonawcy mogły ulec zmianie na etapie realizacji. Istotnym było ustalenie zakresu w jakim Przystępujący - jako lider Konsorcjum wykonał samodzielnie referencyjne zamówienie. Zarówno oświadczenia Wykonawcy, jak i złożone przez Przystępującego na rozprawie dowody przesądzają jednoznacznie, że Przystępujący warunek udziału w postępowaniu wykazał. Z przedstawionych dowodów wynika, że jako lider Konsorcjum kontaktował i rozliczał się z Zamawiającym (liczne protokoły odbioru - częściowe i końcowe), angażując w realizację zarówno własnych pracowników (umowy o pracę, świadectwa pracy, zarządzenie odnośnie pracy zmianowej, karty drogowe potwierdzające wykonanie odśnieżania przez pracowników Planety, a także rozkładanie siatek przeciwsnieżnych, oświadczenia kierowców potwierdzające, że wykonują bieżące Zimowe Utrzymanie Dróg oraz oświadczenie kierownika robót Planeta pana J. W.), jak i sprzęt (wyciąg ze środków trwałych, dowody rejestracyjne samochodów, zdjęcia). Przystępujący złożył również kosztorys w zakresie odwodnienia, które wykonywał wbrew twierdzeniom Odwołującego oraz szczegółowe rozliczenie prac z wyłączeniem podwykonawców i konsorcjantów. Zaznaczył, że nie da się faktycznie pokazać wartości, która jest realna zwłaszcza, że Autostrada Mazowiecka jest powiązana z podmiotem Planetą ale wartość wskazana w wyjaśnieniach czyli ok. 17 mln jest to wartość minimalna wykonanych prac przez wykonawcę Planeta. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, że wartość ta nie znajduje odzwierciedlenia w rzeczywistości. W świetle powyższego, za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12. Wykonawca wykazał się doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego, dlatego też brak jest podstaw do formułowania w tym zakresie jakichkolwiek wezwań do wyjaśnień.

Przechodząc następnie do zarzutów dotyczących wprowadzenia w błąd to po pierwsze zaznaczenia wymaga, co już zostało wspomniane, że Odwołujący formułuje przedmiotowe zarzuty odnosząc je do kwestii wciąż podlegających interpretacji, bowiem nieuregulowanych w ustawie pzp, a dotyczących możliwości powoływania się na doświadczenie grupy podmiotów. Co istotne, aby mówić o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd to niezgodność oświadczeń wykonawcy z rzeczywistym stanem rzeczy musi być jednoznaczna. *Zgodnie z art. 24 ust. 1 z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (ust. 16); wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (ust. 17).* Co istotne, dla wypełnienia normy art. 24 ust. 1 pkt 17 po stronie zamawiającego nie musi powstać mylne wyobrażenie o faktach, na skutek przedstawionych przez wykonawcę informacji, wystarczającym jest, iż takie wyobrażenie mogło powstać. Istotna jest sama treść informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło. Natomiast, przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp posługuje się zwrotem w formie dokonanej - "wprowadził w błąd", zatem podstawą wykluczenia nie może być sama próba bądź zamiar wprowadzenia zamawiającego w błąd, a jedynie faktyczne wywołanie u zamawiającego mylnego wyobrażenia o faktach dotyczących kwestii podlegania wykluczeniu wykonawcy, spełnienia warunków udziału lub kryteriów selekcji.

