

Sygn. akt: KIO 1178/18

WYROK

z dnia 28 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2018 r. przez wykonawcę **Eurovia Polska Spółka Akcyjna w Bielanach Wrocławskich** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo DUBR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kielcach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Eurovia Polska Spółka Akcyjna w Bielanach Wrocławskich** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Eurovia Polska Spółka Akcyjna w Bielanach Wrocławskich** tytułem wpisu od odwołania.
3. zasądza od **Eurovia Polska Spółki Akcyjnej w Bielanach Wrocławskich** na rzecz **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Krakowie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na całoroczne utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w latach 2018 - 2022 w podziale na 5 części, część 1 - obejmująca całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie części nr 1 - Rejon Kraków.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), zwaną dalej ustawą P.z.p.

W dniu 14 czerwca 2018 roku wykonawca Eurovia Polska Spółka Akcyjna w Bielanach Wrocławskich (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego i zaniechań przez zamawiającego czynności, do których był on zobowiązany z mocy ustawy, tj.:

- wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo DUBR Sp. z o.o., ul. Łódzka 247d, 25-655 Kielce (dalej: przystępujący),
- zaniechania wykluczenia przystępującego,

zarzucając zamawiającemu:

- 1) naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego w sytuacji, gdy wykonawca ten podlega wykluczeniu,
- 2) naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. przez zaniechanie wykluczenia przystępującego w sytuacji, gdy przystępujący na wezwaniu zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy - dokonał w wykonaniu wyroku KIO z dnia 22 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 327/18) - nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) wykluczenia przystępującego,
- 3) wezwania odwołującego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy do złożenia wymaganych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p., i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że przystępujący – w wyniku wezwania przez zamawiającego nakazanego wyrokiem KIO z dnia 22 marca 2018 roku sygn.

akt KIO 327/18 – został wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia wykazu usług potwierdzającego spełnianie warunku udziału w Postępowaniu opisanego w pkt 7 2.2.a IDW.

Odwołujący podniósł, że przystępujący, zamiast dostosować się do wyroku Izby i na wezwanie zmawiającego uzupełnić wykaz usług tak, by potwierdzał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, w skierowanym do zamawiającego piśmie z dnia 27 kwietnia 2018 r. zakwestionował wyrok z dnia 22 marca 2018 roku i zarzucił Izbie, że „nie wyjaśniła na czym polega realne uczestnictwo w realizacji zamówienia”, a przy okazji zamawiającemu, że „nie definiuje pojęcia doświadczenia (pomimo, że zagadnienie to pojawiło się w uzasadnieniu wyroku KIO i rozpatrywane było tylko na poziomie realnego wykonania czynności związanych z faktycznymi działaniami mającymi charakter prac fizycznych)”.

Odwołujący stwierdził, że w odpowiedzi na wezwanie przystępujący, w załączeniu do pisma z dnia 27 kwietnia 2018 r., przesłał zamawiającemu wykaz usług, sporządzony na załączonym do wezwania Formularzu 1, oraz dokumenty:

- 1) referencje wystawione przez GDDKiA Oddział w Krakowie w dniu 17.04.2018 r.
- 2) poświadczenie wykonania wystawione przez Wykonawcę ZABERD S.A. w dniu 24.04.2018 r.
- 3) list referencyjny wystawiony przez REDROG s.c, w dniu 24.04.2018 r. wraz z zestawieniem faktur
- 4) list referencyjny wystawiony przez p. Z. H. (Zakład Budowlano-Drogowy BUD-DROG) w dniu 24.04.2018 r. wraz z zestawieniem faktur
- 5) informację referencyjną wystawioną przez p. Z. K. (P.H.U. Akor) w dniu 25.04.2018 r. wraz z zestawieniem faktur.

W wykazie usług Wykonawca DUBR wskazał dwie usługi. W poz. 1, w kolejnych kolumnach wykazu przystępujący zawarł informacje:

- kolumna nr 2 „Nazwa Wykonawcy (podmiotu) wykazującego posiadanie doświadczenia”: Przedsiębiorstwo „DUBR” Sp. z o.o. Kielce 25-655 ul Łódzka 247D
- kolumna nr 3 „Nazwa/firma i adres Zamawiającego/Zlecającego”: ZABERD SA. ul Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław jako Lider Konsorcjum w ramach umowy realizowanej na rzecz Zamawiającego tj. GDDKiA Oddział w Krakowie ul Mogilska 25 31-542 Kraków
- kolumna nr 4 „Charakterystyka zamówienia Zakres i rodzaj usługi Informacje potwierdzające spełnianie warunków określonych w pkt 7.2.2.a) IDW”: Kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie części nr 1, obejmującej kompleksowe utrzymanie dróg krajowych Rejonu Nowy Sącz na drogach Masy GP wg grup robót wyszczególnionych w poświadczeniu tj. utrzymanie nawierzchni, pobocza, odwodnienie, chodniki, oznakowanie, bezpieczeństwo, estetyka, wycinka drzew, naprawa korpusu, zimowe utrzymanie dróg, utrzymanie czystości na obiektach inżynierskich, pozostałe roboty/usługi

- kolumna nr 5 „Wartość zamówienia (usługi) wykonanego przez wykonawcę (PLN brutto)”: Stan na dzień 31.11.2017 r. 51 059 136,80 Stan na dzień 28.02.2018 r. 64 5 77 028,45

- kolumna nr 6 „Czas realizacji początek m-c/rok”: 01.05.2014

- kolumna nr 7 „Czas realizacji koniec m-c/rok”: 30.04.2018.

W poz. 2 wykazu usług, w kolejnych kolumnach przystępujący zawarł informacje:

- kolumna nr 2: Przedsiębiorstwo „DUBR ” Sp. z o.o. Kielce 25-655 ul. Łódzka 247D

- kolumna nr 3: GDDKiA o/Zielona Góra, ul. Boh. Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra w ramach robót podwykonawczych z firmą Akor Z. K.

- kolumna nr 4: Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze wraz ze wszystkimi elementami z podziałem na 4 części zamówienia: część nr 2 - Rejon Nowa Sól w zakresie utrzymania obiektów inżynierskich i odwodnienia na drogach klasy GP

- kolumna nr 5: 197 882,40

- kolumna nr 6: 17.05.2018

- kolumna nr 7: 03.04.2018.

W kolumnie nr 6 „Czas realizacji początek m-c/rok” zaszła oczywista omyłka pisarska: zamiast 2018 powinno być 2017.

W dniu 4 czerwca 2018 r., pismem datowanym na ten dzień, zamawiający poinformował odwołującego, że w postępowaniu dla części 1 jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez przystępującego, informując jednocześnie, że przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w ogłoszeniu o zamówieniu.

W ocenie odwołującego, przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2.2 lit. a IDW.

W zakresie usługi wykazanej w poz. 2, odwołujący stwierdził, że usługa jest świadczona przez przystępującego na rzecz zamawiającego, którym jest GDDKiA Oddział w Zielonej Górze. Wynika to z treści ogłoszenia o udzieleniu zamówienia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym UE (Nr 2017/S 097-192021 z dnia 20.05.2017 r.). Jednak informacja zawarta w kol. 3 „w ramach robót podwykonawczych z firmą Akor Z. K.” jest niejasna. Z literalnego brzmienia informacji wynika, że to przystępujący jest podwykonawcą, co jednak pozostaje w oczywistej sprzeczności z informacją zawartą w ogłoszeniu w Dz. Urz. UE. Tak więc informację należy czytać inaczej, że to p. K. jest podwykonawcą przystępującego. Ale skoro tak, to znaczy, że przystępujący zlecił podwykonawstwo p. K., nie wiadomo jednak w jakim zakresie. Tym niemniej został złożony dokument „Informacja referencyjna” z którego jasno wynika, że p. K. jest podwykonawcą w ramach wskazanej w informacji umowy, na co wskazuje też zwrot „na zlecenie i pod nadzorem Przedsiębiorstwa DUBR”, Tyle tylko, że z informacji wynika, że przystępujący zlecił p. Kokoszce całość zadań z zakresu utrzymania obiektów inżynierskich i odwodnienia („realizuje zadania”, a nie „realizuje część zadań”), co oznacza, że przystępujący

nie nabył żadnego doświadczenia w zakresie utrzymania obiektów mostowych, a tym samym nie wykazał przy pomocy tej usługi spełniania warunku udziału w postępowaniu. Co jednak istotniejsze, przystępujący obowiązany był złożyć referencje wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługa, we wskazanym w warunku okresie była wykonywana, Ale takiego dokumentu brak. Nadto nie jest znana wartość wykonanej usługi. W kol. 5 podana jest kwota 197 882,40 zł, jednak w kol. 7 wskazana jest data końca realizacji 30.04.2018 r., gdy tymczasem pod uwagę może być brana tylko wartość usługi wykonanej do dnia 12 stycznia 2018 r.

