

**WYROK**  
**z dnia 7 lipca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Anna Kuszel-Kowalczyk**  
**Beata Konik**  
**Emil Kuriata**

**Protokolant:** **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2021 r. przez wykonawcę **ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Abramss Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Z. U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe U. Z. U. z siedzibą w Makowie Mazowieckim, Rector Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie w zakresie:

- zarzutu nr 7 odwołania tj. naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- zarzutu dot. niespełnienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Abramss Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Z. U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe U. Z. U. z siedzibą w Makowie Mazowieckim, Rector Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie warunków w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, oraz
- zarzutu niewykazania zdolności zawodowej - doświadczenia w aspekcie wartości usługi wskazanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Abramss Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Z. U.

prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe U. Z. U. z siedzibą w Makowie Mazowieckim, Rector Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w poz. 1 formularza „Zdolność zawodowa Wykonawcy (wykaz usług)”, wobec ich wycofania przez Odwołującego.

2. Uwzględnia zarzut oznaczony nr 1 w odwołaniu i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Abramss Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Z. U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe U. Z. U. z siedzibą w Makowie Mazowieckim, Rector Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 20 ustawy Pzp.
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu w 2/3 i Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie w 1/3 i**
  - 4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez **Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez **ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **635 zł 89 gr** (słownie: sześćset trzydzieści pięć złotych osiemdziesiąt dziewięć groszy) stanowiące koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę pełnomocnika **ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu**
  - 4.2 zasądza od zamawiającego **Skarbu Państwa – Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie na rzecz ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu**, kwotę **5 212 złotych 00 gr** (słownie: pięć tysięcy dwieście dwanaście złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego.
  - 4.3 koszty pełnomocników znosi się wzajemnie

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie w imieniu której postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, Rejon w Garwolinie”, znak sprawy GDDKiA.O.WA.D-3.2413.74.2020.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) (dalej ustawa Pzp).

W dniu 31 maja 2021 roku wykonawca ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego w toku badania i oceny ofert w postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 20 oraz 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia a konsorcjum przedsiębiorców: 1) Abramss Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; 2) PHU U. z siedzibą w Makowie Mazowieckim; 3) Rector sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Konsorcjum”), które podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą;
- 2) art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia i wyjaśnienia informacji zawartych w wykazie „Zdolność zawodowa Wykonawcy (Wykaz usług)”;
- 3) art. 22a ust. 2 i 3 oraz ust. 6 ustawy Pzp poprzez nierzetelne zweryfikowanie sposobu polegania przez Konsorcjum na potencjale podmiotu trzeciego, zaniechanie wykluczenia podmiotu trzeciego i zaniechanie wezwania do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub doświadczeniem własnym Konsorcjum;
- 4) art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, które nie spełniło warunków udziału w postępowaniu i które wykazując spełnianie warunków podało informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć wpływ na ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 5) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierzetelną ocenę oferty Konsorcjum i przyznanie jej zawyżonej ilości punktów na podstawie wprowadzających w błąd informacji;

- 6) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum;
- 7) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”) i w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie ujawnienia dokumentów Konsorcjum zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa pismem z 26 kwietnia 2021 r., mimo że nie spełniają one przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, czym Zamawiający w znacznym stopniu ograniczył realną możliwość skorzystania przez Odwołującego z przysługujących mu na mocy ustawy środków ochrony prawnej, naruszając tym zasady jawności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
  - 2) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej,
  - 3) wykluczenie Konsorcjum z udziału w postępowaniu i odrzucenie jego oferty,
- względnie o
- 4) odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu dokumentów Konsorcjum zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa,
  - 5) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu,
- a także o
- 6) przeprowadzenie dowodów wnioskowanych w odwołaniu oraz na późniejszym etapie postępowania odwoławczego,
  - 7) zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z rachunkiem przedłożonym na rozprawie.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania odwołujący odnośnie podniesionych zarzutów wskazał:

W dniu 21 maja 2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum. Ofercie tej przyznano 98 punktów, ofercie odwołującego przyznano 97,62 pkt.

Odwołujący stwierdził, iż zamawiający wybrał ofertę wykonawcy, wobec którego zachodzą przesłanki wykluczenia z udziału w postępowaniu, a także który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

#### I. Ad. przesłanka wykluczenia

Odwołujący wskazał, że najdalej idącym żądaniem odwołania jest wykluczenie Konsorcjum z postępowania i odrzucenie jego oferty. Wobec Konsorcjum zachodzą przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 20 ustawy Pzp.