Zaznaczenia wymaga, że w niniejszej sprawie Zamawiający nie został wprowadzony w błąd, gdyż jak już zostało podniesione, Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu, co wprost wskazuje na niezasadność zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp. Odpowiadając na pytanie, czy Przystępujący przedstawił informacje, na skutek których mylne wyobrażenie Zamawiającego o faktach mogło nastąpić, co wypełniałoby przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp wskazać należy, co następuje. W niniejszym stanie faktycznym Przystępujący po pierwsze, nie złożył oświadczenia które nie byłoby prawdziwe. Po drugie, Przystępujący składając wykaz usług oraz wyjaśnienia, nie ukrywał że referencyjne zamówienie było realizowane przy udziale zarówno podwykonawców jak i partnerów Konsorcjum. Co prawda, Przystępujący wskazał w wykazie usług na kwotę ok. 44 mln., jednak powołał się na protokoły odbioru będące w posiadaniu Zamawiającego oraz

dołączył wyjaśnienia, z których wynikało jednoznacznie, że Wykonawca samodzielnie zrealizował prace o wartości nie mniejszej niż 15 mln. Jednocześnie dla wystąpienia sytuacji opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp informacje wprowadzające w błąd muszą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego podjęte w postępowaniu. Zamawiający wybrał w postępowaniu ofertę najkorzystniejszą wykonawcy, który daje gwarancję należytej realizacji zamówienia - m.in. spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. W ocenie Izby działania i decyzje Zamawiającego w postępowaniu były prawidłowe i nie naruszył on przywołanych przez Odwołującego przepisów ustawy pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt. 1 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) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty zastępstwa prawnego na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

KIO 1895/18

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W pkt 7.2. 3) a) IDW SIWZ Zamawiający postawił warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy o treści: *Wykonawca musi wykazać się doświadczeniem, w wykonaniu (wykonywaniu) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: 1) zadań (maksymalnie 8) polegających na letnim utrzymaniu/utrzymywaniu dróg klasy min. G, o łącznej wartości wykonanych prac nie mniejszej niż 10 000 000 PLN brutto oraz 2) zadań (maksymalnie 8) polegających na zimowym utrzymaniu/utrzymywaniu dróg klasy min. G, o łącznej wartości wykonanych prac nie mniejszej niż 5 000 000 PLN brutto albo zadań (maksymalnie 8) polegających na zimowym i letnim utrzymaniu/ utrzymywaniu dróg klasy min. G o łącznej wartości wykonanych prac nie mniejszej niż 15 000 000 PLN brutto. Przez letnie utrzymanie rozumie się wykonywanie usług utrzymania drogi w zakresie co najmniej utrzymywania dróg i elementów pasa drogowego oraz odwodnienia, zieleni i czystości. Przez zimowe utrzymanie rozumie się wykonywanie usług w zakresie odśnieżania, zapobiegania powstawania śliskości, likwidowania śliskości na drodze i ustawiania/zdejmowania zasłon*

przeciwnieźnych. Wartości podane w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku w walutach innych niż wskazane przez Zamawiającego Wykonawca przeliczy wg średniego kursu NBP na dzień zawarcia danej umowy. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, spełnianie warunków w pkt 7.2.3)a) IDW, Wykonawcy wykazują łącznie.

Pismem z dnia 8 sierpnia 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp do złożenia dokumentów potwierdzających m.in. spełnienie powyższego warunku udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2018 r. Odwołujący złożył wykaz usług, z którego wynikało, że partner Konsorcjum - Pan J.J. wykazywał się doświadczeniem w wykonaniu zamówienia: *Bieżące i zimowe utrzymanie dróg na terenie Rejonu w Siedlcach dla GDDKiA Oddział w Warszawie. W wykazie zaznaczono, że: W zakres usługi wchodziło letnie i zimowe utrzymanie dróg klasy G. Wartość zrealizowanych robót: 15 893 722,30 zł.* Odwołujący złożył również poświadczenie wystawione przez GDDKiA Oddział w Warszawie, z którego wynikało m.in., że Pan J.J., na podstawie umowy konsorcjum zawartej pomiędzy czterema podmiotami zrealizował umowę nr 205/2014 z dnia 10.10.2014 na „Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Siedlcach.” *Wartość zrealizowanych prac wyniosła 15 893 722,30 zł.*

Zamawiający pismem z dnia 27 sierpnia 2018 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień: *jakiego rodzaju prace faktycznie realizowane były przez Pana J.J. w ramach usługi wykazanej w Wykazie usług [...].* Zamawiający podkreślił, że: *z informacji Zamawiającego wynika, że Pan J.J. w ramach umowy 205/2014 realizował wyłącznie usługę koszenia pasa drogowego.* Zamawiający przywołał w wezwaniu wyrok Esaprojekt C-387/14.