Zatem, w ocenie odwołującego, usługa wskazana w poz. 2 wykazu usług nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, niezależnie już od wartości usługi (hipotetycznie można przyjąć, że wartość usługi obejmuje okres od 17.05.2017 r, do 12.01.2018 r.) i wykonywania jej w całości przez podwykonawcę, lecz przed wszystkim z powodu braku dokumentu potwierdzającego jej należyte wykonanie wystawionego przez GDDKiA Oddział w Zielonej Górze.

W zakresie poz. 1 wykazu usług, odwołujący podniósł, że usługa ta, jak wynika z informacji zawartej w kol. 3, jest świadczona przez przystępującego na rzecz Zlecającego, którym jest ZABERD S.A. Lecz w tej samej kolumnie jest informacja „jako Lider Konsorcjum w ramach umowy realizowanej na rzecz Zamawiającego tj. GDDKiA Oddział w Krakowie”, co rzecz jasna odnosi się do wykonawcy ZABERD. Wskazanie, że chodzi o umowę realizowaną na rzecz GDDKiA Oddział w Krakowie, wraz z podaniem nazwy zamówienia w kol. 4 oraz datą rozpoczęcia realizacji usługi 1.05.2014 r. (kol. 6) i datą zakończenia realizacji usługi 30.04.2018 r. (kol. 7) jednoznacznie przekonuje, że chodzi o usługę świadczoną na podstawie umowy nr I/62/ZZ/Z-1/2014 zawartej w dniu 18 kwietnia 2014 r. pomiędzy GDDKiA Oddział w Krakowie, a Konsorcjum ZABERD-DUBR na kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie części nr 1, obejmującej kompleksowe utrzymanie dróg krajowych Rejonu Nowy Sącz. A więc na usługę, która była zawarta w poprzednim wykazie usług i która, wskutek wniesienia odwołania, była poddana analizie przez KIO (i „zdyskwalifikowana” przez Izbę).

Odwołujący zwrócił uwagę na różnice w obu wykazach. Z jednej strony przystępujący doprecyzował charakterystykę zamówienia przez wskazanie nazw grup robót. Jednak to tylko kwestia formalna i nic nie wnosi do zakresu robót, który w dalszym ciągu nie obejmuje utrzymania obiektów mostowych, gdyż przedmiot zamówienia z roku 2014, a w konsekwencji przedmiot umowy z dnia 18 kwietnia 2014 r., nie uległ zmianie. Ponadto przystępujący podał w kol. 5 wartości na dzień 30.11.2017 r. oraz na dzień 28.02. 2018 r., z których wynika wartość usługi w okresie od dnia 1 grudnia 2017r. do dnia 28 lutego 2018 r.-wynosi ona 13 517 891,65 zł. Tyle tylko, że jest to wartość do dnia 28 lutego 2018 r., podczas gdy pod uwagę może być brana tylko wartość usługi wykonanej do dnia 12 stycznia 2018 r. Wartość usługi w okresie od

dnia 1 grudnia 2017 r. do dnia 28 lutego 2018 r. jest zatem nieznana. Można jedynie stwierdzić, że jest ona nie większa niż 13 517 891,65 zł.

Odwołujący stwierdził, że do wykazu usług dla tej usługi przystępujący załączył cztery dokumenty (dwa z nich z załącznikami), wymienione wyżej w pkt 1—4. Dokumenty wymienione w pkt 2-4 nie mają żadnej wartości, gdyż nie zostały wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługa była wykonywana, czyli przez GDDKiA Oddział w Krakowie. Ustosunkowywanie się do treści tych dokumentów jest bezcelowe, gdyż niczego one nie poświadczają.

W ocenie odwołującego, istotne natomiast są referencje z dnia 17 kwietnia 2018 r. wystawione przez GDDKiA Oddział w Krakowie. W stosunku do poprzednio wystawionych referencji z dnia 2 stycznia 2018 r. różnią się one kilkoma elementami: wskazanym okresem realizacji grup robót (poprzednio od 01.05.2014 r. do 30.11.2017 r., zaś obecnie od 01.05.2014 r. do 28.02.2018 r.) łączną wartością brutto usług i robót (poprzednio 127 547 842,01 zł, zaś obecnie 161 442 571,12 zł oraz wartościami dla poszczególnych grup robót, dodaniem akapitu, którego poprzednio nie było, informującym, że „Zgodnie z umową Konsorcjum (...) udział ZABERD S.A. w realizacji udzielonego zamówienia wynosi 60%, (...) natomiast udział Przedsiębiorstwa DUBR Sp. z o.o. wynosi 40%, co stanowi 64 577 026,45 zł brutto”,

Odwołujący podniósł, że najistotniejszą zmianą jest zastąpienie w akapicie mówiącym o podwykonawstwie wyrazu „przez” wyrazami „przy udziale”, co oznacza, że zdanie „ Usługi i roboty zostały wykonane przez Podwykonawców zatrudnionych przez Konsorcjum” zostaje zastąpione zdaniem o innej wymowie: „Usługi i roboty zostały wykonane przy udziale Podwykonawców zatrudnionych przez Konsorcjum”.

Odwołujący wskazał, że akapit o procentowym udziale konsorcjantów w realizacji zamówienia nic nie wnosi, w szczególności, wbrew treści tego akapitu, nie wskazuje na jakąkolwiek realizację zamówienia przez przystępującego, o czym świadczy fragment przytoczonego uprzednio pisma procesowego przystępującego: „Umowa konsorcjum nie dzieliła rodzajów prac objętych zamówieniem na partnerów konsorcjum. Zakładała wspólne wykonanie umowy, w której partnerzy dzielą się w stosunku 40/60 przychodami i 50/50 kosztami”.

Inne jest natomiast znaczenie zmiany treści zdania dotyczącego podwykonawstwa. Dla odwołującego nie ulega wątpliwości, że zmiana jest skutkiem uzasadnienia wyroku Izby z dnia 22 marca 2018 r. Jednak zmianę tę trudno traktować poważnie, gdyż jest ona niezgodna z doświadczeniem życiowym, logiką prowadzenia działalności gospodarczej oraz współpracy między przedsiębiorcami. Gdyby jednak przyjąć, że istotnie z dniem 1 grudnia 2017 r. (ta data wynika z porównania obu referencji) doszło do radykalnego wycofania się Konsorcjum, w tym przystępującego, z wykonywania usługi przez podwykonawców, to oznaczałoby to tylko tyle, że w okresie od 1 grudnia do 2017 r. przystępujący rzeczywiście (faktycznie) wykonuje usługę,

na kwotę być może nawet 13 517 891,65 zł. Jednak to nie zmienia niczego, jeżeli chodzi o okres do dnia 30 listopada 2017 r. W tym okresie, jak ustaliła Izba w wyroku z dnia 22 marca 2018 r. (ale także, jak wynika z wyroku z dnia 11 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 586/18) zamówienie wskazane w wykazie usług w ogóle nie było realizowane przez przystępującego, a przez podwykonawców. Jest oczywiste, że jeżeli zamówienie nie było w ogóle realizowane przez przystępującego, to z tytułu realizacji zamówienia, można przystępującemu przypisać jedynie kwotę 0,00 zł.

Odwołujący podniósł, że usługa wskazana w poz. 1 nowego wykazu usług nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, chociażby z tego względu, że nie obejmowała (i nie obejmuje) utrzymania obiektów mostowych. Gdyby jednak nawet pominąć ten aspekt, to wartość tej usługi nie przekracza kwoty 13 517 891,65 zł, a więc jest to wartość istotnie mniejsza od kwoty 20 mln zł wymaganej w warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie odwołującego przystępujący złożonymi na wezwanie zamawiającego dokumentami nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2.2 lit. a IDW. Wezwanie nastąpiło na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Zamawiający w wezwaniu przywołał stosowny punkt IDW, w którym został określony warunek udziału w postępowaniu, jednoznacznie wskazał dokumenty, o których złożenie się zwrócił do przystępującego, wskazał podstawę prawną zwrócenia się o dokumenty (art. 26 ust. 3 ustawy) oraz szeroko objaśnił, dlaczego poprzednio złożone dokumenty nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W tej sytuacji, ponieważ wezwanie do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. może być tylko jednokrotne, przystępujący podlega definitywnie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. Nie wykluczając przystępującego i wybierając jako najkorzystniejszą złożoną przez niego ofertę, zamawiający naruszył wskazany wyżej przepis, a także przepis art. 91 ust. 1 ustawy.

Odwołujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy. W postępowaniu na część 1 (zadanie 1) zostały złożone dwie oferty, przy czym żadna oferta nie została odrzucona. Bez znaczenia pozostają przyjęte przez zamawiającego kryteria oceny ofert, gdyż w przypadku wykluczenia z postępowania przystępującego, oferta odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą, jako jedyna oferta, z ceną 203.470.034,33 zł, niższą od kwoty 209.100.000,00 zł, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w części 1. Z kolei, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści, których ma prawo oczekiwać w związku ze złożeniem najkorzystniejszej oferty i uzyskaniem zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 czerwca 2018 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W ocenie zamawiającego, wbrew zarzutom podniesionym w odwołaniu, wybór przystępującego jest prawidłowy. Wywodzone przez odwołującego zarzuty nie znajdują żadnego uzasadnienia w stanie faktycznym i prawnym niniejszej sprawy. Odwołujący podnosi liczne zarzuty, ale nie udowadnia słuszności żadnego z nich.

Zamawiający wskazał, że nie można w zakresie wyboru oferty przystępującego uznać, że mamy do czynienia z powagą rzeczy osądzonej, czy też „zdyskwalifikowaniem przez Izbę wykazanej usługi”. Faktem jest, że Izba uwzględniła odwołanie odwołującego i nakazała wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Niemniej, nie pozbawiło to w przedmiotowym przypadku wykonawcy prawa do przedstawienia ponownie tej usługi i uznania, że poprzez przedłożone dokumenty wykonawca wykazał, że spełnia wymaganie, o którym mowa w IDW 7.2.2.a, tj. w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Zamawiający wskazał, że odpowiadając na wezwanie, przystępujący pismem z dnia 27 kwietnia 2018r. przedłożył wykaz usług zawierający 2 zadania, tj.:

- 1) realizowane na rzecz GDDKIA O/Kraków, a zlecane przez ZABERD S.A. „Kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie części nr 1 obejmującej kompleksowe utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie części nr 1 obejmującej kompleksowe utrzymanie dróg krajowych Rejonu Nowy Sącz na drogach klasy GR
- 2) realizowane na rzecz GDDKIA O/Zielona Góra w ramach robót podwykonawczych z firmą PHI.J AKOR Z. K. - „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział Zielona Góra ze wszystkimi elementami z podziałem na 4 części zamówienia: część nr 2 - Rejon Nowa Sól w zakresie utrzymania obiektów inżynierskich i odwodnienia na drogach klasy GP

Zamawiający stwierdził, że w pierwszej kolejności dokonał weryfikacji dokumentów dotyczących pierwszej usługi referencyjnej. Usługa ta była wykonywana na rzecz zamawiającego. Zamawiający analizując dokumentację zaoferowaną przez przystępującego uznał, że potwierdza ona spełnienie warunku, o którym mowa w IDW 7.2.2.a i dlatego weryfikacja drugiej z nich była zbędna.

Zamawiający wskazał, że przystępujący wykonywał pierwszą usługę referencyjną w ramach konsorcjum z ZABERD S.A. Jednak - wbrew twierdzeniom odwołującego - usługa została wykazana przez przystępującego jedynie w takim zakresie, jaki wynikał z realnie nabytego przez przystępującego doświadczenia.

Zamawiający podniósł, że dokonując weryfikacji doświadczenia w ramach pierwszej usługi referencyjnej, zobowiązany był do kompleksowej oceny przedłożonych przez przystępującego dokumentów zarówno wraz z wykazem pierwszym, jak i wykazem

uzupełnionym. W zakresie wykazu pierwszego, przystępujący dla pierwszej usługi referencyjnej przedłożył - wykaz usług z pisma z dnia 6.02.2018 na kwotę 127.647.842,01 PLN i referencje GDDKiA z dnia 2.01.2018 (potwierdzające stan na dzień 30.11.2017 r.) wystawione na całą kwotę ZABERD DUBR 127.647.842,01 PLN). Wraz z uzupełnieniem dokumentów dla pierwszej usługi referencyjnej przystępujący przedłożył wykaz usług z pisma z dnia 27 kwietnia 2018 r. na kwotę 51.059.136,80 PLN (stan na dzień 30.11.2017 r., jako 40% z 127.647.842,01 PLN) i 64.577.028,45 PLN (stan na dzień 28.02.2018 jako 40% z 161.442.571,12 PLN) i referencje GDDKiA z dnia 17.04.2018 (potwierdzające stan na dzień 28.02.2018 r.) oraz poświadczenie wystawione przez ZABERD na tę kwotę.

W celu potwierdzenia, że poprzez udział w wykonaniu wykazanych usług przystępujący nabył wymagane doświadczenie, przystępujący przedstawił m.in. poświadczenie wykonania wystawione przez ZABERD S.A. potwierdzające należyte wykonanie usługi i potwierdzenie kwoty 64.577.028,45 PLN brutto dla Konsorcjanta DUBR Sp. z o.o. (stan na dzień 28.02.2018 jako 40% z 161.442.571,12 PLN). Mimo iż potwierdzenie to dotyczy stanu i kwoty na dzień 28.02.2018r. to jednak nie powinno budzić wątpliwości, że dokument stanowi dodatkowe (poza referencjami GDDKiA) potwierdzenie należytego wykonania przez Przystępującego usługi także w okresie poprzedzającym 28.02.2018r.).

Dodatkowo, dla pierwszej wykazanej usługi przedłożone zostały listy referencyjne REDROG S.C. i BUD-DROG Z. H. stwierdzające współpracę w ramach umowy podwykonawczej i uczestnictwo DUBR Sp. z o.o. w wykonaniu usługi wraz z wykazem faktur i numerów zleceń. Dla tej usługi przystępujący wskazał, że wartość, którą wykonywał samodzielnie wynosi 51.059.136,80 zł, (stan na dzień 30.11.2017), a więc przewyższającą wartość wymaganą przez zamawiającego (20.000.000zł). Gdyby uwzględnić jedynie usługę w zakresie, jaki wynika z listów referencyjnych przedstawionych przez przystępującego, to kwota związana z nabytym przez przystępującego realnym doświadczeniem w świadczeniu usług utrzymaniowych wyniesie 22.211.625,32 zł (w tym REDROG s.c. 17.205.662,79 zł; BUD-DROG Z. H. 5.005.962,53 zł).

Zamawiający wskazał, że – wbrew temu co podnosi odwołujący – fakt należytego wykonania wykazanej usługi został we właściwy sposób udowodniony. Zostały przez przystępującego przedstawione referencje wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana, tj. GDDKiA Oddział w Krakowie. Zostały przedstawione referencje z dnia 2 stycznia 2018r. potwierdzające stan na dzień 30 listopada 2017r. oraz referencje z dnia 17 kwietnia 2018r. potwierdzające stan na dzień 28 lutego 2018r.

Zamawiający stwierdził, że dokonał oceny i weryfikacji dokumentów przedłożonych przez przystępującego i ocenił, że poprzez te dokumenty przystępujący wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w IDW 7.2.2.a. Przystępujący wykazał wymieniony warunek nie tylko co do wartości, o czym była mowa powyżej, ale także co do

zakresu rzeczowego i czasu realizacji. Zamawiający miał przy tym na uwadze treść zarządzenia nr 59 w zakresie dotyczącym utrzymania obiektów inżynierskich (załączone zarządzenie nr 59). Potwierdza ono jednoznacznie, że przystępujący w ramach świadczonej przez siebie usługi wykonywał także utrzymanie obiektów mostowych.

Zamawiający podniósł, że pomimo odrębnej umowy ramowej, w ramach kompleksowego utrzymania dróg krajowych, były realizowane również zadania z zakresu utrzymania obiektów inżynierskich. W ramach kompleksowego utrzymania dróg prowadzone są niewielkie prace, które mają na celu zapewnienie bezpiecznego i komfortowego prowadzenia ruchu kołowego i pieszego oraz zapewnienia odpowiedniego poziomu estetyki obiektów inżynierskich. Wartość tych prac nie ma znaczenia dla spełnienia warunku, o którym mowa w IDW 7,2.2.a). Przedmiotowe prace były prowadzone w ramach poleceń wykonania w pozycjach jednostkowych umieszczonych w praktycznie każdej z grup robót kompleksowego utrzymania dróg. Obiekty mostowe są usytuowane w ciągu dróg i ich elementy są zintegrowane z elementami drogi. Wykonywanie w ramach kompleksowego utrzymania dróg prostych czynności utrzymaniowych jest działaniem racjonalnym i wynika z praktyki GDDKiA dyktowanej także dbałością o finanse publiczne. Nieuzasadnione byłoby wyłączenie ww. usługi z usługi bieżącego i zimowego utrzymania. Oznaczałoby to konieczność „sztucznego podzielenia” drogi i wprowadzenie na niewielkie jej fragmenty innego wykonawcy. Fakt, że w wykazie usług referencyjnych przystępujący nie wymienił wprost wszystkich elementów zawartych w zamieszczonej w IDW definicji „bieżącego” i „zimowego” utrzymania, nie oznacza - wbrew zarzutom odwołującego - że elementy te nie były realizowane. Takie stanowisko zamawiającego znajduje także oparcie w ocenie Izby zaprezentowanej w uzasadnieniu wyroku z dnia 21.05.2018 r. KIO 910 /18.