Odwołujący poinformował, że w dniu 10 września 2020 r. oferta członka Konsorcjum - PHU U. Z. U., a także podmiotu udostępniającego potencjał w niniejszym postępowaniu Matron sp. z o.o., została odrzucona w przetargu prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy w postępowaniu na zimowe utrzymanie dróg, nr referencyjny GDDKiA.O.BY.D-3.2413.5.11.2020.9.pw. Powodem odrzucenia oferty było złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a także podstawa wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, polegającej na tym, że celowo została ukryta przed zamawiającym okoliczność, że pomiędzy podmiotami Matron sp. z o.o., Rector sp. z o.o., PHU U. Z. U. oraz Abramss sp. z o.o. istnieją powiązania rodzinne, kapitałowe oraz adresowe, które świadczą o tym, że w tamtym postępowaniu członek Konsorcjum - PHU U. Z. U. oraz spółka Matron sp. z o.o. (podmiot trzeci w niniejszym Postępowaniu) złożyły oferty w warunkach zmowy przetargowej.

W ocenie odwołującego, wskazana okoliczność stanowiła przesłankę wykluczenia w niniejszym postępowaniu, która może zostać uchylona wyłącznie wskutek prawidłowo przeprowadzonej procedury samooczyszczenia, która jednak nie miało miejsca.

Zgodnie z art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp wykluczenie wykonawcy następuje, jeżeli nie upłynęły 3 lata od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. W przypadku podstawy wykluczenia Konsorcjum okres ten jeszcze nie upłynął.

Odwołujący wywodził, że w związku ze wskazaną okolicznością w okresie 3 lat od 10 września 2020 r. podmioty PHU U. i Matron sp. z o.o. (podmiot udostępniający potencjał), podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, o ile nie wykonają skutecznej procedury samooczyszczenia. Wykluczenie następuje nie tylko w sytuacji, gdy stwierdzono istnienie porozumienia w związku z danym postępowaniem o udzielenie zamówienia. Okres wykluczenia (3 lata od zdarzenia) wskazuje, że pod uwagę brane są wszelkie postępowania o udzielenie zamówienia prowadzone przez dowolnych zamawiających w tym okresie.

Dalej odwołujący podkreślił, że Konsorcjum nie podjęło nawet próby samooczyszczenia. W żadnym z dokumentów JEDZ złożonym przez Konsorcjum nie zostały wskazane żadne informacje o procedurze samooczyszczenia, a w odniesieniu do każdej kolejnej podstawy wykluczenia każdy z członków Konsorcjum oraz podmiot trzeci konsekwentnie odpowiadali „nie”. Nie zachodzą więc okoliczności wskazane w art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp, pozwalające zamawiającemu na odstąpienie od wykluczenia Konsorcjum z bieżącego postępowania.

Odwołujący wskazał, że inicjatywa samooczyszczenia należy do wykonawcy i opieszałość w tym względzie nie może być naprawiona. Warunkiem skutecznego samooczyszczenia jest uznanie przez wykonawcę faktu, że popełnił delikt (KIO 1342/20). Po pierwsze, na tym polega procedura (wykonawca przyznaje, że przesłanki wykluczenia istnieją, ale obecnie i na przyszłość się poprawił), po drugie - w przeciwnym wypadku trudno wadliwe działanie

przeanalizować i skorygować (KIO 1797/18). W ramach procedury samooczyszczenia wykonawca winien przedłożyć stosowne wyjaśnienia oraz dowody na ich poparcie, w celu wykazania, że pomimo okoliczności wyłączających, poczynione działania i podjęte środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

W ocenie odwołującego, Konsorcjum celowo pominęło informacje o okolicznościach związanych z postępowaniem w Białymstoku. Jest to oczywiste wobec treści pisma zamawiającego w postępowaniu w Białymstoku (powołanego wyżej jako dowód). Odwołujący uważa, że w okolicznościach sprawy nie może być mowy o lekkomyślności lub tylko niedbalstwie, co jednak również uzasadniałoby wykluczenie Konsorcjum z Postępowania.

Dalej odwołujący wskazał, że Konsorcjum podlega wykluczeniu również z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, a także na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, poprzez podanie w treści składanych wykazów (wykazu usług, wykazu osób oraz w formularzu „Kryteria pozacenowe”) informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, które miały wpływ na wybór oferty Konsorcjum.

