

Sygn. akt: KIO 354/22

WYROK

z dnia 11 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Piotr Kozłowski

Renata Tubisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 marca 2022 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 lutego 2022 r.** przez wykonawców: **Konsorcjum Firm: 1) Cat Traffic Sp. z o.o. (Lider); 2) Inqubator Sp. z o.o., ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera: ul. Botaniczna 20, 60-586 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 (00-874 Warszawa), a prowadzącym postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Szczecinie, Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 118 ust. 1 – 4 Prawa zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna ze Specyfikacją Warunków Zamówienia w zakresie pkt. 11.2, 11.3 oraz 11.5 w zw. z pkt 8.2.4 Instrukcji dla Wykonawców, pomimo iż zobowiązanie podmiotu udostępniającego potencjał stanowi czynność pozorną, albowiem: miało nastąpić poprzez przekazanie referencji, okres udostępnienia na czas realizacji postępowania przetargowego i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 31 stycznia 2022 r., jak i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach których nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty **MARK ELECTRONICS K.(1), K.(2) SPÓŁKA**

JAWNA, ul. Spacerowa 34, 32 – 064 Niegoszowice, z uwagi na potwierdzenie się wskazanego wyżej zarzutu.

W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 (00-874 Warszawa), a prowadzącym postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Szczecinie, Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Cat Traffic Sp. z o.o. (Lider); 2) Inqubator Sp. z o.o., ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera: ul. Botaniczna 20, 60-586 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Skarbu Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 (00-874 Warszawa), a prowadzącym postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Szczecinie, Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin** na rzecz **Konsorcjum Firm: 1) Cat Traffic Sp. z o.o. (Lider); 2) Inqubator Sp. z o.o., ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera: ul. Botaniczna 20, 60-586 Poznań** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu i wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „*Dostosowanie i utrzymanie preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruchu, wraz z jego kalibracją i testem sprawdzającym zgodnie z załącznikiem nr. 2 „Procedura sprawdzania stanowisk do ważenia pojazdów w ruchu (WIM)”, w ciągu dróg krajowych nr S-3 i 10*”, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02.06.2021 r. pod nr 2021/S 105-276716 przez Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 (00-874 Warszawa), a prowadzącym postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Szczecinie, Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin zwany dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwana dalej: „*NPzp*” albo „*Pzp*” albo „*PZP*” albo „*ustawy Pzp*” albo „*p.z.p*”.

W dniu 31.01.2022 r. (za pośrednictwem <https://gddkia.eb2b.com.pl/>) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej MARK ELECTRONICS K.(1), K.(2) SPÓŁKA JAWNA, ul. Spacerowa 34, 32 – 064 Niegoszowice zwana dalej: „MARK ELECTRONICS K.(1), K.(2) SPÓŁKA JAWNA”. Drugą pozycję w rankingu zajęło Konsorcjum Firm: 1) Cat Traffic Sp. z o.o. (Lider); 2) Inqubator Sp. z o.o., ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera: ul. Botaniczna 20, 60-586 Poznań zwane dalej: „Konsorcjum Cat Traffic” albo „Odwołującym”.

Dnia 10.02.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 31.01.2022 r. złożyli wykonawcy: Konsorcjum Cat Traffic. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Wskazał, że:

1. wnosi odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego, zarzucając im naruszenie:

(a) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) PZP w zw. z § 9 ust. 1 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę który:

i. nie uzupełnił wykazu usług w terminie przewidzianym w wezwaniu z 17.12.2021 r. w trybie art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 122 PZP, celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, poprzestając jedynie na poinformowaniu Zamawiającego o zastąpieniu NEUROSOF Sp. z o.o. podmiotem DUORS Sp. z o.o.,

ii. posłużył się oświadczeniem własnym DUORS Sp. z o.o. pomimo niewykazania przyczyn niezależnych od niego z powodu których nie był w stanie uzyskać referencji bądź innych dokumentów, celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

a ewentualnie w przypadku oddalenia zarzutu 1. (a):

(b) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych przez Zamawiającego zdolności (doświadczenia) pomimo iż:

i. zamawiający wystosował wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 122 PZP wykonując wyrok KIO w sprawie 2977/21,

ii. referencje sporządzone przez GDDKiA Oddział w Białymstoku:

- dotyczą umowy, której stroną było konsorcjum: DUORS Sp. z o.o. oraz SAFE CO Ltd. Sp. z o.o.,

- umowa jako osobę odpowiedzialną za wykonanie przedmiotu zamówienia wskazuje p. M. S., wspólnika i Prezesa Zarządu SAFE CO Ltd. Sp. z o.o., a w pozostałym zakresie nie umożliwia podziału zadań pomiędzy członkami tegoż konsorcjum ani przypisania zdobywanego doświadczenia do danego podmiotu,

- przedmiot umowy został podzielony na III części, z których jedna o charakterze świadczenia jednorazowego o wartości 793.454,70 zł została wykonana najpóźniej 06.10.2016 r., czyli dawniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert (05.07.2021 r.),

- wartość zadań, które były wykonywane nie dawniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert lub dotyczyły świadczeń o charakterze ciągłym nie przekracza 327.154,90 zł brutto, podczas gdy próg wyznaczony przez Zamawiającego wynosi 500.000 zł brutto,

iii. oświadczenie własne DUORS Sp. z o.o. dotyczące zamówienia wykonywanego na rzecz GDDKiA Oddział w Warszawie:

- dotyczy umowy, której stroną było konsorcjum: DUORS Sp. z o.o. oraz SAFE CO Ltd. Sp. z o.o. i nie umożliwia podziału zadań pomiędzy członkami tegoż konsorcjum ani przypisania im zdobywanego doświadczenia,

a ewentualnie w przypadku oddalenia zarzutu 1. (b):

(c) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z art. 118 ust. 1 – 4 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna ze Specyfikacją Warunków Zamówienia w zakresie pkt. 11.2 IDW, 11.3 IDW oraz 11.5 IDW w zw. z pkt 8.2.4 IDW, pomimo iż zobowiązanie podmiotu udostępniającego potencjał stanowi czynność pozorną, albowiem:

- i. miało nastąpić poprzez przekazanie referencji, okres udostępnienia na czas realizacji postępowania przetargowego,
 - ii. obejmuje zdecydowanie węższy zakres, niż doświadczenie wymagane przez Zamawiającego do realizacji tegoż zamówienia – dotyczy dostosowania i utrzymania systemów preselekcji, a pomija kalibracje i testy sprawdzające;
2. stawiając powyższe zarzuty, wnosił o merytoryczne rozpatrzenie niniejszego odwołania oraz uwzględnienie go w całości, jak również nakazanie Zamawiającemu:
- (a) unieważnienia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu w zakresie oferty złożonej przez wykonawcę MARK ELECTRONICS K.(1), K.(2) Sp. j. (dalej jako MARK ELECTRONICS),
 - (b) odrzucenie oferty MARK ELECTRONICS,
 - (c) ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów na okoliczności wskazane w treści odwołania;
4. wnosił o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności

W ramach postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający w dniu 27.09.2021 r. dokonał wyboru oferty MARK ELECTRONICS. Na skutek złożonego przez Konsorcjum odwołania KIO wyrokiem z 03.11.2021 r., sygn. akt: KIO 2977/21):

- (i) umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie wycofanych zarzutów,
- (ii) uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego części doświadczenia MARK ELEKTRONICS i nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz *wezwanie, na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 ustawy Pzp wykonawcy Mark Electronics spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki jawnej z siedzibą w Niegoszewicach do uzupełnienia wykazu usług, w tym zastąpienia w terminie określonym przez Zamawiającego podmiotu trzeciego Neurosoft spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu innym podmiotem albo wykazania, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert,*
- (iii) oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie, w tym m.in. w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP poprzez

zaniechania wykluczenia MARK ELEKTRONICS i odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę. Konsorcjum zaskarżyło wyrok KIO 2977/21 w zakresie w jakim:

(iv) nakazuje Zamawiającemu wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 p.z.p. wykonawcy MARK ELEKTRONICS do uzupełniania wykazu usług, w tym zastąpienia podmiotu udostępniającego potencjał innym podmiotem albo wykazania samodzielnego spełniania warunku udziału w postępowaniu,

(v) oddala odwołanie Konsorcjum w przedmiocie zarzutów naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 p.z.p. w zw. z 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) p.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd – w rezultacie zaniechanie odrzucenia oferty, a ewentualnie w przedmiocie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który nie spełniał warunku udziału w postępowaniu. Sprawa toczy się przed SO w W-wie pod sygnaturą akt XXIII Zs 4/22. Zamawiający wykonując wyrok KIO o sygn. akt: 2977/21 w dniu 03.12.2021 r. dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej MARK ELEKTRONICS.

Wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 PZP.