Odpowiadając na zarzuty odwołującego w tym zakresie, zamawiający podkreślił, że przyjęcie jego optyki, musiałyby prowadzić do oceny, że zamawiający postawił warunki udziału w niniejszym postępowaniu nieproporcjonalne do zakresu zlecanej usługi i niezwiązane z przedmiotem zamówienia. Z taką oceną zamawiający nie może się zgodzić. Wymóg stawiany przez zamawiającego był bowiem dla wszystkich wykonawców jasny i oczywiste jest że dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu zasadne było powołanie się na usługę kompleksowego utrzymania dróg, która zawsze obejmuje także obiekty mostowe. Okoliczność ta potwierdzona jest w treści załączonego zarządzenia Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad nr 59. Przedmiotowe zamówienie obejmuje bowiem ten sam zakres prac na obiektach mostowych, jakie zawierała umowa na kompleksowe utrzymanie w latach 2014- 2018 i lata wcześniejsze. Biorąc pod uwagę faktury, które przystępujący przedłożył dla potwierdzenia realnie wykonanej przez siebie usługi, oraz treść załączonego dokumentu, nie budzi wątpliwości, że także elementy definicji bieżącego i zimowego

utrzymania w zakresie obiektów mostowych były wykonywane rzeczywiście przez przystępującego.

Zamawiający wskazał, że odwołujący stawiając zarzut w zakresie braku obiektów mostowych, nie oferuje żadnych dowodów na potwierdzenie stawianej tezy. Opiera zarzut jedynie na stanowisku Izby w tym zakresie, które zostało zaprezentowane w wyroku z dnia 22 marca 2018r. sygn. akt KIO 327/18.

Zamawiający podniósł, że taka ocena Izby, zaprezentowana w uzasadnieniu ww. wyroku, nie jest adekwatna - wbrew temu co podnosi odwołujący - w okolicznościach niniejszej sprawy. Zamawiający podkreślił, że twierdzenia Izby zawarte w uzasadnieniu orzeczenia nie są ani oświadczeniami, ani zaświadczeniami urzędowymi Izby, lecz jej wnioskowaniem na podstawie prawdziwości faktów na tle całokształtu okoliczności sprawy. Prawomocność wyroku Izby nie rozciąga się bowiem na ustalenia faktyczne zaprezentowane w uzasadnieniu (tak m.in. KIO 2214/17). Izba dokonując oceny takiego samego zarzutu, ale podniesionego przez innego odwołującego i odnoszącego się do innej usługi referencyjnej w wyroku KIO 910/18, podkreśliła, że: „Odnosząc się do przedstawionej przez Odwołującego argumentacji stwierdzić również należy, że przywołane przez niego orzeczenie Izby w sprawie KIO 327/18, jak każde orzeczenie Izby, zostało wydane na podstawie tego, co strony wykazały i udowodniły w postępowaniu odwoławczym, które ma charakter kontradyktoryjny, Rozstrzygnięcie innego postępowania odwoławczego nie może zwalniać Izby z obowiązku oceny argumentacji i wywiązania się z ciężaru dowodu w aktualnym odwoławczym, w którym Odwołujący nie wykazał swoich twierdzeń. Zamawiający natomiast przedstawił załącznik do zarządzenia Nr 59 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z 18 grudnia 2013 r., określający Katalog robót i usług związanych z utrzymaniem obiektów inżynierskich, gdzie wymienione są pozycje składające się na utrzymanie obiektów mostowych, zaliczane do drogowych obiektów inżynierskich”.

Zamawiający wskazał, że w okolicznościach niniejszej sprawy, przystępujący - mimo wykazania tej samej usługi, która była poddana ocenie Izby - zaoferował nowe dowody, za pomocą których wykazał zakres nabytego doświadczenia przy realizacji usługi utrzymaniowej. Dlatego też możliwe i uzasadnione było dokonanie jej ponownej oceny, zwłaszcza, że przy pierwotnej weryfikacji Izba zobowiązała zamawiającego do skierowania wezwania do uzupełnienia. Zarzuty odwołującego w tym zakresie są więc pozbawione postaw. Ocena - jak wskazano powyżej - doprowadziła do uznania, że warunek postawiony w pkt 7.2.2.a) IDW został przez przystępującego wykazany. Zamawiający nie znajduje podstaw do kwestionowania wiarygodności oświadczeń złożonych przez przystępującego oraz przedłożonych przez niego dokumentów. Wybiórczo przeprowadzona weryfikacja zestawienia faktur i zleceń, potwierdza, że są one zgodne ze stanem faktycznym,

Zamawiający zaznaczył przy tym, że wbrew temu co podnosi odwołujący, opierając się na uzasadnieniu wyroku Izby w sprawie dotyczącej wykonawcy ZABERD S.A., usługa nie została „zdyskredytowana”. Mimo, że we wspomnianym wyroku Izba stwierdziła, iż ZABERD S.A. nie wykonywał usługi referencyjnej wykonywanej w Konsorcjum z przystępującym w żadnym zakresie, gdyż całość została wykonana przez podwykonawców, to jednak ustalenia te nie są adekwatne i nie dotyczą przystępującego. Przystępujący bowiem uzupełniając - zgodnie z wytycznymi Izby - wykazał zakres realnie wykonywanej przez siebie usługi. Natomiast w wyroku z dnia 22 marca 2018r. KIO 327/18 odnoszącym się do przystępującego Izba uznała jedynie, że dokumenty, które przedłożył przystępujący nie potwierdzają spełnienia warunku IDW 7.2.2.a. Skoro zostały uzupełnione i potwierdzają wymagane warunki, to nie ma podstaw do wykluczenia przystępującego.

Zamawiający podkreślił także, że nie stoi w sprzeczności z powyższymi ustaleniami treść § 16 ust. 1 umowy odnoszącej się do pierwszej wykazanej usługi referencyjnej, który wskazuje, że cały zakres robót zostanie wykonany przy pomocy podwykonawców. Przede wszystkim z tej przyczyny, że samo takie postanowienie (oświadczenie), jak również zatwierdzenie umowy podwykonawczej przez zamawiającego nie oznacza, że przedmiot tej umowy jest faktycznie zlecany i wykonywany wyłącznie przez podwykonawcę. Wielokrotnie zdarza się bowiem, że na ten sam zakres usługi składa się kilka przedłożonych przez wykonawcę umów podwykonawczych. Dopiero na etapie przygotowania realizacji konkretnie zlecanej usługi wykonawca decyduje o tym, czy zadanie będzie wykonywał samodzielnie, czy przy udziale podwykonawcy i ewentualnie którego. Działanie takie jest racjonalne i powszechnie stosowane przez wykonawców (także przez odwołującego), gdyż z uwagi na złożoność realizowanej usługi, obszar który ma być „obsługiwany” przez wykonawcę, konieczne jest zapewnienie odpowiedniej dyspozycji sprzętowej, materiałowej i personalnej. Wykonawca w celu właściwego i szybkiego reagowania na zlecenia zamawiającego musi zapewnić dostępność. Nie może natomiast przewidzieć ile usług będzie realizowanych w jednym czasie. Sprawne działanie wymaga więc podjęcia współpracy z różnymi podmiotami, które niekoniecznie zostają w toku realizacji zadania „uruchomione”. Tak było także w przedmiotowym przypadku. Mimo złożonego w przywołanym powyżej zapisie umowy oświadczenia o zleceniu prac podwykonawcom, przystępujący wykonywał w określonym zakresie usługę samodzielnie, o czym świadczą przedłożone przez niego dokumenty.

W ocenie zamawiającego, zarzuty odwołującego nie znajdują uzasadnienia w żadnym zakresie, gdyż:

- 1) wyrok KIO z dnia 22 marca 2018 r. nie zdyskwalifikował wykazanej usługi referencyjnej, a jedynie zobowiązał do uzupełnienia dokumentów. Uzupełnienie mogło więc dotyczyć zarówno tej samej usługi, jak i wykazania innej usługi;

- 2) Przystępujący wykazał, że wykonywał w ciągu ostatnich 7 lat przed wszczęciem postępowania usługę w zakresie bieżącego i zimowego utrzymania dróg, a usługa ta obejmowała wszystkie elementy wynikające z definicji określonej przez zamawiającego, także obiekty mostowe;
- 3) wartość realizowanej faktycznie przez przystępującego usługi wyniosła 51.059.136,80zł;
- 4) należyte wykonanie usługi zostało potwierdzone dokumentem, na rzecz którego usługa była świadczona, tj. referencjami wystawionymi przez GDDKIA O/Kraków;
- 5) brak jest podstaw do kwestionowania wiarygodności oświadczeń i dokumentów przedłożonych przez przystępującego.