## II. Ad. Niespełnienie warunków udziału w postępowaniu

Odwołujący przytoczył warunki udziału w postępowaniu:

1. sytuacja ekonomiczna lub finansowa:
  - a) średni roczny przychód za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres (na podstawie „Rachunku zysków i strat” pozycja „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi” w wysokości nie mniejszej niż 21 000 000,00 zł
  - b) posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 5 500 000,00 zł
2. zdolność techniczna i zawodowa:
  - a) wiedza i doświadczenie zdobyte w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności, w zakresie bieżącego utrzymania dróg klasy min. G o wartość 20 mln zł brutto w ramach maksymalnie 3 zadań, oraz w zakresie bieżącego zimowego utrzymania dróg klasy min. G o wartość 8 mln zł brutto w ramach maksymalnie 3 zadań, albo też 3 zadań obejmujących utrzymanie całoroczne (bieżące i zimowe) o wartości 28 mln zł.,
  - b) dysponowanie osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymującymi się doświadczeniem zawodowym i wykształceniem określonym przez Zamawiającego (Zgodnie ze zmianą nr 1 do SIWZ z 5 lutego 2021 r. pkt 38), w postaci:
    - 1) Kierownik ds. utrzymania dróg - 1 osoba
    - 2) Zastępca ds. utrzymania dróg - 1 osoba

- 3) Specjalista ds. utrzymania dróg (bieżącego i zimowego) - 7 osób
- 4) Kierownik robót drogowych - 1 osoba
- 5) Specjalista ds. administracyjno-finansowych - 1 osoba.

Odwołujący wskazał, że nie uzyskał od zamawiającego żadnych dokumentów pozwalających mu zweryfikować spełnianie przez Konsorcjum warunków zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, ani też w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu osób skierowanych do realizacji zamówienia. W związku z tym, odwołujący z ostrożności procesowej postawił zarzut niespełnienia tych warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum.

Natomiast odnośnie warunków postawionych przez Zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia, w świetle złożonego przez Konsorcjum wykazu „Zdolność zawodowa Wykonawcy (Wykaz usług)”, odwołujący stwierdził, że Konsorcjum nie wykazało spełnienia tego warunku.

Zamawiający wymagał, aby posiadane doświadczenie zostało zdobyte przez wykonawcę w ramach:

1. albo maksymalnie 3 umów na utrzymanie bieżące o wartości 20 mln oraz maksymalnie 3 umów na utrzymanie zimowe o wartości 8 mln
2. albo maksymalnie 3 umów na utrzymanie całoroczne.

Zamawiający określił w SIWZ, że doświadczenie Wykonawcy w zakresie bieżącego/całorocznego utrzymania dróg musi obejmować łącznie całość asortymentu określonego w definicji bieżącego utrzymania dróg: nawierzchni, odwodnienia, barier drogowych, zieleni oraz czystości.

Wykaz usług złożony przez Konsorcjum zawiera 6 pozycji, co w ocenie odwołującego, świadczyło o wyborze pierwszego sposobu wykazania się doświadczeniem, to znaczy przedstawienia osobno doświadczenia w utrzymaniu bieżącym (niecałorocznym) oraz osobno w utrzymaniu zimowym. Tymczasem zakresy umów wymienionych w wykazie Konsorcjum są pomieszane i nie spełniają założeń SIWZ: jedna z nich to utrzymanie całoroczne, kolejne to utrzymanie bieżące i zimowe, następne tylko zimowe, a ostatnia dotyczy wyłącznie montażu barier (nie utrzymania barier).

Odwołujący podkreślił, że zakres przedmiotowy doświadczenia z ostatniej pozycji ma szczególne znaczenie w kontekście wymogu, aby wykazywane doświadczenie obejmowało całość asortymentu określonego w definicji bieżącego utrzymania dróg. W każdym bowiem z doświadczeń z poz. 1 -5 wykazu usług utrzymanie barier było wyłączone, zgodnie z treścią OPZ i TER dotyczących tamtych postępowań. W brakuującym zakresie bieżącego utrzymania barier Konsorcjum posłużyło się więc doświadczeniem udostępnionym przez podmiot trzeci - Matron sp. z o.o.

Odwołujący stwierdził, że skorzystanie z tego potencjału jest jednak niedopuszczalne z



trzech względów:

- 1) udostępnione doświadczenie zostało zdobyte w ramach realizacji umowy, która nie dotyczyła bieżącego dróg (ani zimowego, ani bieżącego, ani całorocznego)
- 2) udostępnione doświadczenie nie obejmowało usługi bieżącego utrzymania barier, tylko roboty budowlanej montaż barier
- 3) zakres doświadczenia (bieżące utrzymanie barier) nie znajduje odzwierciedlenia w zobowiązaniu do udostępnienia potencjału, na podstawie którego Konsorcjum skorzystało z doświadczenia Matron sp. z o.o.
- 4) podmiot trzeci Matron sp. z o.o. podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu w związku z okolicznościami wskazanymi w pkt I niniejszego Odwołania „Przesłanka wykluczenia”.

Dalej odwołujący wskazał, że w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz TSUE w kontekście postanowień SIWZ w niniejszym postępowaniu nie jest dopuszczalne takie łączenie doświadczeń, aby brakujący zakres wymaganego doświadczenia pokrywać umową zakresowo oderwaną od rodzaju doświadczenia wymaganego w SIWZ.