Następnie w dniu 17.12.2021 r. Zamawiający wezwał MARK ELEKTRONICS na podstawie art. 128 ust. 1 PZP w zw. art. 122 PZP do uzupełnienia wykazu usług (wraz z dowodami określającymi czy te usługi zostały wykonane należycie), w tym zastąpienia podmiotu trzeciego NEUROSOFT innym podmiotem albo wykazania, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Zamawiający przywołał postanowienia 8.2.4. SWZ (dotyczące warunku doświadczenia) oraz 10.8 SZW (potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu). Odnośnie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający precyzyjnie wskazał na konieczność załączenia dowodów, określających należyte wykonanie usług, przy czym dowodami o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. Tym samym pismem Zamawiający przywołał postanowienie art. 122 PZP oraz wskazał, że w przypadku zastąpienia NEUROSOFT innym podmiotem na zasadach wynikających z art. 118 PZP, wykonawca winien przedstawić JEDZ (zgodnie z pkt 11.9 SWZ), zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby (zgodnie z pkt. 11.3 i 11.4 SWZ) oraz podmiotowe środki dowodowe (zgodnie z pkt. 11.10 SWZ). W dniu 22.12.2021 r. MARK ELEKTRONICS zwrócił się z prośbą o przedłużenie terminu złożenia wymaganych dokumentów *w związku z okresem świątecznym i urlopami osób które dokumenty muszą podpisać. Przede wszystkim chodzi o referencje*. Z treści pisma nie sposób wnioskować, czy wykonawca

zamierzał wówczas zastąpić NEUROSOFT innym podmiotem, czy też wykazać, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Zamawiający nie wyraził zgody na przedłużenie określonego terminu. Wykonawca w swoim piśmie z 28.12.2021 r. wskazał, jak następuje: „W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 17.12.2021 roku, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. KIO 2977/21 firma Mark Electronics spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna uzupełnia wykaz usług (wraz z dowodami określającymi czy te usługi zostały wykonane należycie), w tym zastępuje podmiot Neurosoft spółka z ograniczoną odpowiedzialnością podmiotem Duors spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Aby spełnić wymagania przesyłamy oświadczenie firmy Duors Sp. z o.o. o wykonaniu zadania dla GDDKiA Oddział w Warszawie co umożliwi Zamawiającemu ich potwierdzenie. Poświadczenie z GDDKiA O/Warszawa nie zostało podpisane ze względu na okres świąteczny w wymaganym terminie.”. Wśród załączników do tego pisma znalazły się (i) dwa zaświadczenia o nie figurowaniu w kartotece karnej, (ii) zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek, (iii) zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach, (iv) zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, (v) jednolity europejski dokument zamówienia, (vi) poświadczenie GDDKiA Oddział w Białymstoku z 23.12.2021 r., oraz (vii) oświadczenie DUORS Sp. z o.o. z 28.12.2021 r. o treści:

(...) byliśmy wykonawcą umowy nr 16/2017, gdzie Zamawiającym była Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad O/Warszawa, której przedmiotem było „Utrzymanie i dostosowanie systemów preselekcji wagowej dla miejsc ważenia pojazdów w m. Widów, Kałuszyn, Stare Groszki, Adamowice”.

- 1. Wartość w/w umowy wynosiła 1.747.197,44 zł (brutto).*
- 2. Termin realizacji umowy określony został w jej § 2 na 48 miesięcy od dnia jej podpisania.*
- 3. Umowa została zawarta 6 marca 2017 r.*

Wszystkie zadania określone w przedmiocie zamówienia umowy zostały przez naszą firmę wykonane zgodnie z jej postanowieniami, w terminie określonym umową oraz zgodnie ze sztuką budowlaną. (pisownia oryginalna)

Wykonawca w ogóle nie załączył ani nie uzupełnił wykazu usług, którego oczekiwał Zamawiający zgodnie z wezwaniem z 17.12.2021 r, pkt 10.8 a) SWZ oraz pkt. 3 wyroku KIO 2977/21. Wykaz usług to dokument, którego rolą jest potwierdzenie zakresu wykonanych usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których zostały wykonane celem wykazania posiadanego przez wykonawcę doświadczenia. Z kolei rolą referencji, oświadczenia własnego, czy innych dowodów jest poświadczenie

należytego wykonania zamówienia ujętego w ramach wykazu usług. W tych okolicznościach Zamawiający powinien odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP.

Oświadczenie własne podmiotu udostępniającego potencjał

W zakresie dotyczącym zaniechania złożenia referencji i zastąpienia ich oświadczeniem własnym DUORS Sp. z o.o. Wykonawca poprzestał na lapidarnym odwołaniu do braku podpisu z uwagi na okres świąteczny. Tymczasem jeszcze przed wyrokiem KIO 2977/21 wykonawca MARK ELEKOTRNICS w piśmie z 20.09.2021 r. przedstawił proces koncepcyjny, jaki wówczas legł u podstaw zastąpienia wymaganych referencji bądź innych dokumentów oświadczeniem własnym¹². Treść tego pisma wyraźnie wskazuje na znane wykonawcy możliwości wykazania posiadania wymaganego doświadczenia, takie jak (i) kopie zawartych umów, (ii) protokoły odbiorów, czy (iii) wystawione (i zapłacone) faktury. Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oświadczenie wykonawcy może być złożone jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać referencji bądź innych dokumentów. Obowiązek wykazania istnienia tych przyczyn spoczywa na wykonawcy wraz ze złożeniem danego oświadczenia. Zamawiający skierował swoje wezwanie w dniu 17.12.2021 r. Wyznaczony termin obejmował 6 dni roboczych, bez sobót i niedziel (Święta Bożego Narodzenia przypadają w 2021 r. na sobotę i niedzielę) oraz Wigilii Świąt Bożego Narodzenia (piątek, 24.12.2021 r.). W tych okolicznościach poprzestanie na wskazaniu okresu świątecznego, jako przyczyny uniemożliwiającej wykazanie wymaganego doświadczenia innym dokumentem niż oświadczenie własne jest dalece niewystarczające. Posłużenie się przez Wykonawcę oświadczeniem własnym podmiotu udostępniającego potencjał nie zasługuje na usprawiedliwienie okresem świątecznym. O ile okres świąteczny, jest rzeczywiście zdarzeniem niezależnym od wykonawcy, to w realiach niniejszej sprawy ów okres świąteczny przypadał na sobotę i niedzielę, czyli dni które tak czy inaczej były dniami wolnymi. Dodatkowo referencje nie są jedynym dokumentem pochodzącym od podmiotu, na rzecz którego podmiot udostępniający potencjał miał wykonywać zamówienie. Umowa nr 16/2017 przewidywała m.in. dokonywanie protokolarnych odbiorów (z udziałem stron), a także rozliczenia kwartalne. Wobec tego umowa (podpisywana w 2017 r.), protokoły odbiorów (podpisywane kwartalnie od 2017 r.), potwierdzenia przelewów za wystawione zgodnie z umową faktury (rozliczane kwartalnie od 2017 r.) stanowiły dokumenty pochodzące od podmiotu, na rzecz którego usługi zostały wykonane (GDDKiA w Warszawie). Jednocześnie powinny pozostawać w posiadaniu DUORS Sp. z o.o. choćby w związku z realizacją obowiązku archiwizacji dowodów księgowych, wynikającego z art. 74

ust. 2 ustawy o rachunkowości (Dz.U.2021.217 t.j. z 1.02.2021 r.). Obowiązkiem Wykonawcy było ich złożenie wraz z pismem z 28.12.2021 r. (i uzupełnionym wykazem usług) lub wykazanie przyczyn od niego niezależnych, z powodu których nie jest w stanie ich uzyskać. W tych okolicznościach Zamawiający powinien odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP.

Zobowiązanie podmiotu udostępniającego potencjał

Zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia zostało złożone z zastosowaniem formularza 3.2 stanowiącego załącznik do SWZ i przyjęło następującą treść:

(...) ZOBOWIĄZUJĘ SIĘ do oddania ww. zasobów na potrzeby realizacji zamówienia:

DOŚWIADCZENIE (...) do dyspozycji Wykonawcy: MARK ELEKTRONICS SP Z O.O. SP. J.

(...)