W piśmie procesowym z dnia 26 czerwca 2018 roku przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący stwierdził, że zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodu, wyrażonym w art. 6 K.c. oraz art. 190 ust. 1 P.z.p., ciężar udowodnienia faktu spoczywa na stronie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Bez wątplenia w rozpatrywanym sporze ciężar udowodnienia spoczywa w całości na odwołującym, który twierdzi, że przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie przystępującego, odwołujący nie wykazał i nie poparł przekonującymi dowodami twierdzeń i okoliczności na poparcie stawianych zarzutów, co do braku spełniania przez przystępującego warunków udziału w postępowaniu.

Przystępujący wskazał, że faktem jest, że w wyroku Izba nakazała wezwanie do złożenia przez przystępującego dokumentów na potwierdzenie wiedzy i doświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 P.z.p.

Przystępujący stwierdził, że odwołujący oparł swą argumentację na wyroku TSEU C-387/14 - Esaprojekt sp. z o.o./Województwo Łódzkie, który to wyrok nie może być użyty w niniejszej sprawie, bowiem przystępujący uczestniczy — i to w znacznym stopniu — w wykonaniu zamówienia, które wykazał na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Stan faktyczny na bazie którego zapadł wyrok, był całkowicie inny — nieadekwatny.

W ocenie przystępującego, mógł on podjąć trud uzyskania wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich. Tylko, że w obecnej sytuacji na rynku utrzymania dróg podmiotem, który mógłby wystawić referencje tym podmiotom trzecim byłby właśnie przystępujący. Przystępujący jest bowiem wykonawcą usług utrzymania dróg, które mogły by być adekwatne do warunków stawianych w postępowaniu. Jego firma jest wykonawcą, która zawierała i zawiera oraz realizuje umowy z GDDKiA. Stąd doszłoby do absurdalnej sytuacji, w której przystępujący wystawia poświadczenia należytego wykonania umów, które dają wiedzę i

doświadczenie, które od następnie pozyskuje w drodze udostępnienia od swoich podwykonawców.

W ocenie przystępującego, takie postępowanie, w żaden sposób nie przystaje do celu i sensu stawiania warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, a także całkowicie zaprzecza istocie generalnego wykonawstwa, o którym mowa w przepisach K.c., a także podwykonawstwa, o którym mowa w przepisach P.z.p. i K.c., czyniąc je na użytek zamówień publicznych całkowicie nieużytecznymi. Nie ma bowiem na rynku podmiotu, który swoim przedsiębiorstwem obejmuje wszystkie branże, w szczególności na tak trudnym rynku, jakim jest rynek utrzymania dróg.

Przystępujący wskazał, że na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2.2a IDW, w odpowiedzi na wezwanie (pismem z dnia 19 kwietnia 2018 r.), w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., złożył w dniu 30 kwietnia 2018 r. (pismo z dnia 27 kwietnia 2018 r.) Formularz 1 „Wykaz usług”, w którym wskazał jedną usługę Kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie cz. 1 utrzymanie dróg Rejon Nowy Sącz. Na potwierdzenie nabycia doświadczenia w świadczeniu tej usługi przystępujący przedłożył między innymi list referencyjny wystawiony przez ReDrog S.C. Porąbka Iwkowska 32, 32-862 Porąbka Iwkowska, z którego wynika, że realizacja umów podwykonawczych była prowadzona wspólnie z przystępującym. W piśmie z dnia 27 kwietnia 2018 r. przystępujący odniósł się też szczegółowo do zagadnienia doświadczenia oraz jego uczestnictwa i kluczowej roli w wykonaniu kwestionowanego przez odwołującego zamówienia, które przystępujący wykazał na potwierdzenie nabycia wiedzy i doświadczenia adekwatnego do realizacji zamówienia, o które się obecnie ubiega oraz w którym jego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Pismem z dnia 30 maja 2018 r. (O.KR.D-3.2413.24.2017.52.BK) działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p., zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących listu referencyjnego wystawionego przez ReDrog S.C. złożonego przez przystępującego w dniu 30 kwietnia 2018 r., ponieważ łączna wartość wykonanych robót jak wynika z listu referencyjnego wynosi 53.778.305,71 zł (na dzień 31 grudnia 2017 r.), natomiast kwota wynikająca z załączonego spisu faktur i numerów zleceń, wynosi 17.205.662,79 zł. Zamawiający chciał wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy tymi kwotami.

Pismem z dnia 30 maja 2018 r. (L.dz. 502/V/2018) przystępujący wyjaśnił, że kwota 17.205.662,79 zł dotyczy bezpośredniej realizacji zadań przez przystępującego a wartość 53.778.305,71 zł dotyczy zadań wykonanych przez Konsorcjum ZABERD/DUBR.

Przystępujący stwierdził, że wraz z pismem z dnia 27 kwietnia 2018 r. przedłożył zarówno referencje wystawione przez zamawiającego, jak i przez Firmy ReDrog S.C., BUD-DROG, czy AKOR wraz z zestawieniami faktur, ponieważ w zaistniałym stanie faktycznym nie ma innej możliwości wykazania i potwierdzenia zakresu prac oraz ich należytego wykonania.

Stwierdził, że z orzecznictwa KIO (m.in. wyrok z dnia 20 listopada 2017 (sygn. akt KIO 2327/17 oraz z dnia 3 kwietnia 2017 sygn. akt KIO 533/17):) wynika, że dokumenty potwierdzające należytą realizację zamówienia mogą być wydane przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a zatem również przez głównego wykonawcę zamówienia, na którego rzecz dany podmiot zrealizował dane zamówienie czyjego część. Dla skuteczności wykazania się zrealizowaniem zamówień nie ma znaczenia czy dany podmiot był zgłoszony jako podwykonawca przy ubieganiu się o pozyskanie tych zamówień.

W ocenie przystępującego, zarzut związany z kwestionowaniem przedłożonych zamawiającemu referencji, ze względu na podmiot je wystawiający, należy zatem uznać za bezzasadny.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego do usługi wykazanej w poz. 2 wykazu usług (str. 14 odwołania), przystępujący zauważył, że przystępujący przedłożył zamawiającemu wykaz, w którym zgodnie z wymaganiem zamawiającego została opisana referencyjna usługa, referencje oraz wykaz faktur i faktury wystawione w związku z wykonaniem przez przystępującego odpowiednich zakresów prac. Referencja wystawiona przez podmiot trzeci (tu: współpracującego podwykonawcę AKOR) potwierdza należyte wykonanie, podobnie jak referencje wystawione przez zamawiającego. Wbrew twierdzeniom odwołującego, wartości i zakres usług wynika z wystawionych faktur. Zestawienie faktur określa także daty ich wystawienia, a faktury daty wykonania usług.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego do usługi wykazanej w poz. 1 wykazu usług (str. 14 i 15 odwołania), przystępujący wskazał, że przedłożył zamawiającemu wykaz, w którym zgodnie z wymaganiem zamawiającego została opisana referencyjna usługa, referencje oraz wykaz faktur i faktury wystawione w związku z wykonaniem przez przystępującego odpowiednich zakresów prac.

W ocenie przystępującego, twierdzenia odwołującego o „dyskwalifikacji” usługi wykazanej przez przystępującego i braku możliwości uznania jej, jako potwierdzające spełnianie warunku należy uznać za nieuzasadnione. Podkreślenia przy tym jeszcze raz wymaga, że na przedmiot usługi „kompleksowego utrzymania dróg” wchodzi wszystkie niezbędne do kompleksowego utrzymania dróg usługi, a nie tylko wymienione.

Ponadto zarzuty te nie mogły być uznane za zasadne, jako że zostały oparte jedynie na twierdzeniach, że przystępujący nie wskazał w wykazie, by zamówienie obejmowało wszystkie elementy definicji bieżącego utrzymania oraz że nie potwierdzają tego załączone referencje (Zamawiający wskazał w s.i.w.z., że przez bieżące utrzymanie rozumie się wykonywanie usług utrzymania drogi w zakresie co najmniej utrzymywania: drogi, obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych, zieleni oraz czystości, wykonywanych przez cały rok kalendarzowy). Odnosząc się do tych twierdzeń podkreślić należy, że z samego faktu niewpisania do wykazu usług każdego z elementów określonej przez zamawiającego definicji

bieżącego utrzymania dróg z osobna, nie można wnioskować o tym, że usługa tego elementu nie obejmowała. Podobnie nie może być rozstrzygającym dowodem treść referencji, które są dokumentami potwierdzającymi należyłą realizację zamówienia i nie muszą odpowiadać w swej treści wszystkim elementom wymaganym w aktualnie prowadzonym postępowaniu przetargowym. Tymczasem dowodami powołanymi przez odwołującego w odniesieniu do usług nr 2 i 3 były właśnie Wykaz usług i załączone do niego referencje.