Odwołujący podał, że przedmiotem umowy, w ramach której zostało zdobyte doświadczenie podmiotu trzeciego wskazane w poz. 6 wykazu, był „Demontaż istniejących oraz zamontowanie nowych odcinków stalowych barier ochronnych w ramach remontu drogi krajowej nr 92 na odc.:

- Swarzędz - Iwno; od km 193+000 do km 203+630 o łącznej dł. 2 x 10,630 km,
- Iwno - Starczanowo; od km 205+330 - 214+200 o łącznej długości 2 x 8,870 km”, a więc nie usługa utrzymania bieżącego barier, ale robota budowlana. Była ona realizowana przez konsorcjum SECUTEK Sp. z o.o. oraz BINNAR B. P. . Wartość robót wg umowy: 7 884 484,62 zł (a nie 40 196,40 zł, jak podano w poz. 6 wykazu usług). Montaż barier zgodnie z postanowieniami umowy miał być wykonany w okresie od 08.12.2020 r. do 17.12.2020 r. (w ciągu 9 dni). Doświadczenie podmiotu trzeciego nie zostało potwierdzone referencjami ani protokołem odbioru.

Odwołujący wskazał, że zamawiający zbył tę okoliczność (braku referencji), tak samo jak fakt, że Konsorcjum nie powołuje się nigdzie w wykazie usług na doświadczenie w bieżącym utrzymaniu barier (nie było w tym zakresie wezwania o uzupełnienie/wyjaśnienie). Odwołujący stwierdził, iż być może zamawiający uznał, że pozostałe pozycje (1-5) wykazu usług wystarczają dla uznania spełniania przez Konsorcjum warunku udziału w Postępowaniu w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia. Odwołujący podkreślił, że doświadczenia z poz. 1 -5 zgodnie z treścią OPZ w postępowaniach, w których doszło do ich zawarcia, nie obejmowały swoim zakresem bieżącego utrzymania barier, które było wprost wyłączone do odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Z treści zobowiązania do udostępnienia potencjału nie wynika, że Konsorcjum może

korzystać z doświadczenia w montażu barier. Wskazano tam:

*Oświadczam, iż:*

*a) udostępniam Wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie:*

Zdolność techniczna i zawodowa (wiedza i doświadczenie)

Konsultacje i częściowa realizacja w zakresie:

- usług utrzymania nawierzchni, w tym robót nawierzchniowych,
- usług utrzymania odwodnienia, w tym robót odwodnieniowych,
- usług utrzymania barier drogowych,
- usług utrzymania zieleni oraz czystości na drogach,
- usług zimowego utrzymania dróg.

Dalej odwołujący stwierdził, że jeżeli chodzi o pozostałe pozycje wykazu usług (poz. 1-5), to Konsorcjum nie dołączyło do wykazu referencji, tylko wskazało zamawiającemu, że są to umowy udzielone przez zamawiającego. Jest to oczywiście zgodne z ustawą Pzp, ale w efekcie doprowadziło do braku weryfikacji po stronie zamawiającego szczegółów okoliczności związanych z realizacją zamówień z pozycji wykazu usług 1-5. W tym aspekcie odwołujący po pierwsze wskazał, że zamówienia wskazane w poz. 1, 2 oraz 4 jako doświadczenie własne PHU U. zostały udzielone konsorcjum, których PHU U. był jednym z członków, a z treści pozycji wykazu nie można wywieść, czy podana wartość robót brutto była zakresem faktycznie zrealizowanym samodzielnie przez ten podmiot, a okoliczność ta nie została zweryfikowana przez zamawiającego. Nadto wartość umowy wskazanej w poz. 1 formularza „Zdolność zawodowa Wykonawcy (Wykaz usług)” wynosi 45 784 110,91 zł brutto, a umowa została zawarta na 48 miesięcy w dniu 08.03.2018 r. Do czasu złożenia formularza „Zdolność zawodowa Wykonawcy (Wykaz usług)” upłynęło więc 35 pół miesiąca = 73,96% czasu umowy. W poz. 1 wskazano zrealizowaną wartość 35 378 543,12 zł, stanowiącą 77,27% ogólnej wartości umowy, co oznaczałoby, że członek Konsorcjum PHU U., który zgłosił to doświadczenie, przypisuje sobie realizację całości umowy. Odwołujący podkreślił, że tamto zamówienie zostało udzielone konsorcjum złożonemu z trzech podmiotów. Zamówienie wskazane w poz. 3 jako doświadczenie własne Rector sp. z o.o. dotyczy zamówienia udzielonego konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe TAR - POL T. J., Targówka, ul. Lipowa 2, 05-300 Mińsk Maz., 2) ROMIL Sp. z o. o., ul. Polskie Drogi 6/31,02-775 Warszawa, 3) RECTOR Sp. z o. o., ul. Bora Komorowskiego 35/7, 03-450 Warszawa, 4) Usługi Sprzętowo - Transportowe Z. J., Zwierzyniec 63, 97-403 Drużbice, Rector sp. z o.o. była więc tylko jednym z członków, a z treści pozycji wykazu nie można wywieść, czy podana wartość robót brutto była zakresem faktycznie realizowanym samodzielnie przez tę spółkę, zaś okoliczność ta nie została zweryfikowana przez Zamawiającego. Z kolei w poz. 5 wykazano doświadczenie z postępowania GDDKiA O/Białystok, znak: GDDKiA.O.BI.D-3.2413.4.2020. Odwołujący podkreślił, że podana