OŚWIADCZAM, iż

a) Udostępniam Wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie:

DOŚWIADCZENIA M.IN. UTRZYMANIE STANOWISK DO PRESELEKCYJNEGO WAŻENIA POJAZDÓW DLA GDDKIA ODDZIAŁ WARSZAWA W RAMACH UMOWY NA „Utrzymanie i dostosowanie systemów preselekcji wagowej dla miejsc ważenia pojazdów w m. Widów, Kałuszyn, Stare Groszki, Adamowice” ORAZ GDDKIA BIAŁYSTOK „Utrzymanie i dostosowanie preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruch, wraz z jego kalibracją i testem sprawdzającym w ciągu dróg krajowych nr 19, 61”

b) sposób i okres udostępnienia oraz wykorzystania ww. zasobów będzie następujący:

PRZEKAZANIE REFERENCJI, OKRES UDOSTĘPNIENIA NA CZAS REALIZACJI POSTĘPOWANIA PRZETARGOWEGO

c) zrealizuję usługi, których ww. zasoby (zdolności) dotyczą, w zakresie:

DOSTOSOWANIA I UTRZYMANIA SYSTEMÓW PRESELEKCJI WAGOWEJ

Pkt c) powyżej odnosi się – zgodnie ze wskazaniem zamieszczonym w treści formularza 3.2 (załącznik do SWZ) – do warunków udziału w postępowaniu dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby złożone wraz z pismem z 28.12.2021 r. nie zapewnia zrealizowania zamówienia przez DUORS Sp. z o.o. zgodnie z art. 118 ust. 1 – ust. 4 PZP oraz pkt. 11.2 – 11.4 IDW. W niniejszej sprawie bezsporne jest, że Wykonawca samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2.4 IDW. Ów podmiot trzeci zobowiązał się do oddania na potrzeby realizacji zamówienia doświadczenia w ramach utrzymania systemów preselekcyjnych jedynie poprzez przekazanie referencji na czas postępowania przetargowego. Zestawiając treść powyższego zobowiązania, którego celem jest przecież udowodnienie Zamawiającemu, że wykonawca realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami na potrzeby

realizacji zamówienia, oraz wymogu że podmiot, który te zasoby udostępni będzie wykonywał zamówienie w zakresie, do realizacji którego te zasoby są wymagane (pkt 8.2.4 IDW) nie można stwierdzić, że treść zobowiązania potwierdza jakoby DUORS Sp. z o.o. miała realizować te usługi w zakresie odpowiadającym warunkowi udziału w postępowaniu. Zobowiązanie tego podmiotu obejmuje zdecydowanie węższy zakres, niż doświadczenie wymagane przez Zamawiającego do realizacji tego zamówienia (wyrok KIO z 07.11.2019 r., KIO 2153/19). Powyższe okoliczności wskazują na złożenie oferty, która w swej treści jest niezgodna z treścią art. 118 ust. 1 – ust. 4 PZP oraz ze SWZ w zakresie pkt. 11.2 IDW, 11.3 IDW oraz 11.5 IDW w zw. z pkt 8.2.4 IDW.

Pismem z 17.01.2021 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnień dotyczących treści zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Wątpliwości Zamawiającego koncentrowały się na sposobie i okresie udostępniania oraz wykorzystania zasobów, który zgodnie z literalnym brzmieniem ma sprowadzać się do „przekazania” referencji na czas realizacji postępowania przetargowego. Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego Wykonawca – jako MARK ELEKTRONICS K.(1), K.(2) Spółka Jawna – pismem datowanym na dzień 21.01.2022 r. – wyjaśniał, jakoby podmiot trzeci:

(i) zobowiązał się do udostępnienia doświadczenia *do pełnej realizacji przedmiotu zamówienia, czyli całego okresu realizacji przedmiotowego zamówienia;*

(ii) miał brać *czynny i realny udział w realizacji całego zamówienia jako podwykonawca w zakresie wskazanym w pkt. a Formularza 3.2 prac, czyli wskazanych:*

- utrzymania (konserwacji i bieżącego utrzymania) i dostosowania systemu preselekcji ważenia pojazdów w ruchu, - kalibracji i testów sprawdzających.

Dalej Wykonawca argumentował, że sformułowanie – *PRZEKAZANIE REFERENCJI, OKRES UDOSTĘPNIENIA NA CZAS REALIZACJI POSTĘPOWANIA PRZETARGOWEGO* – w istocie miało dotyczyć oświadczenia, że wskazany tam podmiot trzeci udostępni wykonawcy swoje doświadczenie (potwierdzone referencjami) na podstawie umowy podwykonawczej w sposób czynny, realizując prace wskazane w pkt a) Formularza 3.2. Dalej twierdził, że zwrot *NA CZAS REALIZACJI POSTĘPOWANIA PRZETARGOWEGO* dotyczy w istocie całego okresu realizacji od złożenia oferty, poprzez oświadczenie o udostępnieniu zasobów, weryfikację, podpisanie umowy, jej realizację, aż po okres gwarancyjny. Potwierdzenie takiego wyłożenia oświadczenia podmiotu trzeciego ma stanowić preambuła w formularzy 3.2 o treści *PRZY WYKONYWANIU ZAMÓWIENIA POD NAZWĄ (...)*. Taka wykładania oświadczenia woli podmiotu udostępniającego potencjał nie jest możliwa do pogodzenia z zasadami logiki oraz doświadczenia życiowego. Preambuła formularza 3.2 nie odnosi się – jak chciałby tego wykonawca – do całego zamówienia. Ta

część formularza jest zresztą opracowana przez samego Zamawiającego a jej celem jest zidentyfikowanie przedmiotu zamówienia, w ramach którego składane jest dane oświadczenie, a nie określenie zakresu zaangażowania podmiotu udostępniającego potencjał. Wykonawca precyzyjnie wskazał, że przekazanie doświadczenia sprowadza w istocie wyłącznie do przekazania referencji i to tylko na czas realizacji postępowania przetargowego. Choć ustawa PZP nie posługuje się pojęciem „postępowanie przetargowe”, to nie następuje trudności ustalenie, że powszechne rozumienie postępowania przetargowego jest utożsamiane z postępowaniem o udzielenie zamówienia. To z kolei nie obejmuje swoim zakresem wykonywania umowy. Nadto, Zamawiający kreując warunek doświadczenia przywołał dokładność pomiarową B(+7) zgodnie ze specyfikacją COST 323 potwierdzaną wyłącznie testami sprawdzającymi i osiąganą poprzez odpowiednie kalibracje. W pozycji 3.2 c formularza odwołującej się do warunku doświadczenia podmiot udostępniający wskazuje wyłącznie na dostosowanie (poza warunkiem doświadczenia) oraz utrzymanie (w ramach warunku doświadczenia). W aktach postępowania znajduje się kolejne zobowiązanie DUORS Sp. z o.o. – tym razem sporządzone w dniu 24.01.2022 r., a zatem 3 dni po piśmie z wyjaśnieniami Wykonawcy – do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Porównanie obu zobowiązań przedstawia się następująco:

Data złożenia:	28 grudzień 2021 r.	24 styczeń 2022 r.
Podstawa złożenia:	brak, w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 4 PZP	art. 128 ust. 1 PZP w zw. art. 122 PZP
Udostępniający:	DUORS Sp. z o.o.	DUORS Sp. z o.o.
Adresat oświadczenia:	MARK ELEKTRONICS SP. Z O.O. SP. J.	MARK ELEKTRONICS SP. Z O.O. SP. J.
Zobowiązanie do oddania zasobów:	doświadczenie	wiedza, doświadczenie i inne zasoby konieczne do pełnej realizacji przedmiotu zamówienia

3.2 a) zakres:	doświadczenia m.in. utrzymanie stanowisk do preselekcyjnego ważenia pojazdów dla GDDKiA O/Warszawa (...) oraz GDDKiA O/BIAŁYSTOK (...)	utrzymanie (konserwacja i bieżącego utrzymania) i dostosowania systemu preselekcji ważenia pojazdów w ruchu, kalibracja, testy sprawdzające
----------------	--	---

3.2 b) sposób i okres:	przekazanie referencji, okres udostępnienia na czas realizacji postępowania przetargowego	podwykonawstwo w udostępnionym zakresie wiedzy i doświadczenia
3.2 c) realizacja usług w zakresie:	dostosowania i utrzymania systemów preselekcji wagowej	dostosowania, konserwacji i bieżącego utrzymania systemu preselekcji ważenia pojazdów w ruchu, kalibracji, testów sprawdzających