Odnosząc się do przedstawionej przez odwołującego argumentacji, przystępujący stwierdził, że przywołane przez odwołującego orzeczenie Izby w sprawie KIO 327/18, jak każde orzeczenie Izby, zostało wydane na podstawie tego, co strony wykazały i udowodniły w postępowaniu odwoławczym, które ma charakter kontradyktoryjny. Rozstrzygnięcie innego postępowania odwoławczego nie może zwalniać Izby z obowiązku oceny argumentacji i wywiązania się z ciężaru dowodu w aktualnym odwoławczym, w którym odwołujący nie wykazał swoich twierdzeń. Zamawiający natomiast przedstawił załącznik do zarządzenia Nr 59 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z 18 grudnia 2013 r., określający Katalog robót i usług związanych z utrzymaniem obiektów inżynierskich, gdzie wymienione są pozycje składające się na utrzymanie obiektów mostowych, zaliczane do drogowych obiektów inżynierskich. Zamawiający wyjaśnił m.in., że pomimo odrębnej umowy ramowej na wykonanie robót budowlanych w zakresie (bieżącego) utrzymania obiektów inżynierskich w GDDKiA Oddział Kraków, w ramach kompleksowego utrzymania dróg krajowych, były realizowane również zadania z zakresu utrzymania obiektów inżynierskich. W ramach kompleksowego utrzymania dróg prowadzone są niewielkie prace, które mają na celu zapewnienie bezpiecznego i komfortowego prowadzenia ruchu kołowego i pieszego oraz zapewnienia odpowiedniego poziomu estetyki obiektów inżynierskich. Przedmiotowe prace były prowadzone w ramach poleceń wykonania w pozycjach jednostkowych umieszczonych w praktycznie każdej z grup robót kompleksowego utrzymania dróg. Obiekty mostowe są usytuowane w ciągu dróg i ich elementy są zintegrowane z elementami drogi. Wykonywanie w ramach kompleksowego utrzymania dróg prostych czynności utrzymaniowych jest działaniem racjonalnym i wynika z praktyki GDDKiA dyktowaną także dbałością o finanse publiczne. (...) Przedmiotowe zamówienie obejmuje bowiem ten sam zakres prac na obiektach mostowych, jakie zawierała umowa na kompleksowe utrzymanie w latach 2014-2018.

Odnosząc się do zarzutu co do braku określenia wartości wykonanych przez przystępującego usług, przystępujący podniósł, że z przekazanego zamawiającemu zestawienia faktur ReDrog s.c. wynika jasno kwota 17 205 662,79 zł i jest to kwota dotycząca lat 2015 — 2016. Natomiast z referencji BUD-DROG wynika kwota 5 005 962,53 zł. Wykaz faktur także wskazuje, że chodzi o wykonanie prac z lat 2015 – 2016. Tym samym wartość wykonanych i potwierdzonych, co do należytego wykonania usług przez przystępującego przekracza wymaganą przez zamawiającego kwotę 20 mln zł.

Izba ustaliła, co następuje:

W ppkt 7.2.2 lit. a IDW zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia:

„Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -to w tym okresie:

a) 1 lub 2 lub 3 zadań polegających na bieżącym utrzymaniu / utrzymywaniu dróg klasy min. GP,

oraz

b) 1 lub 2 lub 3 zadań polegających na zimowym utrzymaniu / utrzymywaniu dróg klasy min GP,

o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 20 mln PLN brutto

„W przypadku umów nadal realizowanych, Zamawiający wymaga aby łączna wartość brutto części umów zrealizowanych przed terminem składania ofert wyniosła co najmniej 20 mln PLN brutto”.

„Przez bieżące utrzymanie rozumie się wykonywanie usług utrzymania drogi w zakresie co najmniej utrzymywania: drogi, obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych, zieleni oraz czystości, wykonywanych przez cały rok kalendarzowy.

Przez zimowe utrzymanie rozumie się wykonywanie usług w zakresie odśnieżania, zapobiegania powstawania śliskości i likwidowania śliskości na drodze wykonywanych z sezonie zimowym - zakłada się okres od 1 października do 30 kwietnia”,

Powyższy warunek udziału w postępowaniu został identycznie określony w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja III pkt III. 1.3).

W pkt 9,7 IDW Zamawiający postanowił, że w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu „na wezwanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest do złożenia następujących oświadczeń i dokumentów”, w tym (pkt 1 lit. c) „wykazu usług wykonanych, w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot. na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy”.

W postępowaniu w części 1 (na zadanie 1) zostały złożone dwie oferty: odwołującego z ceną 203.470.034,33 zł i przystępującego z ceną 154.645.120,74 zł.

Przystępujący w celu spełnienia wskazanego wyżej warunku udziału w postępowaniu wskazał usługę, wykonaną na rzecz GDDKiA Oddział w Krakowie, obejmującą kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie części nr 1, obejmującej kompleksowe utrzymanie dróg krajowych Rejonu Nowy Sącz na kwotę 127.647.842,01 zł, w okresie od 1 maja 2014 r. do 30 listopada 2017 r. Do wykazu usług załączył referencje z dnia 2 stycznia 2018 r. wystawione przez Dyrektora Oddziału GDDKiA w Krakowie dla dwóch podmiotów: Zakładu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz przystępującego.

Na czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego odwołujący Eurovia Polska Spółka Akcyjna w Bielanach Wrocławskich wniósł odwołanie.

Wyrokiem z dnia 22 marca 2018 roku, wydanym w sprawie KIO 327/18, Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając odwołanie w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia oraz wezwanie przystępującego, w trybie art. 26 ust. 3 P.z.p., do uzupełnienia wykazu usług potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 7.2.2.a IDW.

Uzasadniając wyrok, Izba wskazała, że kwestia realności dysponowania zasobem nie ogranicza się wyłącznie do przypadków jego udostępnienia przez podmiot trzeci, ale również do jego samodzielnego posiadania przez wykonawcę, jeżeli taką deklarację złożył zamawiającemu. Izba odwołała się do treści wyroku TSUE w sprawie 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. Zdaniem Izby, znaczenia relacje podmiotowe towarzyszące wykonywaniu takiego zamówienia, tj. czy zamówienie było realizowane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, czy przez wykonawcę i jego podwykonawców. Istotny jest zakres, w jakim każdy ze wspomnianych podmiotów rzeczywiście partycypował w realizacji zamówienia. Przyjęcie odmiennego zapatrywania skutkowało nierównym traktowaniem wykonawców, ponieważ możliwość wykazywania się doświadczeniem przez wykonawcę, który zrealizował zamówienie w konsorcjum ograniczona byłaby wyłącznie do właściwej mu części tego zamówienia, podczas gdy ograniczenia takiego nie byłoby w przypadku wykonawcy, który zrealizował zamówienie przy udziale podwykonawców. Ponadto interpretacja taka stanowiłaby wypaczenie rozumienia kwestii realności dysponowania (posiadania) tym zasobem. Sytuacja, w której oceniany wykonawca nie realizował danej części zamówienia, ponieważ wykonał ją inny członek konsorcjum, w którym wykonawca taki uczestniczył nie różni się od przypadku niezrealizowania części zamówienia, której wykonanie powierzono podwykonawcy. W każdym z tych przypadków oceniany wykonawca nie nabywał doświadczenia wynikającego z realizacji tej części zamówienia, która wykonana została przez inny podmiot.

Kierując się przedstawionymi powyżej poglądami, Izba uznała, że wskazane w wykazie usług zamówienie nie stanowi doświadczenia przystępującego. Zdaniem składu orzekającego, wykaz jest wadliwy w dwóch płaszczyznach – po pierwsze wskazuje na samodzielną realizację zamówienia przez przystępującego, czego nie potwierdzają załączone do wykazu referencje wystawione na dwa podmioty – przystępującego i Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. Ergo przystępujący przypisał wyłącznie sobie realizację zamówienia w całości, co w świetle poglądów wyrażonych przez TSUE we wspomnianym wyroku w sprawie Esaprojekt jest niedopuszczalne.

Po drugie – niezależnie od powyższego ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że zamówienie wskazane w wykazie usług w ogóle nie było realizowane przez przystępującego, a przez podwykonawców. Na wniosek taki pozwała, poza treścią wspomnianej referencji, przedstawiony przez odwołującego dowód w postaci umowy konsorcjum, z której (§ 16 ust. 1) wynika, że przedmiot umowy (cały zakres robót) zostanie wykonany przy pomocy podwykonawców.

Izba stwierdziła, że zamówienie wskazane przez przystępującego nie obejmowało utrzymywania obiektów mostowych, lecz jedynie utrzymywanie czystości.

W wykonaniu wytycznych zawartych w ww. wyroku, zamawiający wezwał przystępującego w trybie art. 26 ust 3 ustawy P.z.p. do złożenia wykazu usług potwierdzających wiedzę i doświadczenie, zgodnie z wymogami stawianymi w s.i.w.z.

W odpowiedzi na wezwanie, przystępujący w dniu 27 kwietnia 2018 r. złożył uzupełnione dokumenty, a zamawiający w dniu 4 czerwca 2018 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej i ponownie wybrał jako ofertę najkorzystniejszą, ofertę przystępującego.