wartość robót brutto na dzień składania ofert nie zgadza się z wartością umowy, jakiej udzielono w tym postępowaniu PHU U. . Uzyskał on zamówienie w Części II Rejon w Augustowie - Obwód Drogowy w Grajewie, wartość umowy 4 452 598,64 zł oraz w Części IV, Rejon w Bielsku Podlaskim, 8 318 858,93 zł. Umowy zostały zawarte na lata 2020-2024, a do zawarcia umów doszło na Część II - 23.07.2020 r. (zakres zrealizowany - to maksymalnie 1 sezon, czyli 1/4 kosztorysu), a na Część IV- 15.10.2020 r. (zakres zrealizowany - to maksymalnie 1 sezon, czyli 1/4 kosztorysu). Co najmniej więc wartość umowy wskazanej w poz. 5 wymagała weryfikacji.

III. Ad. Zawyżenie punktacji w kryterium kwalifikacje personelu

Odwołujący podał, że kryteriami oceny ofert w postępowaniu były:

1. Cena - 60% (max 60 pkt)
2. Emisja spalin - 25% (max 25 pkt)
3. Kwalifikacje zawodowe personelu - 10% (max 10 pkt)
4. Zawodowa integracja osób - 5% (max 5 pkt)

Ofercie ocenionej jako najkorzystniejsza zamawiający przyznał maksymalną ilość punktów w kryteriach cena, emisja spalin oraz zawodowa integracja osób. W ramach kryterium kwalifikacje zawodowe personelu Konsorcjum uzyskało 8 pkt na 10 możliwych, z czego uzyskało 4 pkt za kierownika ds. utrzymania dróg oraz 4 pkt za zastępcę kierownika ds. utrzymania dróg, w oparciu o informacje przedstawione w formularzu „Kryteria pozacenowe”. Odwołujący wskazał, że zamawiający przyznał punkty wyłącznie w oparciu o treść informacji zawartych w formularzu „Kryteria pozacenowe”. Odwołujący próbował ustalić, które z dwóch doświadczeń osoby wskazanej na stanowisko kierownika ds. utrzymania dróg zostało przez zamawiającego uwzględnione wobec przyznania 4 punktów. Odwołujący zadał więc zamawiającemu pytanie: które z dwóch wymienionych przez Konsorcjum w formularzu „Kryteria pozacenowe” zadań - zostało przez zamawiającego uwzględnione w punktacji doświadczenia Kierownika utrzymania Pana Z. U. ? Zamawiający udzielił odpowiedzi: *„Zamawiający brał pod uwagę oba zadania wymienione w kryterium pozacenowym przez Konsorcjum Firm: Abramss Sp. z o. o.; PHU U.; Rector Sp. z o. o. W związku z tym, że wymienione zadania wykonywane były w tym samym czasie, przyznane zostały punkty za 48 miesięcy doświadczenia”*.

Jak wynika z udzielonej odpowiedzi zamawiający w sposób automatyczny oparł się na informacji przekazanej przez Konsorcjum i nie zweryfikował okoliczności, że jedna osoba nie mogła w tym samym okresie 4 lat pełnić funkcji koordynatora umowy na dwóch różnych zadaniach. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający postawił w SIWZ warunek, zgodnie z którym dana osoba może pełnić tylko jedną funkcję przy realizacji Umowy. Również w postępowaniu, w którym zostało zdobyte doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko koordynatora umowy (postępowanie GDDKIA Oddział w Warszawie na „Bieżące i zimowe

utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z podziałem na 3 zadania”, numer referencyjny 68/2014), Zamawiający zastrzegł, że nie dopuszcza przedstawienia tych samych osób na więcej niż jedno zadanie.