W odpowiedzi Odwołujący pismem z dnia 31 sierpnia 2018 r. wyjaśnił, że *p. J.J. brał udział w realizacji całości usług bieżącego i zimowego utrzymania dróg krajowych na terenie rejonu w Siedlcach. Strony konsorcjum realizującego tamta umowę podpisały uproszczoną umowę konsorcjum przypisującą różne rodzaje prac poszczególnych członkom konsorcjum, przy czym podział ten został określony niefortunnie: w szczególności wynikało z niego, że „bieżące i zimowe utrzymanie dróg”, czyli całość prac, miał wykonać lider. Tymczasem pozostali członkowie konsorcjum, w tym p. J.J. również aktywnie i realnie uczestniczyli w realizacji zamówienia. W szczególności p. J. brak udziału w utrzymaniu zimowym i części robót objętych BUD, angażując swój potencjał techniczny i realizując prace we współpracy z liderem, PRDM MIKST sp. z o.o. Do pisma Odwołujący załączył oświadczenie Prezesa Zarządu firmy PRDM MIKST sp. z o.o., stwierdzające że w realizacji zamówienia faktycznie i realnie uczestniczyli wszyscy członkowie konsorcjum oraz że p. J. realizował nie tylko usługi*

koszenia ale uczestniczył również w akcji zima oraz w realizacji niektórych prac BUD.

Pismem z dnia 7 września 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp do wyjaśnień, w których należało sprecyzować jakie bezpośrednio czynności i o jakiej wartości wykonywał p. J.J. w zakresie letniego utrzymania dróg (zgodnie z definicją w SIWZ) oraz jakie bezpośrednio czynności wykonywał w zakresie zimowego utrzymania dróg (zgodnie z definicją w SIWZ).

Odwołujący pismem z dnia 10 września 2018 r. złożył następujące wyjaśnienia: *partner naszego konsorcjum, p. J.J. brał udział w realizacji całości usług bieżącego i zimowego utrzymania dróg krajowych na terenie Rejonu w Siedlcach w zakresie zgodnym z wydanymi przez GDDKiA Oddział w Warszawie referencjami dla Konsorcjum z dnia 4.05.2017 r. [...]. Dodatkowo, p. J. uczestniczył w zarządzaniu realizacją całości prac, w szczególności w zakresie opracowania metodyki realizacji usług, odbiorów wewnętrznych (przed zgłoszeniem gotowości odbioru zamawiającemu), wyboru i rozliczania podwykonawców. Był zobowiązany do udostępnienia sprzętu przy pracach ZUD, brał udział w doborze osób pracujących przy realizacji zimowego utrzymania (dyżurni) oraz ustawiania zasłon przeciwnieźnych. Uczestniczył również w pracach BUD. Ponadto zgodnie z zawartą umową konsorcjum strony zobowiązały się do wspólnej bieżącej koordynacji świadczenia usług oraz uzgadniania i podejmowania innych działań. Strony zawarły na tę okoliczność poufne porozumienie z późniejszymi aneksami dotyczące wspólnej realizacji kontraktu. Nie dysponujemy informacjami o wysokości wynagrodzenia uzyskanego przez p. J. w ramach tamtej umowy, gdyż zarówno on, jak i lider konsorcjum traktują te informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z zawartą umową Konsorcjum (znajdującą się w aktach GDDKiA dot. przetargu na ZUD i BUD Rejon w Siedlcach) strony zobowiązały się do zachowania poufności. Informacja ta nie powinna jednak mieć znaczenia dla możliwości powołania się partnera na całość zamówienia wykonanego dla Rejonu w Siedlcach, co wynika z pozyskanej przez nas opinii p. D.K. [...]. Poświadczenie jak i opinia zostały załączone do pisma.*

Zamawiający w dniu 12 września 2018 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu z pkt 7.2. 3) a) IDW SIWZ.