Przystępujący wraz z pismem z dnia 27 kwietnia 2018 roku przedłożył wykaz usług zawierający 2 zadania, tj.:

1) realizowane na rzecz GDDKIA O/Kraków, a zlecane przez ZABERD S.A.

„Kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie części nr 1 obejmującej kompleksowe utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie części nr 1 obejmującej kompleksowe utrzymanie dróg krajowych Rejonu Nowy Sącz na drogach klasy GR

2) realizowane na rzecz GDDKIA O/Zielona Góra w ramach robót podwykonawczych z firmą PHI.J AKOR Z. K. - „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział Zielona Góra ze wszystkimi elementami z podziałem na 4 części zamówienia: część nr 2 - Rejon Nowa Sól w zakresie utrzymania obiektów inżynierskich i odwodnienia na drogach klasy GP.

Zamawiający analizując dokumentację zaoferowaną przez przystępującego w zakresie usługi wskazanej pod pozycją 1, uznał, że potwierdza ona spełnienie warunku, o którym mowa w IDW 7.2.2.a i zaniechał weryfikacji usługi wskazanej w pozycji 2.

W zakresie wykazu, złożonego przez przystępującego jako pierwszy, przed wydaniem wyroku w sprawie KIO 327/18, przystępujący dla pierwszej usługi referencyjnej przedłożył - wykaz usług z pisma z dnia 6.02.2018 na kwotę 127.647.842,01 PLN i referencje GDDKiA z dnia 2.01.2018 (potwierdzające stan na dzień 30.11.2017 r.) wystawione na całą kwotę ZABERD DUBR 127.647.842,01 PLN).

Wraz z uzupełnieniem dokumentów dla pierwszej usługi referencyjnej przystępujący przedłożył wykaz usług z pisma z dnia 27 kwietnia 2018 r. na kwotę 51.059.136,80 PLN (stan na dzień 30.11.2017 r., jako 40% ze 127.647.842,01 PLN) i 64.577.028,45 PLN (stan na dzień 28.02.2018 jako 40% ze 161.442.571,12 PLN) i referencje GDDKiA z dnia 17.04.2018 (potwierdzające stan na dzień 28.02.2018 r.) oraz poświadczenie wystawione przez ZABERD na tę kwotę.

Przystępujący przedstawił ponadto poświadczenie wykonania wystawione przez ZABERD S.A., potwierdzające należyte wykonanie usługi i potwierdzenie kwoty 64.577.028,45 PLN brutto dla przystępującego (stan na dzień 28.02.2018 jako 40% z 161.442.571,12 PLN).

Dodatkowo, dla pierwszej wykazanej usługi, przystępujący przedłożył listy referencyjne REDROG S.C. i BUD-DROG Z. H., stwierdzające współpracę w ramach umowy podwykonawczej i uczestnictwo przystępującego w wykonaniu usługi wraz z wykazem faktur i numerów zleceń. Dla tej usługi przystępujący wskazał, że wartość, którą wykonywał samodzielnie wynosi 51.059.136,80 zł, (stan na dzień 30.11.2017).

Pismem z dnia 30 maja 2018 r. (O.KR.D-3.2413.24.2017.52.BK) działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p., zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących listu referencyjnego wystawionego przez ReDrog S.C. złożonego przez przystępującego w dniu 30 kwietnia 2018 r., ponieważ łączna wartość wykonanych robót jak wynika z listu referencyjnego wynosi 53.778.305,71 zł (na dzień 31 grudnia 2017 r.), natomiast kwota wynikająca z załączonego spisu faktur i numerów zleceń, wynosi 17.205.662,79 zł.

Pismem z dnia 30 maja 2018 r. (L.dz. 502/V/2018) przystępujący wyjaśnił, że kwota 17.205.662,79 zł dotyczy bezpośredniej realizacji zadań przez przystępującego, a wartość 53.778.305,71 zł dotyczy zadań wykonanych przez Konsorcjum ZABERD/DUBR.

Ze złożonych przez przystępującego referencji wystawionych przez REDROG s.c. i BUD-DROG Z. H. wynika, że kwota związana z nabytym przez przystępującego realnym doświadczeniem w świadczeniu usług utrzymaniowych wynosi 22.211.625,32 zł (w tym REDROG S.C. 17.205.662,79 zł; BUD-DROG Z. H. 5.005.962,53 zł).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do podnoszonego przez odwołującego zarzutu istnienia powagi rzeczy osądzonej w zakresie oceny, czy wskazana przez przystępującego usługa kompleksowego (letniego i zimowego) utrzymania dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie części nr 1, obejmująca kompleksowe utrzymanie dróg krajowych Rejonu Nowy Sącz, poświadcza spełnianie przez przystępującego warunku wskazanego w ppkt. 7.2.2 lit. a IDW, Izba wskazuje, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 marca 2018 roku sygn. akt KIO 327/18 stwierdziła, że ani zamawiający, ani przystępujący nie wykazali, że przystępujący posiada wymagane doświadczenie w związku z realizacją wskazanej usługi. Niemniej jednak, Izba nakazała zamawiającemu wezwanie przystępującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., do uzupełnienia wykazu usług potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 7.2.2.a IDW, a następnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Podkreślenia wymaga, iż przepisy ustawy P.z.p. nie przewidują w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą stanu powagi rzeczy osądzonej, w rozumieniu art. 366 Kodeksu postępowania cywilnego. Powaga rzeczy osądzonej, przewidziana w art. 366 K.p.c., sprowadza się do tego, że wykluczona jest możliwość ponownego rozpatrywania sprawy o to samo roszczenie między tymi samymi stronami. Powagą rzeczy osądzonej obarczone są prawomocne wyroki sądowe, czyli takie, od których nie przysługuje środek odwoławczy w normalnym toku instancji.

W rozpoznawanej sytuacji fakt uzupełnienia dokumentów przez przystępującego i konieczność ich oceny przez zamawiającego powoduje, iż pomiędzy wskazanymi podmiotami istnieje odmienna sytuacja niż ta, która została rozpoznana przez Izbę w postępowaniu o sygn. akt KIO 327/18. Zamawiający został zobowiązany do wezwania przystępującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i przystępujący złożył inne dokumenty niż te, które zostały złożone wcześniej i ocenione przez Izbę w postępowaniu KIO 327/18. Mimo że przystępujący wykazał tę samą usługę, która została wykazana wcześniej, to jednak na potwierdzenie, iż spełnia ona wymogi przedmiotowego postępowania, przedłożył inne dokumenty, które zamawiający jest obowiązany ocenić zgodnie ze wskazanym wyrokiem. Na tę czynność przysługuje wykonawcom odwołanie, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Podkreślenia wymaga, że przystępujący, wykonując zobowiązanie zawarte w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, nie był zupełnie nieograniczony co do zakresu

składanych dokumentów. W wyroku TSEU C-387/14 Esaprojekt Trybunał, na pytanie, czy art. 51 [dyrektywy 2004/18] w związku z deklarowaną w art. 2 [tej dyrektywy] zasadą równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasadą przejrzystości zezwalają na to, aby wykonawca w ramach wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów mógł wskazać realizacje (tj. wykonane dostawy) inne niż te, które wskazał w wykazie dostaw załączonym do oferty, a w szczególności czy może wskazać realizacje innego podmiotu, na korzystanie z zasobów którego nie wskazywał w ofercie, stwierdził, iż artykuł 51 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia.

Z powyższego wynika, iż przystępujący, uzupełniając dokumenty, nie mógł nie brać pod uwagę treści wskazanego wyżej wyroku Trybunału. Skoro podjął decyzję o uzupełnieniu dokumentów w zakresie już wykazanej usługi, zamawiający, zgodnie z wyrokiem Izby, miał obowiązek je ocenić pod kątem spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Zasadność podjętych przez zamawiającego decyzji podlega następnie badaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W tym miejscu Izba wskazać należy na argumentację zawartą w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, zawartą w wyroku z dnia 21 maja 2018 roku sygn. akt KIO 910/18, iż „przywołane przez niego (odwołującego) orzeczenie Izby w sprawie KIO 327/18, jak każde orzeczenie Izby, zostało wydane na podstawie tego, co strony wykazały i udowodniły w postępowaniu odwoławczym, które ma charakter kontradiktoryjny. Rozstrzygnięcie innego postępowania odwoławczego nie może zwalniać Izby z obowiązku oceny argumentacji i wywiązania się z ciężaru dowodu w aktualnym postępowaniu odwoławczym, w którym Odwołujący nie wykazał swoich twierdzeń.”