Odwołujący stwierdził, że nie jest więc możliwe, że informacja wskazana w formularzu „Kryteria pozacenowe” jest prawdziwa. Wskazano tam doświadczenia na 2 różnych zadaniach tego samego zamówienia na tym samym stanowisku, co jest sprzeczne z SIWZ tamtego postępowania. Prawidłowa weryfikacja faktycznego pełnienia funkcji koordynatora umowy wymagała uwzględnienia tej okoliczności, ponieważ nie jest możliwe, aby Pan Z. U. faktycznie świadczył usługi, które formularzu „Kryteria pozacenowe”, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

IV. Ad. Bezpodstawne objęcie dokumentów konsorcjum tajemnicą przedsiębiorstwa  
Odwołujący podał, że nie jest w stanie zweryfikować, czy Konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu, ponieważ mimo że zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie oferty Konsorcjum, to nie otrzymał kompletu dokumentów. Zamawiający przekazał odwołującemu pismo Konsorcjum „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa” z 26 kwietnia 2021 r., z którego wynika, że Konsorcjum jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegło:

- 1) imiona i nazwiska oraz doświadczenie zawodowe osób skierowanych do realizacji zamówienia wskazanych w wykazie osób
- 2) rachunek zysków i strat wraz z opinią biegłego rewidenta dot. PHU „U.” Z. U.,
- 3) informację z banku potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych dot. PHU „U.” Z. U. .

Odwołujący wskazał, że zamawiający nie udostępnił mu wskazanych dokumentów Konsorcjum, uznając że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Ocena ta jest jednak bezzasadna.

Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest prawidłowe wykazanie, że dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk.

Tajemnica przedsiębiorstwa to wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, więc powinna być interpretowana ściśle. Przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie

jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych (KIO 364/13, 365/13).

Odwołujący podkreślił, że konieczność zapewnienia transparentności postępowania oznacza konieczność ujawnienia określonych informacji o swojej działalności, nawet jeśli Konsorcjum zasadniczo woli ich nie ujawniać. Sam ten fakt nie stanowi jednak pewnych informacji, że jest to tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący ocenił, że ciężar zaistnienia wyjątkowych okoliczności skutkujących koniecznością wyłączenia jawności dokumentu spoczywa na wykonawcy i w świetle pisma Konsorcjum z 26 kwietnia 2021 r. okoliczności te nie zostały wykazane.

To dzięki prawu do uzyskania pełnej informacji o czynnościach podejmowanych w postępowaniu wobec konkurencyjnych ofert wykonawcy mogą skutecznie bronić swoich interesów i realizować prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej (np. KIO 2468/12, KIO 2473/12, KIO 2493/12).

Dalej odwołujący podkreślił, że obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego zastrzeżenia spoczywa na zamawiającym, który powinien odtajnić informację nie mającą walorów tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie przeprowadził prawidłowo takiej oceny.

Ponadto odwołujący stwierdził, że zasada proporcjonalności stoi na przeszkodzie utajnieniu całego dokumentu w sytuacji, gdy tylko pewne jego fragmenty mogłyby zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W tym zakresie istnieje możliwość anonimizacji. Możliwość wyłączenia jawności nie może być naużywana i stosowana rozszerzająco, jak to ma miejsce w przypadku Konsorcjum, gdzie całościowo wyłączono jawność dokumentów, których pewne elementy są już jawnie dostępne każdemu zainteresowanemu podmiotowi.

#### 1. Bezzasadne utajnienie wykazu osób

Odwołujący wskazał, że zamawiający zgodnie z wnioskiem Konsorcjum w całości utajnił „Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia”, chociaż w oparciu o informacje przedstawione w formularzu „Kryteria pozacenowe” zostało ujawnione do powszechnej wiadomości, jakie osoby są wskazane na stanowisko Kierownik ds. utrzymania dróg oraz Zastępca ds. utrzymania dróg, a także jakie jest ich doświadczenie. Jest bardzo mało prawdopodobne, że doświadczenie tych osób zawarte w formularzu „Kryteria pozacenowe” jest inne, niż doświadczenie podane w formularzu „Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia”.

Nadto odwołujący wskazał, że z udostępnionej mu treści pisma zamawiającego z 17 maja 2021 r. nr O.WA.D.3.2413.74.2020.BM.532.2021 wynika, że na stanowisko Kierownik robót drogowych Konsorcjum wskazało Pana G. B. . Informacja w tym zakresie również nie ma już więc waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponieważ w podanym zakresie informacja z „Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia” straciła walor nie