Ich poglądowe porównanie nie pozwala na wykazanie przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jakie zostały przewidziane przez Zamawiającego. Starania podjęte przez Wykonawcę zmierzały nie tyle do wyjaśnienia zobowiązania DUORS Sp. z o.o. złożonego wraz z pismem z 28.12.2021 r., co do przedstawienia całkowicie nowego oświadczenia podmiotu udostępniającego potencjał. Zobowiązanie z dnia 28 grudnia 2021 r. nie pozwala na wyprowadzenie wniosków, jakich oczekuje w popołnionych wyjaśnieniach wykonawca. Zakres (3.2 a) udostępnianego doświadczenia nie obejmował kalibracji i testów sprawdzających. Sposób i okres udostępniania (3.2 b) miał obejmować tylko czas realizacji postępowania przetargowego, czyli w rzeczywistości do podpisania umowy pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą. Wreszcie podmiot udostępniający zasoby nie zobowiązał się do realizacji kalibracji i testów sprawdzających (3.2 c) – świadczeń kluczowych dla weryfikacji poprawności działania stacji preselekcyjnych i posiadanego doświadczenia (pkt 8.2.4 ppkt 3.3 SWZ / IDW). Zamawiający może w toku badania i oceny ofert żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących nie tylko treści złożonych ofert, lecz także przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Należy podkreślić, że wyjaśnić można tylko treść „dokumentu”, który faktycznie istnieje, czyli został złożony. Uprawnienie Zamawiającego do żądania od wykonawcy wyjaśnień nie może prowadzić do uzupełnienia nieskutecznej realizacji wezwania do uzupełnienia. Przeciwnie zapatrywanie prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także zasady przejrzystości. Nawet gdyby dokonać oceny zobowiązania DUORS Sp. z o.o. z 24.01.2022 r., to nie może umknąć uwadze, że zostało złożone wobec MARK ELEKTRONICS SP. Z O.O. SP. J. Taki podmiot nie istniał w obrocie prawnym od dnia 18.01.2022 r. Oświadczenie DUORS Sp. z o.o. nie zawiera innych danych identyfikujących adresata. Dodatkowo MARK ELEKTRONICS SP. Z O.O. (KRS 0000662208) przestał być współnikiem Wykonawcy od dnia 18.01.2022 r. Pismem z 31.01.2022 r. Wykonawca wyraził zgodę na wybór jego oferty, pomimo upływu terminu związania nią, a jednocześnie wskazał, że z 18.01.2022 r. nastąpiła zmiana nazwy Spółki na MARK ELEKTRONICS K.(1), K.(2) SPÓŁKA JAWNA (KRS 0000897469), która jest

irrelevantna dla jej statusu prawnego. W tym samym w rejestrze sądowym został ujawniony deklaratoryjny wpis o utracie przez MARK ELEKTRONICS SP. Z O.O. (KRS 0000662208) statusu wspólnika, a zatem podmiotu uprawnionego do reprezentacji (składania i odbierania oświadczeń woli) MARK ELEKTRONICS SP. Z O.O. SP. J. (KRS 0000897469). W ocenie Konsorcjum postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego wymaga zachowania od jego uczestników – oferentów – należytej staranności określanej przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności, jak i wydatkowania środków publicznych. Zobowiązanie jest rodzajem stosunku cywilnoprawnego, który powstaje w następstwie ziszczenia się określonych zdarzeń – czynności prawnych. Chodzi tu przede wszystkim o umowy, a tylko w ograniczonym zakresie o jednostronne czynności prawne, ze względu na zasadę zamkniętego katalogu jednostronnych czynności kreujących zobowiązanie. Oświadczenie DUORS Sp. z o.o. z 24.01.2022 r. – element czynności prawnej – jako adresata ujawnia MARK ELEKTRONICS SP. Z O.O. SP. J. W członie nazwy podmiotu, któremu DUORS Sp. z o.o. w dniu 24.01.2022 r. zobowiązał się udostępnić posiadane przez siebie zasoby występował podmiot MARK ELEKTRONICS SP. Z O.O. (KRS 0000662208), który w zamyśle DUORS Sp. z o.o. miał być wspólnikiem MARK ELEKTRONICS SP. Z O.O. SP. J. MARK ELEKTRONICS K.(1), K.(2) SPÓŁKA JAWNA nie dysponuje odpowiednim potencjałem, ani ujęciu formalnym, a co dopiero faktycznym.

Wymagane doświadczenie

Zgodnie ze SWZ wykonawca musi posiadać wiedzę i doświadczenie polegające na wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert – ten upłynął 05.07.2021 r. o godz. 10:50, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie:

- (a) 2 zadań polegających na utrzymaniu preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruchu na kwotę minimum 500.000,00 zł brutto każde (pkt 8.2.4 ppkt 1.1 SWZ / IDW) **lub**
- (b) 2 zadań polegających na wybudowaniu i utrzymaniu preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruchu na kwotę minimum 500.000,00 zł brutto każde (pkt 8.2.4 ppkt 2.2 SWZ / IDW) **lub**
- (c) 1 zadania polegającego na utrzymaniu preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruchu na kwotę minimum 500.000,00 zł oraz 1 zadania polegającego na wybudowaniu i utrzymaniu preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruchu na kwotę minimum 500.000,00 zł brutto każde (pkt 8.2.4 ppkt 3.3 SWZ / IDW).

Jako zadanie wykonane Zamawiający rozumie:

(...) wykonanie preselekcyjnego ważenia pojazdów w ruchu działających z dokładnością pomiarową B+(7) zgodnie ze specyfikacją COST 323: „Weight in Motion of Road Vehicles” Final Report Appendix 1 – European WIM Specification Version 3.0 [„Ważenie Pojazdów

w Ruchu” Raport Końcowy, Załącznik nr 1 – Europejska Specyfikacja WIM (Ważenie Pojazdów w Ruchu)] z sierpnia 1999 r. oraz doprowadzenie co najmniej do wystawienia Protokołu odbioru lub równoważnego dokumentu w przypadku zamówień, w których nie wystawiono powyższego dokumentu.

W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu Wykonawca zgodnie z pkt 10.8 SWZ powinien złożyć wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat, 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. Okres 3 lat liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert. Skoro ten upłynął 05.07.2021 r., to wykaz Wykonawcy powinien obejmować usługi wykonane w okresie nie dawniej niż 05.07.2018 r. Wykonawca zaniechał uzupełnienia wykazu usług w ogóle, a w to miejsce przedłożył

(i) poświadczenie GDDKiA Oddział w Białymstoku z 23.12.2021 r., oraz (ii) oświadczenie DUORS Sp. z o.o. z 28.12.2021 r. mające dotyczyć umowy zawartej z GDDKiA Oddział w Warszawie nr 16/2017 pn. „Utrzymanie i dostosowanie systemów preselekcji wagowej dla miejsc ważenia pojazdów w m. Widów, Kałuszyn, Stare Groszki, Adamowice”.

GDDKiA Oddział w Białymstoku

Poświadczenie GDDKiA Oddział w Białymstoku przywołuje zamówienie realizowane w okresie od 09.08.2016 r. do 08.08.2020 r. na podstawie umowy nr 2413.12.2016 z 09.08.2016 r. Dalej podaje dwie wartości (i) 1.328.043,30 zł, jako całkowita wartość umowy oraz (ii) 1.090.609,62 zł, jako wartość zrealizowanej umowy – zgodnie ze sztuką, uzgodnionymi warunkami oraz w uzgodnionych terminach. Odwołujący uzyskał od GDDKiA Oddział w Białymstoku – w trybie dostępu do informacji publicznej – umowę nr 2413.12.2016 z 09.08.2016 r., złożoną ofertę, protokoły odbioru oraz faktury. Popołniona analiza prowadzi do następujących wniosków:

(a) wykonawcą umowy nr 2413.12.2016 było konsorcjum, w skład którego wchodziły:

i. DUORS Sp. z o.o. (KRS 0000455995), ii. SAFE CO Ltd. Sp. z o.o. (KRS 0000091191);

(b) umowa nr 2413.12.2016 obejmowała trzy części:

i. część I – konserwacja, rozliczana ryczałtowo za kwartał,

ii. część II – dostosowanie, rozliczane jednorazowo wynagrodzeniem ryczałtowych po dostosowaniu istniejących systemów,

iii. część III – naprawa z wymianą części zakupionych przez wykonawcę i inne roboty rozliczane za faktycznie wykonanie danego zakresu przy zastosowaniu stawek jednostkowych;

(c) osobą odpowiedzialną za realizację przedmiotu umowy ze strony wykonawcy (konsorcjum) był p. M. S. – wspólnik i Prezes Zarządu SAFE CO Ltd. Sp. z o.o.,

(d) łączna wartość części I (konserwacje, rozliczane ryczałtowo za kwartał) wyniosła 250.329,60 zł brutto:

i. 83443,20 zł brutto dla lokalizacji Siemiatyczne (16 szt. * 4.240 zł * 1,23),

ii. 83443,20 zł brutto dla lokalizacji Zabiele (16 szt. * 4.240 zł * 1,23),

iii. 83443,20 zł brutto dla lokalizacji Świdry (16 szt. * 4.240 zł * 1,23),

(e) łączna wartość części II (dostosowanie, rozliczane jednorazowo po wykonaniu prac) wyniosła 793.454,70 zł brutto:

i. 254.482,90 zł brutto dla lokalizacji Siemiatyczne (1 * 206.896,67 zł * 1,23),

ii. 254.482,90 zł brutto dla lokalizacji Zabiele (1 * 206.896,67 zł * 1,23),

iii. 254.482,90 zł brutto dla lokalizacji Świdry (1 * 206.896,67 zł * 1,23),

(f) łączna wartość części III (naprawy, rozliczane po ich faktycznym zleceniu oraz wykonaniu) 314.265,00 zł brutto:

i. 134.685,00 zł brutto dla lokalizacji Siemiatyczne,

ii. 89.790,00 zł brutto dla lokalizacji Zabiele, iii. 89.790,00 zł brutto dla lokalizacji Świdry,