Pismem z dnia 18 września Odwołujący poinformował Zamawiającego, że nie zgadza się z decyzją Zamawiającego i nie przedstawi dokumentów na wezwanie, pomimo że takimi dokumentami dysponuje.

Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału

w postępowaniu [...]. Co istotne, decyzja Zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z postępowania musi być poprzedzona procedurą określoną w art. 26 ust. 3 ustawy pzp, który stanowi, że *jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

Jak już zostało podkreślone, posiadanie przez wykonawcę wymaganego potencjału ma niebagatelne znaczenie dla prawidłowej realizacji danego zamówienia. Dlatego też nie bez znaczenia pozostaje kwestia czy wykonawca wykazuje się potencjałem rzeczywistym czy wyłącznie formalnym. Dążenie ustawodawcy do realizacji zamówień przez podmioty faktycznie posiadające dane doświadczenie przejawia się, co zostało podniesione, również w uregulowaniu kwestii polegania na zasobach podmiotów trzecich. W myśl znowelizowanych przepisów ustawy pzp wykonawca polegający na cudzych zasobach jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu, że na etapie realizacji zamówienia będzie tymi zasobami faktycznie dysponował (art. 22a ust. 1 i 2 ustawy pzp), a w przypadku usług i robót budowlanych podmiot trzeci jest zobligowany zrealizować zamówienie w zakresie, w jakim udostępnia swój potencjał (art. 22a ust. 4 ustawy pzp). Ustawodawca nie dopuszcza zatem fikcji w wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, dając możliwość uzyskania zamówień podmiotom, które nie są zdolne do ich prawidłowej realizacji. Na temat możliwości powoływania się celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu na zamówienie wykonywane przez grupę podmiotów wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt. Trybunał zwrócił uwagę, że *zdobyte przez wykonawcę doświadczenie stanowi szczególnie istotne kryterium kwalifikacji podmiotowej tego wykonawcy, gdyż umożliwia instytucji zamawiającej sprawdzenie, zgodnie z art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18, predyspozycji kandydatów lub oferentów do realizacji danego zamówienia. Tym samym, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Jak bowiem słusznie podniósł rząd polski w uwagach na piśmie, wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz*

wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji. Nie ulega zatem wątpliwości, że zakres faktycznego udziału wykonawcy w realizacji zamówienia przez grupę podmiotów, niezależnie czy grupę tą stanowiło Konsorcjum czy w sytuacji gdy zamówienie było wykonywane przy udziale podwykonawców, powinno stanowić przedmiot badania zamawiającego, celem ustalenia czy wykonawca daje rękojmię należytego wykonania danego zamówienia.