bycia podaną do publicznej wiadomości, to utajnianie wykazu osób w tym zakresie jest pozbawione podstawy prawnej i przynajmniej w tym zakresie Zamawiający powinien z własnej inicjatywy odtajnić wykaz osób. Natomiast uzasadnienie zastrzeżenia imion i nazwisk osób skierowanych do realizacji zamówienia i ich doświadczenia w ogóle nie spełnia kwalifikacji art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ponadto odwołujący wskazał, że zgodnie z przeważającym poglądem Krajowej Izby Odwoławczej, brak jest co do zasady podstaw, aby tajemnicą obejmować wykaz osób dedykowanych do realizacji zamówienia (np. KIO 385/17). Wykonawca ma bowiem inne możliwości ewentualnego zabezpieczenia się przed rezygnacją danej osoby w realizacji zamówienia, np. przez umowne uregulowanie tej kwestii z daną osobą, zastrzeżenie odszkodowania, itp. Tymczasem wyłączenie jawności jest dopuszczalne na zasadzie wyjątku, tylko wtedy, gdy nie da się interesów wykonawcy zabezpieczyć w inny sposób. Z informacji przedstawionych przez Konsorcjum wynika, że podjęte przez niego środki w celu ochrony zasobu osobowego mogą być nieadekwatne i nieskuteczne.

Odwołujący ocenił, że chybione jest twierdzenie, że osoby wskazane na stanowisko Specjalista ds. utrzymania dróg czy też Specjalista ds. administracyjno-finansowych (inne osoby zostały ujawnione) są przedmiotem ochrony ponieważ „mogą być podkupione”. Odwołujący podkreślił, że argument o podkupywaniu pracowników wielokrotnie był odrzucany przez Krajową Izbę Odwoławczą i to w odniesieniu do bardziej wykwalifikowanych i wyspecjalizowanych pracowników, niż osoby zgłaszane przez Odwołującego. Szczególnie że zdobyte przez nie doświadczenie z dużym prawdopodobieństwem było wynikiem realizacji zadań zleczanych w ramach zamówień publicznych - tylko takie zadania zostały wymienione w załączniku „Zdolność zawodowa wykonawcy (wykaz usług)”.

Ponadto odwołujący wskazał, że argumentacja o utracie osoby współpracującej czy też wzroście kosztów przedsiębiorcy nie może zabraniać innym wykonawcom nawiązywania kontaktów z osobami współpracującymi z innymi wykonawcami. Wymiana pracowników pomiędzy poszczególnymi wykonawcami umożliwia ich stały rozwój i zdobywanie nowych doświadczeń zawodowych, co przekłada się na korzyści dla rynku zamówień publicznych, na którym te osoby funkcjonują. Rotacja w zatrudnieniu wpisuje się podnoszenie poziomu świadczenia usług przez poszczególnych wykonawców (np. KIO 2105/19).

Odwołujący podkreślił, że już nawet sama liczba ofert złożonych w postępowaniu, gdzie każdy wykonawca musiał wylegitymować się dość dużą grupą personelu, świadczy o tym, że doświadczenie zdobyte przez osoby wskazywane w ofercie nie jest unikatowe. Przede wszystkim jednak przedmiot przetargu, jakim jest utrzymanie dróg, świadczy o braku przymiotu unikatowości kwalifikacji osób utajnionych w ofercie Konsorcjum. Firmy, które ofertują w tego rodzaju postępowaniach specjalizują się w tego typu działalności gospodarczej. Biorąc pod uwagę obszar działania GDDKiA (szesnaście oddziałów

terenowych, w których zamówienia takie są udzielane w podziale na zadania dotyczące rejonów - np. GDDKiA Warszawa ma 14 rejonów), już nawet dla tego jednego zarządcy drogi usługę objętą postępowaniem realizuje kilkadziesiąt firm w całym kraju.

Odwołujący stwierdził, że z uwagi na rodzaj kwalifikacji i doświadczenia posiadanego przez osoby skierowane do realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, zdobyte przez te osoby doświadczenie pochodzi z umów realizowanych w ramach zamówień publicznych. Brak jest więc argumentu dla utajniania informacji o doświadczeniu tych osób. Odwołujący kwestionował również twierdzenie Konsorcjum o tym, że dane dotyczące osób (imię i nazwisko) oraz o ich doświadczeniu nie były w przeszłości ujawniane w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

## 2. Bezzasadne utajnienie informacji z banku dotyczącej PHU U.

Odwołujący podkreślił, że z treści pisma Konsorcjum z 26 kwietnia 2021 r. jednoznacznie wynika, że informacja z banku została pozyskana wyłącznie na potrzeby postępowania. Czyli został pozyskany wyłącznie w celu wykazania posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 5 500 000,00 zł. Odwołujący stwierdził, iż powinien mieć możliwość zweryfikować tę okoliczność i nie może ponosić negatywnych konsekwencji samodzielnej decyzji Konsorcjum, że wskazuje w treści informacji z banku informacje w szerszym zakresie, niż wymagał tego Zamawiający - o ile tak rzeczywiście jest. W wyjaśnieniu zastrzeżenia tajemnicy wskazano tylko, że dokument ten ma „szczegółowe i konkretne dane obrazujące poziom środków finansowych konsorcjanta”. Nie jest to okoliczność kontrowersyjna, taka właśnie informacja z banku powinna być.