(g) w dniu 06.10.2016 r. został sporządzony protokół potwierdzający wykonanie wszystkich prac części II obejmującej dostosowanie systemów preselekcyjnych,

(h) prace z części II zostały rozliczone na podstawie faktur z 06.10.2016 r.

odpowiednio:

i. FV/43/16 na kwotę 254.482,90 zł brutto, ii. FV/44/16 na kwotę 508.965,80 zł brutto,

(i) łączna wartość prac wykonanych i odebranych 6 października 2016 r. w ramach części II (dostosowanie) wyniosła 793.454,70 zł brutto,

(j) wartość zrealizowanej umowy pomniejszona o wartość prac wykonanych i odebranych 6 października 2016 r. w ramach części II (dostosowanie) wynosi 327.154,90 zł brutto,

(k) faktyczne doświadczenie konsorcjum wykonawców w zakresie utrzymania – przyjmując nawet usługi wykonane przed dniem 05.07.2018 r. – odpowiada wartości 250.329,60 zł brutto i znajduje się poniżej progu 500.000,00 zł brutto oczekiwanego przez Zamawiającego,

(l) dostosowanie jest świadczeniem o charakterze jednorazowym, a nie ciągłym. Podsumowując, zrealizowane zadanie w zakresie w jakim koresponduje z wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem nie przekracza wymaganych 500.000,00 zł brutto.

GDDKiA Oddział w Warszawie

Odwołujący uzyskał od GDDKiA w Warszawie – w trybie dostępu do informacji publicznej – umowę nr 16/2017 z 06.03.2017 r., złożoną ofertę, faktury oraz wyjaśnienie braku podstaw do udostępniania protokołów odbioru sporządzanych zgodnie z umową nr 16/2017. Popelniona analiza prowadzi do następujących wniosków:

- (a) wykonawcą umowy nr 16/2017 było konsorcjum, w skład którego wchodziły:
- i. DUORS Sp. z o.o. (KRS 0000455995), ii. SAFE CO Ltd. Sp. z o.o. (KRS 0000091191);
- (b) umowa nr 16/2017 obejmowała dwie części:
- i. część I – utrzymanie, rozliczana ryczałtowo za kwartał,
 - ii. część II – naprawa z wymianą części na nowe zakupione przez Wykonawcę i inne roboty, rozliczane za faktycznie wykonanie danego zakresu przy zastosowaniu stawek jednostkowych;
- (c) łączna wartość części I (utrzymanie, rozliczane ryczałtowo za kwartał) wyniosła 1.293.881,94 zł brutto:
- i. 356.860,20 zł brutto dla lokalizacji Stare Groszki (16 szt. * 18.133,14 zł * 1,23), ii. 356.860,20 zł brutto dla lokalizacji Kałuszyn (16 szt. * 18.133,14 zł * 1,23), iii. 373.686,60 zł brutto dla lokalizacji Widów (16 szt. * 18.988,14 zł * 1,23), iv. 206.473,95 zł brutto dla lokalizacji Adamowice (5 szt. * 33.573,00 zł * 1,23),
- (d) łączna wartość części II (naprawy, rozliczane za faktycznie wykonanie danego zakresu przy zastosowaniu stawek jednostkowych) wyniosła 453.316,50 zł (1.747.197,44 zł – 1.293.881,94 zł),
- (e) protokoły odbioru, o których udostępnienie wnosił odwołujący stanowią dokumentację wymaganą zapisami umowy nr 16/2017, podmiot udostępniający potencjał powinien być w ich posiadaniu, a w efekcie wykonawca winien złożyć je wraz z pismem z 28.12.2021 r. skoro nie mógł uzyskać referencji z uwagi na okres świąteczny.
- Potencjał podmiotu trzeciego, a doświadczenie konsorcjum, w którym uczestniczył.

Istotą posiadania doświadczenia jest faktyczna realizacja tego zakresu zamówienia i o takiej wartości, który odpowiada doświadczeniu niezbędnemu do spełnienia danego warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca uczestniczący w realizacji zamówienia jest (będzie) uprawniony do wykazania się doświadczeniem w realizacji umowy tylko w takim zakresie, w jakim faktycznie brał udział (wyrok KIO z 04.10.2017, KIO 1987/17, wyrok KIO z 8.07.2020 r., KIO 933/20). Dlatego doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum wymaga indywidualnej analizy konkretnego stanu faktycznego i badania realnego udziału w realizacji danego zadania każdego z członków konsorcjum. Wykonawca nabywa doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem konsorcjum, lecz przez bezpośredni udział w realizacji części zamówienia, do którego wykonania zobowiązana jest cała grupa wykonawców. W ocenie odwołującego MARK ELECTRONICS (i DUORS Sp. z o.o.) przypisują jednemu podmiotowi potencjał całego konsorcjum, zaangażowanego w wykonanie umów na rzecz GDDKiA Odział w Warszawie oraz GDDKiA Odział w Białymstoku. I to pomimo wskazania w umowie z GDDKiA Odział w Białymstoku p. M. S. – współnika i Prezesa Zarządu konsorcjanta SAFE CO Ltd. Sp. z o.o. – jako osoby odpowiedzialnej za realizację przedmiotu umowy. Nawet

gdyby Wykonawca uzupełnił wykaz usług, czego nie uczynił, to zaoferowane przezeń dowody, czyli referencje i oświadczenie własne nie czynią zadość wezwaniu z dnia 17.12.2021 r. w trybie art. 128 ust. 1 PZP w zw. art. 122 PZP i w wykonaniu wyroku KIO o sygn. akt: 2977/21.

Zamawiający w dniu 11.02.2022 r. (za pośrednictwem <https://gddkia.eb2b.com.pl/>) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. W ustawowym terminie żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 22.02.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie zarzutów w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu.

Zarzut nie uzupełnienia wykazu usług i poprzestaniu na poinformowaniu Zamawiającego o zastąpieniu Neurosoft sp. z o.o. podmiotem Duors sp. z o.o. Wybrany Wykonawca złożył ofertę w dniu 02.07.2021 i w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu złożył wykaz usług. Wyrokiem KIO z d03.11.2021 sygn. akt: 2977/21 nakazano Zamawiającemu, w trybie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 PZP wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia wykazu usług, w tym zastąpienia podmiotu trzeciego Neurosoft sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu innym podmiotem albo wykazania, że samodzielnie spełnia wymagania. Zgodnie z art. 122 PZP „jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.”. Zamawiający takie wezwanie do Wykonawcy wystosował. W odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca oświadczył, że zastępuje firmę Neurosoft sp. z o.o. firmą Duors sp. z o.o. i uzupełnia wykaz usług. Rzeczywiście uzupełnienie to zostało sformalizowane poprzez złożenie kolejnego „wykazu usług”. Zauważyć jednak należy, że w oświadczeniu tym wskazane zostały następujące dane; Zamawiający, przedmioty umowy, datę zwracania i okres, w którym były wykonywane umowy oraz ich wartość. Stosownie do treści § 9 rozporządzenia z 30.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, celem, dla którego składany jest wykaz, to potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wobec faktu, że w treści oświadczenia Wykonawcy zawarte zostały wszystkie informacje, których Zamawiający wymagał w wykazie

usług dla wykazania wykonania w okresie ostatnich 3 lat uznać należało, że treść oświadczenia spełnia cel, dla którego taki wykaz jest składany. Ponadto, zauważyć należy, że żaden z przepisów powszechnie obowiązujących nie przewiduje formy, w jakiej wykaz taki ma zostać złożony, jak i skutków prawnych niezachowania formy określonej przez zamawiającego. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c PZP. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Mając na uwadze stan faktyczny w niniejszej sprawie, uznać należy, że nie zostały wyczerpane przesłanki tego przepisu. Niezależnie od powyższego, Zamawiający podnosił, że nawet w sytuacji gdyby podzielić stanowisko Odwołującego, że wykaz wykonanych usług winien mieć formę sformalizowaną, to wskazać należy, że uwzględnienie wykazu usług złożonego w innej formie nie może zostać uznane za naruszenie przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Istotną jest bowiem ocena czy wybrany Wykonawca spełnia wymogi udziału w postępowaniu a nie czy spełnienie tych wymogów wykazał w sposób sformalizowany.