W niniejszej sprawie Zamawiający poprzez wystosowanie do Odwołującego wezwań do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, dążył właśnie do ustalenia rzeczywistego udziału p. J.J. w realizacji referencyjnego zamówienia. Okoliczność, że wykazywana usługa wykonywana była przez Konsorcjum firm, jak również, że w umowie Konsorcjum członkowie ustalili podział zadań, była bezsporna pomiędzy Stronami. Argumentacja Odwołującego zawarta zarówno w uzasadnieniu odwołania, jak również przedstawiona na rozprawie zawierała wewnętrzne sprzeczności. Z jednej strony Odwołujący podziela stanowisko Trybunału, że istotna jest kwestia faktycznego partycypowania wykonawcy w realizacji referencyjnego zamówienia, z drugiej wywodzi, że rzeczywisty udział może dotyczyć jakiejś części zamówienia pozostawiając jako irrelevantną kwestię w jakim stopniu udział ten odpowiada doświadczeniu wymaganemu przez Zamawiającego w postępowaniu. Odwołujący zarówno na etapie wyjaśnień, jak i w postępowaniu odwoławczym próbował wykazać, że p. J.J. nie wykonywał wyłącznie zadań przydzielonych treścią zawartej umowy konsorcjum dotyczących utrzymania zielenie ale brał udział w całości prac, w tym związanych z zarządzaniem. Twierdzenia powyższe nie znajdują jednak odzwierciedlenia w materiale dowodowym. Odwołujący, po którego stronie jest ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym nie przedstawił żadnych dokumentów na poparcie swojej argumentacji. Nie ulega wątpliwości, że p. J.J. nie był samodzielnym wykonawcą referencyjnej usługi. Co więcej, jak wynika z zawartej umowy konsorcjum liderem było Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych MIKST Sp. z o.o. Umowa wskazywała m.in. że

do obowiązków Lidera należy: 1) prowadzenie w imieniu stron Konsorcjum rozmów, negocjacji i korespondencji z Zamawiającym; 2) reprezentowanie interesów stron Konsorcjum i występowanie w ich imieniu przed Zamawiającym oraz innymi organami i instytucjami (§ 2 ust. 1 umowy); na etapie zawarcia kontraktu z Zamawiającym i jego realizacji: a) podpisanie w imieniu stron Konsorcjum Kontraktu z Zamawiającym na realizację przedmiotu Umowy; b) koordynacja wszelkich prac związanych z realizacją inwestycji; c) rzetelne wykonanie części prac i usług przypadających do wykonania Liderowi określonych w Załączniku nr 2 do umowy; d) składanie Zamawiającemu gwarancji dobrego wykonania Kontraktu w zakresie zadań przyjętych do realizacji (§ 2 ust. 2 pkt 2) umowy); W ramach realizacji niniejszej Umowy, Partnerzy upoważniają Lidera do zaciągania zobowiązań, przyjmowania zleceń i odbierania poleceń od Zamawiającego w granicach zawartego kontraktu. Całkowita realizacja Kontraktu, w tym płatności, odbywać się będzie wyłącznie za pośrednictwem Lidera w sposób uzgodniony w kontrakcie (§ 3 ust. 2 umowy). Ponadto, jak wynika ze złożonych przez Zamawiającego dowodów, p. J.J. wykazywał się w postępowaniu o udzielenie referencyjnego zamówienia wyłącznie doświadczeniem w zakresie koszenia traw, czy utrzymania zieleni, a potencjał techniczny stanowiący jego zasób, jak również zasób dla niego udostępniony to sprzęt właśnie do wykonywania tego typu usług, jak kosiarki czy ciągniki rolnicze. Pan J.J. został wyznaczony na kierownika utrzymania zieleni, a jego pracownik na majstra utrzymania zieleni. Pozostałe prace, sprzęt i funkcje leżały po stronie Lidera i pozostałych członków Konsorcjum. Nie bez znaczenia pozostaje również okoliczność, że referencyjna usługa była wykonywana dla Zamawiającego, który jako strona umowy posiada wiedzę na temat sposobu jej realizacji przez Konsorcjum. Na skutek wezwań Zamawiającego Wykonawca nie wyjaśnił faktycznego zakresu i wartości prac wykonywanych przez p. J.J. w ramach referencyjnej usługi w stopniu pozwalającym uznać, że p. J.J. dysponuje wymaganym przez Zamawiającego potencjałem. Stwierdzić zatem należy, że Zamawiający nie naruszył podniesionych przez Odwołującego przepisów ustawy pzp. Prawidłowym było działanie Zamawiającego w postępowaniu, polegające na wezwaniu Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2. 3) a) IDW SIWZ.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt. 1 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) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty zastępstwa prawnego na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....