Odnosząc się do ustalonego w sprawie stanu faktycznego, stwierdzić należy, że w pierwszym złożonym przez przystępującego wykazie oraz w pozycji 1 uzupełnionego wykazu przystępujący wskazał tę samą usługę, tj. kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie części nr 1, obejmującej kompleksowe utrzymanie dróg krajowych Rejonu Nowy Sącz, realizowane na podstawie umowy nr I/62/ZZ/Z-1/2014 zawartej w dniu 18 kwietnia 2014 r. pomiędzy GDDKiA Oddział w Krakowie, a Konsorcjum ZABERD-DUBR. Uzupełnienie wykazu w odniesieniu do tego zadania polegało

na doprecyzowaniu wartości prac, za które odpowiedzialny był przystępujący, tj. 51.059.136,80 PLN (stan na dzień 30.11.2017 r. jako 40% ze 127.647.842,01 PLN) i 64.577.028,45 PLN (stan na dzień 28.02.2018 jako 40% ze 161.442.571,12 PLN). Przystępujący złożył ponadto referencje GDDKiA z dnia 17.04.2018 (potwierdzające stan na dzień 28.02.2018 r.) oraz poświadczenie wystawione przez ZABERD na tę kwotę.

Odnosząc się do kwestii rzeczywistego udziału przystępującego w wykonaniu usługi, którą wykonywał w ramach konsorcjum, jego precyzyjne określenie nie jest możliwe na podstawie zawartej umowy konsorcjum, która nie dzieliła rodzajów prac objętych zamówieniem na partnerów konsorcjum. Zakładała jedynie wspólne wykonanie umowy, w której partnerzy dzielą się w stosunku 40/60 przychodami i 50/50 kosztami. Wskazać jednak należy, że powszechnie obowiązujące przepisy, w tym zarówno przepisy ustawy P.z.p., jak i przepisy Kodeksu cywilnego, nie regulują umowy konsorcjum, mimo szerokiego zastosowania tej instytucji w praktyce. Ustawa P.z.p. w art. 23 ust. 1 stanowi jedynie, iż wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W myśl ust. 2, w przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stosownie zaś do ust. 6, 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. Przepisy nie ustanawiają żadnych innych wymogów co do treści zawartej umowy, w tym nie wymagają wskazywania zakresów prac, za które członkowie konsorcjum są odpowiedzialni. Ponadto umowa konsorcjum została zawarta w 2014 roku, czyli długo przed wydaniem wyroku TSEU w sprawie Esaprojekt. Jak wskazała Izba w wyroku KIO 327/18, przystępujący działał w zaufaniu do pewnej praktyki, ugruntowanej w zamówieniach publicznych w okresie poprzedzającym orzeczenie w sprawie Esaprojekt.

W tych okolicznościach nie sposób odmówić przystępującemu posiadania doświadczenia nabytego w ramach wskazanej umowy konsorcjum wyłącznie z powodu braku w umowie precyzyjnego określenia prac, za które poszczególni członkowie konsorcjum byli odpowiedzialni. Wydaje się zatem, że określenie zakresu prac, za które odpowiedzialny był przystępujący, może opierać się na tych zapisach umownych, które określają podział przychodów (40/60) i kosztów (50/50). Ustalenie tego zakresu na podstawie procentowego udziału w przychodach w wysokości 40%, czyli mniej korzystnie w porównaniu z wysokością kosztów (50%), nie budzi wątpliwości Izby.

Odnosząc się natomiast do wartości usługi wykonywanej faktycznie przez przystępującego, podnieść należy, że przystępujący przedłożył listy referencyjne REDROG S.C. i BUD-DROG Z. H., stwierdzające współpracę w ramach umowy podwykonawczej i uczestnictwo przystępującego w wykonaniu usługi wraz z wykazem faktur i numerów zleceń.

Dla tej usługi przystępujący wskazał, że wartość, którą wykonywał wynosi 51.059.136,80 zł, (stan na dzień 30.11.2017). Ze złożonych przez przystępującego referencji wystawionych przez REDROG s.c. i BUD-DROG Z. H. wynika, że kwota związana z nabytym przez przystępującego realnym doświadczeniem w świadczeniu usług utrzymaniowych wynosi 22.211.625,32 zł (w tym REDROG S.C. 17.205.662,79 zł; BUD-DROG Z. H. 5.005.962,53 zł).

W ocenie Izby, odwołujący nie udowodnił, że informacje zawarte w przedłożonych dokumentach nie są zgodne z prawdą. Argumentacja odwołującego ograniczyła się do wykazywania, iż do 30 listopada 2017 roku przystępujący w ogóle nie brał udziału w wykonywaniu usługi, gdyż w istocie wykonywali ją podwykonawcy, co wynika z wyroku KIO 327/18, zaś wartość usługi po tej dacie, tj. 13 517 891,65 zł, nie jest kwotą odpowiadającą wymogom s.i.w.z. w tym zakresie.

Z powyższą argumentacją nie można się zgodzić. Możliwość przedstawienia przez przystępującego nowych dokumentów na potwierdzenie posiadania stosownego doświadczenia wynikała z wyroku KIO 327/18 i przystępujący dokumenty te uzupełnił. Odwołujący nie wykazał inicjatywy dowodowej w celu wykazania, iż złożone przez przystępującego dokumenty, t.j. listy referencyjne REDROG s.c. i BUD-ROG Z. H., wykaz usług i numerów zleceń, nie zawierają prawdziwych informacji bądź z innych względów nie potwierdzają faktu posiadania przez przystępującego wymaganego doświadczenia. Odwoływanie się wyłącznie do doświadczenia życiowego, logiki prowadzenia działalności gospodarczej oraz współpracy między przedsiębiorcami należy uznać za niewystarczające dla stwierdzenia, że zarzut został uzasadniony.

W zakresie rozpoznania zarzutu dotyczącego niewykonywania przez przystępującego w ramach wykazywanej usługi prac związanych z utrzymaniem obiektów mostowych, Izba przeprowadziła dowód z zarządzenia nr 59 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z 18 grudnia 2013 r. w sprawie katalogu robót i usług finansowanych ze środków na utrzymanie sieci dróg, dla których zarządcą jest Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad. Z załącznika do zarządzenia część II „Drogowe obiekty inżynierskie” pkt 1 wynika, że utrzymanie sieci dróg obejmuje również utrzymywanie czystości drogowych obiektów inżynierskich, w tym:

- a) mycie, czyszczenie całego obiektu inżynierskiego (obektu mostowego, obudowy tunelu/przejścia podziemnego, konstrukcji oporowej), poszczególnych elementów konstrukcji, poszczególnych elementów wyposażenia obiektu inżynierskiego,
- b) utrzymanie drożności elementów odwodnienia obiektu inżynierskiego,
- c) utrzymanie czystości powierzchni podmostowej oraz stożków i skarp, koszenie traw i wycinka krzewów i samosiejek,
- d) usuwanie z koryta rzeki/cieku zalegających pni, gałęzi i kamieni itp. mogących powodować spiętrzenie wody pod obiektem mostowym/w przepuście,

- e) odmulenie przepustów o średnicy nie mniejszej niż 150 cm;

Odwołujący na rozprawie podnosił, iż przedmiotowe zarządzenie nie miało zastosowania do wykazywanej przez przystępującego usługi, ponieważ jest ono z grudnia 2013 roku, natomiast postępowanie dotyczące tej usługi zostało wszczęte w listopadzie 2013 roku. Wskazywał na uwagę znajdującą się na końcu załącznika do zarządzenia, zgodnie z którą roboty w poniższym zakresie:

- a) Część II, pkt 1, lit. c, (grupa nr 1) koszenie traw i wycinka krzewów i samosiejek z nasypów i stożków,

- b) mycie, czyszczenie, konserwacja, naprawy elementów wyposażenia takiego jak: nawierzchnia jezdni, oznakowanie pionowe i poziome, urządzenia brd, powinny być ujęte (po wygaśnięciu dotychczasowych umów) w ramach odpowiednich grup „katalogu robót utrzymaniowych część I drogi” i realizowane w ramach umów na bieżące utrzymanie dróg.

W ocenie Izby powyższy argument nie przesądza o tym, że usługi utrzymania czystości zostały wyłączone usług utrzymania obiektów mostowych w usłudze wykazanej przez przystępującego. Podkreślić należy, iż umowa, na mocy której wykonywana była ta usługa, została zawarta w dniu 18 kwietnia 2014 roku, zatem już po dniu wejścia w życie wskazanego zarządzenia. Odwołujący nie wykazał, że zarządzenie to nie miało zastosowania do tej umowy. Odwołujący podnosił, że w poprzednim (t.j. poprzedzającym zarządzenie nr 59) zarządzeniu był taki sam zapis, nie wniósł jednak o przeprowadzenie dowodu z treści tego zarządzenia. Ponadto, w ocenie Izby, zalecenie ujęcia prac wskazanych w uwadze zawartej w załączniku do zarządzenia nr 59 w katalogu robót utrzymaniowych części I drogi i realizowania w ramach umów na bieżące utrzymanie dróg nie zmienia charakteru tych czynności jako elementów utrzymania obiektów inżynierskich (w tym obiektów mostowych), co wprost wynika z treści załącznika.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....