Zarzut posłużenia się oświadczeniem własnym Duors sp. z o.o. pomimo niewykazania przyczyn niezależnych od niego z powodu których nie był w stanie uzyskać referencji bądź innych dokumentów celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Zamawiający zwraca uwagę, że usługi obie wskazane przez firmę Dours sp. z o.o., wykonane zostały na rzecz Zamawiającego, tj. GDDKiA. Zgodnie z treścią art. 127 ust. 2 PZP „Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.”. W pkt 10.13 IDW, Zamawiający wskazał, że „Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które Zamawiający posiada, jeżeli Wykonawca wskaże te środki (poprzez podanie numeru referencyjnego postępowania lub nazwy postępowania oraz Oddziału GDDKIA prowadzącego postępowanie) oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.”. W utrwalonym orzecznictwie KIO wskazuje się, że jeżeli zamawiający posiada dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, to nie jest on w obowiązku ich przedkładania. W sytuacji zatem gdy Wykonawca wskazał usługi realizowane na rzecz GDDKIA, to należało uznać, że sam Zamawiający posiada wiedzę co do tego, jak ta usługa była wykonywana i posiada dokumenty potwierdzające jej należyte wykonanie. Jeżeli zatem, w świetle powyższego, Wykonawca nie miał obowiązku złożenia referencji to oczywistym

jest, że nie mógł naruszyć obowiązku wykazania okoliczności z powodu których nie mógł uzyskać referencji.

Zarzut naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych przez Zamawiającego zdolności

a. referencje dot. zadania wykonanego na rzecz GDDKIA Oddział w Warszawie dotyczą umowy, wykonawcą której stroną było konsorcjum Duors sp. z.o.o. oraz Safeco a w ocenie Odwołującego nie jest możliwie ustalenie, co do podziału zadań pomiędzy członkami tego konsorcjum

Rację ma Odwołujący, że GDDKIA Oddział w Warszawie zawarł umowę nie z firmą Duors sp. z o.o. a konsorcjum, w którym spółka ta była konsorcjantem. Stosownie do pkt 10.9 IDW, w takiej sytuacji ocenie podlegała okoliczność, czy spółka ta bezpośrednio uczestniczyła w wykonaniu usług będących przedmiotem umowy. Nie ma jednak racji Odwołujący, że Zamawiający nie ustalił, przez którego z konsorcjantów i w jakim zakresie umowa była faktycznie realizowana. Jak wynika z treści informacji uzyskanych od Oddziału w Warszawie, umowa ta w całości była wykonywana przez Duors sp. z o.o.

a. referencje sporządzone przez GDDKIA Oddział w Białymstoku dotyczą umowy, wykonawcą której stroną było konsorcjum Duors sp. z.o.o. oraz Safeco a w ocenie Odwołującego nie jest możliwie ustalenie, co do podziału zadań pomiędzy członkami tego konsorcjum ani przypisanie zdobytego doświadczenia do danego podmiotu. Również i w zakresie tej umowy, faktycznym jej wykonawcą była spółka Duors.

b. Za nieuprawniony uznać należy zarzut oparty na dokonaniu podziału przedmiotu umowy w celu wykazania, że każda z jej części, to odrębna usługa w rozumieniu pkt 10.8 IDW.

Zgodnie z zapisami SWZ Wykonawca musi posiadać wiedzę i doświadczenie polegające na wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie:

1. 2 zadań polegających na utrzymaniu preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruchu na kwotę minimum 500 000,00 PLN brutto każde, lub
2. 2 zadań polegających na wybudowaniu i utrzymaniu preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruchu na kwotę minimum 500 000,00 PLN brutto każde, lub
3. 1 zadania polegającego na utrzymaniu preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruchu na kwotę minimum 500 000,00 PLN brutto oraz 1 zadania polegającego na wybudowaniu i utrzymaniu preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruchu na kwotę minimum 500 000,00 PLN brutto. Za zadanie wykonane rozumieć należy wykonanie preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruchu działających ze wskazaną w SWZ

dokładnością pomiarową oraz doprowadzenia co najmniej do wystawienia protokołu odbioru. Przedmiotem umowy 2413.12.2016 zawartej z GDDKIA Oddział w Białymstoku było utrzymanie i dostosowanie preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruchu wraz z jego kalibracją i testem sprawdzającym. Wartość tej umowy przekracza kwotę 500.000zł. W treści § 2 tej umowy zapisany został zakres obowiązków jej wykonawcy w tym w pkt i „*dostosowanie systemów preselekcyjnego ważenia pojazdów w ruchu do wymagań opisanych w OPZ*”. Nie można zatem uznać, że obowiązek ten nie wpisywał się w zakres zadania, o którym mowa w pkt. 1 do polegającego na utrzymaniu systemu. Oczywistym wydaje się być, że obowiązek ten musiał być wykonany w pierwszej kolejności, bo warunkował on przecież działanie systemu. W § 3 umowy strony określiły termin realizacji umowy na 48 miesięcy od dnia zawarcia umowy: „*w tym nie dłużej niż 29 dni na dostosowanie systemu*”. Natomiast w § 4 ust.3 zapisane zostały zasady zapłaty wynagrodzenia, zgodnie z którymi „*Wykonawca zobowiązany jest wystawić fakturę raz na kwartał za ryczałt i każdorazowo po wykonaniu danego asortymentu usług, na podstawie potwierdzonych przez pracowników Rejonu kart serwisowych oraz protokołów odbioru wykonanego przedmiotu umowy*”. Zatem fakt, że dla jakiejś części usługi został określony, w ramach okresu, na który została zawarta, odrębny termin wykonania, dokonano jego odbioru i za tę część dokonano zapłaty nie oznacza, że nie był on elementem „*utrzymania*” i należało uznać ją za odrębną usługą. Mając na uwadze powyższe nie uznał, że jedna z usług Wykonawcy nie spełnia wymogu wykonania w okresie ostatnich 3 lata przed upływem terminu składania ofert a druga jest niższa niż próg wyznaczony przez Zamawiającego;

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w związku z art. 118 ust1-4 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna ze SWZ w zakresie pkt.11.2 IDW,11.3 IDW oraz 11.5 IDW w zw. z pkt.8.2.4. pomimo, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego potencjał stanowi czynność pozorną. W ocenie Zamawiającego również ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Wykonawca złożył oświadczenie podmiotu udostępniającego swoje zasoby a następnie, wobec wątpliwości Zamawiającego, złożył stosowne wyjaśnienia i oświadczenie podmiotu trzeciego. Po dokonaniu oceny złożonych dokumentów, Zamawiający zgodnie z dyspozycją 11.5. IDW uznał, że Wykonawca wykazał, iż realizując zamówienie będzie w sposób rzeczywisty dysponował zasobami firmy Duors sp. z o.o. a jego zobowiązanie gwarantuje rzeczywisty dostęp do nich Wykonawcy. W ocenie Zamawiającego, wobec treści oświadczenia nie ma również wątpliwości do kogo skierowane zostało to oświadczenie. Niespornym jest, że oferta w niniejszym postępowaniu złożona została przez Mark Electronics sp. z o.o. sp. j. (KRS 000897469) z 18.01.2022 r. uległa

zmianie nazwa spółki. Rację ma zatem Odwołujący, że w dacie 24.01.2022 r., a zatem w dacie, w której sporządzone zostało oświadczenie firmy Dours sp. z o.o. nie istniała spółka Mark Electronics sp. z o.o. sp. j. a w KRS 00897469 widniała nowa nazwa. Tym nie mniej z treści złożonego oświadczenia w sposób niebudzący wątpliwości, również u Odwołującego, wynika, że zamiarem składającego jest, udostępnienie swoich zasobów do dyspozycji Wykonawcy w postępowaniu na „Dostosowanie i utrzymanie preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruchu, wraz z jego kalibracją i testem sprawdzającym zgodnie z załącznikiem nr 2 „Procedura sprawdzania stanowisk do ważenia pojazdów w ruchu (WIM) w ciągu dróg krajowych nr S-3 i 10”; Zgodnie z art. 65 § 1 k.c. oświadczenia woli należy tłumaczyć, jak tego ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Mając na uwadze powyższe w ocenie Zamawiającego, oświadczenie powyższe, oświadczenie to należało uznać za złożone skutecznie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Izba uznała załączone do zgłoszenia przystąpienia pełnomocnictwo dla p. Joanny Marczewskiej oraz p. Pawła Trojana za prawidłowe, a pełnomocników za umocowanych właściwie (na posiedzeniu wystąpił jedynie pierwszy z nich). Należy zauważyć, że w treści pełnomocnictwa został przywołany stosunek zlecenia, jako jego podstawa, a pełnomocnicy występują w imieniu Masovia Sp. z o.o. W konsekwencji zarówno zastrzeżenia Odwołującego co do prawidłowości umocowania pełnomocnika zgłaszającego przystąpienie z powołaniem się na treść art. 510 NPzp (z którego wynika, że między pełnomocnikiem a mocodawcą musi istnieć stosunek zlecenia), jak i stanowisko Odwołującego w tym zakresie przedstawione na posiedzeniu należy uznać za nieuzasadnione.

Jednocześnie, Izba nie uznała skuteczności zgłoszonego przystąpienia firmy - MARK ELECTRONICS K.(1), K.(2) SPÓŁKA JAWNA, gdyż nie został dochowany termin wynikający

z art. 525 ust. 2 NPzp. Wykonawca doręczył zgłoszenie w dniu 15.02.2021 r. Biorąc pod uwagę, że wezwanie do zgłoszenia przystąpienia miało miejsce 11.02.2021 r. (jak wynika z dokumentacji postępowania i oświadczenia Zamawiającego złożonego na posiedzeniu), nie został dochowany 3-dniowy termin. Ponieważ zgodnie z tym przepisem zgłoszenie doręcza się, zastosowanie ma teoria doręczenia, a nie wysłania, istotny jest więc termin otrzymania takiego zgłoszenia, a nie jego wysłania.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w wersji elektronicznej, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), tj. tom I – Instrukcji dla Wykonawców, Opisu Przedmiotu Zamówienia /tom III/, oferty wybranego Wykonawcy oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 31.01.2022 r.

Nadto zaliczono do materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego na potwierdzenie okoliczności wskazanych w odwołaniu:

- 1) Wyrok KIO 2977/21,
- 2) Wydruk z portalu <https://portal.waw.sa.gov.pl>,
- 3) Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 4) Wezwanie z 17.12.2021 r. w trybie art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 122 Pzp,
- 5) Wniosek Wykonawcy z 22.12.2021 r. o wydłużenie terminu,
- 6) Pismo Wykonawcy z 28.12.2021 r. w odpowiedzi na wezwanie z 17.12.2021 r. w trybie art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 122 Pzp,
- 7) Pismo Wykonawcy z 20.09.2021 r.,
- 8) Zobowiązanie podmiotu udostępniającego potencjał złożone dnia 28.12.2021 r. i przekazane Zamawiającemu przez Wykonawcę wraz z pismem z 28.12.2021 r. w odpowiedzi na wezwanie z 17.12.2021 r. w trybie art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 122 Pzp,
- 9) Wezwanie z 17.01.2022 r. w trybie art. 128 ust. 4 Pzp,
- 10) Pismo Wykonawcy z 21.01.2022 r.,
- 11) Zobowiązanie DUORS Sp. z o.o. z 24.01.2022 r.,
- 12) Odpis pełny KRS MARK ELEKTRONICS K.(1), K.(2) SPÓŁKA JAWNA (KRS 0000897469),
- 13) Pismo Wykonawcy z 31.01.2022 r.,
- 14) Odpis pełny KRS MARK ELEKTRONICS SP. Z O.O. (KRS 0000662208),
- 15) Poświadczenie GDDKiA Oddział w Białymstoku,
- 16) Oświadczenie własne DUORS Sp. z o.o.,
- 17) Informacja publiczna GDDKiA Oddział w Białymstoku,

- 18) Odpis pełny KRS DUORS Sp. z o.o.,
- 19) Odpis pełny KRS SAFE CO Ltd. Sp. o.o.,
- 20) Informacja publiczna GDDKiA Oddział w Warszawie.

Podobnie zaliczono do materiału dowodowego załączone do odpowiedzi na odwołania przez Zamawiającego na potwierdzenie okoliczności wskazanych w odpowiedzi:

- 1) Wiadomość mailowa z 29.12.2021 r.,
- 2) Umowa Konsorcjum 5/2016,
- 3) Wiadomość mailowa z 21.02.2022 r.,
- 4) Umowa Konsorcjum 4/2016.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie oraz odpowiedź na odwołanie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu wskazanego w sentencji orzeczenia.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

I) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) PZP w zw. z § 9 ust. 1 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę który:

i. nie uzupełnił wykazu usług w terminie przewidzianym w wezwaniu z 17.12.2021 r. w trybie art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 122 PZP, celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, poprzestając jedynie na poinformowaniu Zamawiającego o zastąpieniu NEUROSOFTE Sp. z o.o. podmiotem DUORS Sp. z o.o.,

ii. posłużył się oświadczeniem własnym DUORS Sp. z o.o. pomimo niewykazania przyczyn niezależnych od niego z powodu których nie był w stanie uzyskać referencji bądź innych dokumentów, celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

a ewentualnie w przypadku oddalenia zarzutu 1. (a):

II) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych przez Zamawiającego zdolności (doświadczenia) pomimo iż:

i. zamawiający wystosował wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 122 PZP wykonując wyrok KIO w sprawie 2977/21,

ii. referencje sporządzone przez GDDKiA Oddział w Białymstoku:

- dotyczą umowy, której stroną było konsorcjum: DUORS Sp. z o.o. oraz SAFE CO Ltd. Sp. z o.o.,

- umowa jako osobę odpowiedzialną za wykonanie przedmiotu zamówienia wskazuje p. M. S., wspólnika i Prezesa Zarządu SAFE CO Ltd. Sp. z o.o., a w pozostałym zakresie nie umożliwia podziału zadań pomiędzy członkami tegoż konsorcjum ani przypisania zdobywanego doświadczenia do danego podmiotu,

- przedmiot umowy został podzielony na III części, z których jedna o charakterze świadczenia jednorazowego o wartości 793.454,70 zł została wykonana najpóźniej 06.10.2016 r., czyli dawniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert (05.07.2021 r.),

- wartość zadań, które były wykonywane nie dawniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert lub dotyczyły świadczeń o charakterze ciągłym nie przekracza 327.154,90 zł brutto, podczas gdy próg wyznaczony przez Zamawiającego wynosi 500.000 zł brutto,

iii. oświadczenie własne DUORS Sp. z o.o. dotyczące zamówienia wykonywanego na rzecz GDDKiA Oddział w Warszawie:

- dotyczy umowy, której stroną było konsorcjum: DUORS Sp. z o.o. oraz SAFE CO Ltd. Sp. z o.o. i nie umożliwia podziału zadań pomiędzy członkami tegoż konsorcjum ani przypisania im zdobywanego doświadczenia,

a ewentualnie w przypadku oddalenia zarzutu 1. (b):

III) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z art. 118 ust. 1 – 4 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna ze Specyfikacją Warunków Zamówienia w zakresie pkt. 11.2 IDW, 11.3 IDW oraz 11.5 IDW w zw. z pkt 8.2.4 IDW, pomimo iż zobowiązanie podmiotu udostępniającego potencjał stanowi czynność pozorną, albowiem:

i. miało nastąpić poprzez przekazanie referencji, okres udostępnienia na czas realizacji postępowania przetargowego,

ii. obejmuje zdecydowanie węższy zakres, niż doświadczenie wymagane przez Zamawiającego do realizacji tegoż zamówienia – dotyczy dostosowania i utrzymania systemów preselekcji, a pomija kalibracje i testy sprawdzające.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale co do dopuszczalności określonych zaniechań ze strony Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Do tych kwestii Izba odniesie się przy omawianiu poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła, co następuje.

Oдноśnie pierwszej grupy zarzutów, Izba uznała, że podlegają one oddaleniu.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że MARK ELECTRONICS K.(1), K.(2) SPÓŁKA JAWNA złożyła pismo przewodnie, w ramach którego stwierdziła, iż uzupełnia wykaz usług (wraz z dowodami określającymi, czy te usługi zostały wykonane należycie), w tym zastępuje podmiot Neurosoft Sp. z o.o. podmiotem Duors Sp. z o.o.

Aby spełnić wymagania przesyłała także oświadczenie firmy Duors Sp. z o.o. o wykonaniu zadania dla GDDKiA Oddział w Warszawie, co miało umożliwić Zamawiającemu ich potwierdzenie. Nadto stwierdziła, że poświadczenie z GDDKiA O/Warszawa nie zostało podpisane ze względu na okres świąteczny w wymaganym terminie. Załączyła dodatkowo w zakresie przedmiotu sporu również poświadczenia z GDDKiA w Białymstoku.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy wybrany Wykonawca de facto uzupełnił wykaz usług w sposób wskazany w piśmie przewodnim z 28.12.2021 r., poprzez złożone pismo i załączenie do niego oświadczenia własnego firmy Duors Sp. z o.o. z 28.12.2021 r. oraz poświadczenia z GDDKiA w Białymstoku z 23.12.2021 r. Izba podtrzymuje linię orzecniczą o wyższości treści nad formą, uznając, że Zamawiający uzyskał na podstawie powyższych dokumentów wszystkie niezbędne informacje, takie jak wartość wykazanej usługi, przedmiot, datę wykonania i podmiot, na rzecz którego zostały te usługi wykonane. Dodatkowo Izba wskazuje – odnosząc się do stwierdzenia Odwołującego z rozprawy, że Wykonawca wybrany nie mógł zastosować art. 127 ust. 2 Pzp „Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność”, jak również pkt 10.13 SWZ: „Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które Zamawiający posiada, jeżeli Wykonawca wskaże te środki (poprzez podanie numeru referencyjnego postępowania lub nazwy postępowania oraz Oddziału GDDKiA prowadzącego postępowanie) oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność”, gdyż w przekazanych dokumentach nie złożył oświadczenia, z którego by wynikało, iż potwierdza ich prawidłowość i aktualność – iż jest to teza błędna. Należy bowiem uznać, że jeśli wybrany Wykonawca wyraźnie statuuje zmianę jednego podmiotu na drugi i stwierdza, że celem spełnienia wymagania przesyłała także oświadczenie firmy Duors Sp.

z o.o. o wykonaniu zadania dla GDDKiA Oddział w Warszawie oraz załącza poświadczenia z GDDKiA w Białymstoku, iż przez takie działanie potwierdza ich prawidłowość i aktualność. Nie bez znaczenia pozostaje okoliczność, że Zamawiający dysponował własną wiedzą w zakresie uzupełnionych zadań, gdyż dotyczyły one oddziałów Zamawiającego w Białymstoku (GDDKiA Oddział w Białymstoku) oraz w Warszawie (GDDKiA Oddział w Warszawie). Także w tym kontekście należy rozpatrywać zarzut dotyczący posłużenia się oświadczeniem własnym przez wybranego Wykonawcę. Zamawiający miał wiedzę nie tylko na temat wykazanego zadania, ale również realiów pracy Zamawiającego w okresie świątecznym.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, jak na wstępie.

Odnosnie drugiej grupy zarzutów, Izba uznała, że podlegają one oddaleniu.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający przedstawił dowody załączone do odpowiedzi na odwołanie, na podstawie których w sposób bezsporny można ustalić, że w ramach wykazanych prac dla GDDKiA Oddział w Białymstoku oraz GDDKiA Oddział w Warszawie podmiot udostępniający zasoby w obu wypadkach realizował cały zakres umowy (wynika to zarówno z załączonych umów konsorcjum – § 4 pkt 2, jak i korespondencji e-mailowej prowadzonej przez Zamawiającego Oddział w Szczecinie z GDDKiA Oddział w Białymstoku oraz GDDKiA Oddział w Warszawie). Stanowisko przedstawione w tym zakresie przez Odwołującego na rozprawie w kontekście § 7 ust. 2 umów konsorcjum to niczym nieoparte czyste spekulacje. W ramach uzyskanej korespondencji Zamawiający uzyskał jednoznaczne oświadczenia z oddziałów, że firma Duors Sp. z o.o. była jedynym wykonawcą umowy, a w trakcie wykonywania umowy nie zgłoszono żadnych podwykonawców. Odwołujący, mimo kwestionowania tych okoliczności, nie przedstawił żadnego dowodu przeciwnego.

Względem dokonanego przez Odwołującego wydzielenia dostosowania i uznania, że ma on charakter jednorazowy, który z racji wykonania do 06.10.2016 r. nie może być wliczony do wartości wykazywanego utrzymania celem spełnienia wymogu na kwotę minimum 500 000,00 zł brutto (w tym wypadku zarzut został ograniczony jedynie do zadania realizowanego na rzecz GDDKiA Oddział w Białymstoku), konieczne jest stwierdzenie, że wydzielenie, które miało miejsce w formularzu w ramach oferty założonej w postępowaniu dotyczącym zadania realizowanego na rzecz GDDKiA Oddział w Białymstoku, miało charakter jedynie techniczny, nie było bowiem możliwości złożenia odrębnej oferty na poszczególne części. Izba stoi na stanowisku, że dostosowanie, tak jak wskazywał na rozprawie Zamawiający, warunkuje czy też statuuje dalszą realizację umowy, stąd jest

przeprowadzane na jej początku. Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, że ponieważ dostosowanie ma charakter jednorazowy, wartości z tym związane należy wydzielić z utrzymania. Wręcz przeciwnie, dostosowanie jest elementem utrzymania, tym bardziej, że w ramach tego utrzymania znajdowały się także naprawy, które z racji tych napraw (jako ich skutek) także będą powodowały konieczność dalszego dostosowania (na co wskazywał Zamawiający na rozprawie). Izba wskazuje także na str. 17 Opisu Przedmiotu Zamówienia (tom III SWZ) Zamawiającego pkt 5, gdzie stwierdza się, iż: *„W ramach dostosowania Wykonawca wykona modernizację stacji preselekcyjnego ważenia pojazdów w ruchu oraz zapewni ich utrzymanie w okresie wskazanym w poniższym harmonogramie (...) Aplikacja internetowa wskazana w punkcie 3.3.2. ma umożliwić poprzez jeden spójny interfejs przy jednokrotnym zalogowaniu użytkownika prezentację danych zbieranych przez wszystkie stacje preselekcyjne będące w utrzymaniu wykonawcy (aplikacja ma umożliwić zalogowanemu użytkownikowi wybór konkretnych stacji preselekcyjnych), zgodnie z harmonogramem przedstawionym w powyższej tabeli”*. Okoliczność, że Zamawiający w ramach ówczesnej umowy określił zasady rozliczeń w sposób określony w § 4 ust. 3 tamtej umowy, nie oznacza, że dostosowanie nie było elementem utrzymania i należy ją traktować jako oddzielną usługę. Tym bardziej, że Zamawiający GDDKiA Oddział w Szczecinie, jak sam przyznał na rozprawie Odwołujący, określił inny sposób rozliczania, gdyż nakazał zsumować wartość usługi dostosowania i utrzymania, a jej rozliczenie będzie miało miejsce w comiesięcznych fakturach w ramach okresu utrzymania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, jak na wstępie.

Odnośnie trzeciej grupy zarzutów, Izba uznała że podlegają one uwzględnieniu, ale jedynie w zakresie zarzutu wskazanego w sentencji orzeczenia

W tym wypadku Izba uznała, że zarzut potwierdził się w zakresie wskazanym w sentencji wyroku. Należy zgodzić się z Odwołującym, że pierwsze zobowiązanie z 28.12.2021 r. było w swej treści niejednoznaczne i budziło wątpliwości, którym dał wyraz Zamawiający w treści wezwania do wyjaśnień z 17.01.2022 r. Izba stoi na stanowisku, że wyjaśnienia z 21.01.2022 r. złożone przez Wykonawcę wybranego są niewystarczające i de facto tworzą nową treść względem zobowiązania z 28.12.2021 r. m.in. w kwestii przekazania referencji, okresu udostępnienia na czas realizacji postępowania przetargowego. Bezpośrednim potwierdzeniem powyższego stanu rzeczy jest nowe zobowiązanie z 24.01.2022 r. złożone przez Wykonawcę wybranego bez wezwania. W ocenie Izby de facto przyznał to Zamawiający na rozprawie (tzn. iż to nie wyjaśnienia skłoniły go do uznania zobowiązania, ale dopiero kolejne zobowiązanie) w jej trakcie stwierdził bowiem, że: *„Ostatecznie wszelkie wątpliwości zostały rozwiązane nowym zobowiązaniem złożonym przez*

wykonawcę". W ocenie Izby takie oparcie się na nowym dodatkowym zobowiązaniu, uzyskanym poza procedurą uzupełnienia, która została wyczerpana pierwotnym zobowiązaniem z 28.12.2022 r., jest działaniem niedopuszczalnym, które skutkuje uwzględnieniem odwołania, a co za tym idzie odrzuceniem oferty wybranego Wykonawcy.

Natomiast kwestie zmiany nazwy spółki, tj. wybranego Wykonawcy oraz zmiany jego struktury właścicielskiej nie oznacza, że zobowiązanie jest wadliwe, a Wykonawca nie dysponuje odpowiednim potencjałem, zarówno w ujęciu formalnym, jak i faktycznym. Podobnie Izba uznaje, że w ramach zobowiązania pierwotnego, tj. dostosowania i utrzymania, mieści się de facto kalibracja i testy sprawdzające.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu wskazanego w sentencji wyroku na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, art. 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła, jak w sentencji.

Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądając od niego na rzecz Odwołującego kwoty 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonych rachunków, uznając że zaistniały podstawy określone w § 7 ust. 5 rozporządzenia wskazanego poniżej do odstąpienia od stosunkowego rozdzielnia kosztów. Jednocześnie w odniesieniu do kosztów Izba dodatkowo podkreśla, że mimo uwzględnienia jednego zarzutu, ma on kluczowy charakter, gdyż skutkuje koniecznością powtórzenia czynności badania i oceny ofert i odrzuceniem oferty wybranej 31.01.2022 r. Nadto, same zarzuty zostały sformułowane trzema grupami, to znaczy każde kolejne mają charakter ewentualny i ich rozpatrywane jest uzależnione od oddalenia pozostałych. Innymi słowy, mimo że są ze sobą powiązane, de facto są niezależne od siebie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....