Odwołujący powołał się w tym zakresie na wyrok KIO 1066/15 z 3 czerwca 2015 r.

Podsumowując odwołujący stwierdził, że wobec własnej inicjatywy rozpowszechniania informacji o swojej kondycji finansowej ponad zakres wynikających z wymogu zamawiającego, Konsorcjum samodzielnie spowodowało, że informacja z banku utraciła walor tajemnicy przedsiębiorstwa, wobec czego powinna zostać ujawniona Odwołującemu.

Zamawiający w dniu 1 lipca 2021 r. wniósł, przed otwarciem rozprawy, odpowiedź na odwołanie w której wnosił o:

- 1) umorzenie postępowania w zakresie zarzutu zaniechania ujawnienia części dokumentów Konsorcjum wobec ich udostępnienia przez zamawiającego,
- 2) oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Zamawiający w przedłożonej odpowiedzi na odwołanie przedstawił również argumentację co do stanowiska zajętego względem zarzutów.

W dniu 1 lipca 2021 r. do Izby wpłynęło również pismo procesowe wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego tj.

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Abramss sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Z. U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe U. Z. U. z siedzibą w Makowie Mazowieckim, Rector Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej Konsorcjum). W piśmie tym Konsorcjum wносиło o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawiło szeroką argumentację wraz z dowodami na poparcie swojego stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej wyjaśnienia, złożonych ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie należy zaznaczyć, iż w przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosowanie do art. 92 ust. 2 ustawy z dn. 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) do postępowania odwoławczego zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dn. 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) zwana dalej „nową Pzp” lub „nPzp”.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 nPzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba ustaliła, iż do postępowania odwoławczego w dniu 4 czerwca 2021 r. zgłosili przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Abramss sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Z. U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe U. Z. U. i z siedzibą w Makowie Mazowieckim, Rector Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej zwani Konsorcjum lub Przystępujący). Izba uznała za skuteczne przystąpienie ww. wykonawców do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.



Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie w zakresie:

- zarzutu nr 7 odwołania tj. naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- zarzutu dot. niespełnienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Abramss Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Z. U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe U. Z. U. z siedzibą w Makowie Mazowieckim, Rector Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie warunków w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, oraz
- zarzutu niewykazania zdolności zawodowej - doświadczenia w aspekcie wartości usługi wskazanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Abramss Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Z. U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe U. Z. U. z siedzibą w Makowie Mazowieckim, Rector Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w poz. 1 formularza „Zdolność zawodowa Wykonawcy (wykaz usług), wobec ich wycofania przez Odwołującego.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania*.

Odwołujący na rozprawie oświadczył, że cofa odwołanie w wyżej wskazanej części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już tego zarzutu, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanego zarzutu.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

### **Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, Rejon w Garwolinie”, nr ref. GDDKiA.O.WA.D-3.2413.74.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 grudnia 2020 r. pod nr 2020/S 252-636417.

Na podstawie akt sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt. 7.2.3. a) Instrukcji dla wykonawców (IDW) O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

a) Wykonawcy:

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

a) 1 lub 2 lub 3 zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg klasy min. G o łącznej wartości brutto bieżącego utrzymania nie mniejszej niż 20 000 000,00 PLN brutto

b) 1 lub 2 lub 3 zadań polegających na zimowym utrzymaniu dróg klasy min. G o łącznej wartości brutto zimowego utrzymania nie mniejszej niż 8 000 000,00 PLN brutto

lub

a) 1 lub 2 lub 3 zadań polegających na całorocznym (bieżącym i zimowym) utrzymaniu dróg klasy min. G o łącznej wartości brutto zimowego utrzymania nie mniejszej niż 28 000 000,00 PLN brutto

W przypadku umów nadal realizowanych, Zamawiający wymaga, aby łączna wartość brutto:

- bieżącego utrzymania części umów zrealizowanych przed terminem składania ofert wyniosła co najmniej 20 000 000,00 PLN brutto,

- zimowego utrzymania części umów zrealizowanych przed terminem składania ofert wyniosła co najmniej 8 000 000,00 PLN brutto,

- całorocznego utrzymania części umów zrealizowanych przed terminem składania ofert wyniosła co najmniej 28 000 000,00 PLN brutto.

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

Przez zimowe utrzymanie dróg rozumie się wykonywanie usług w zakresie odśnieżania, zapobiegania śliskości, likwidacji śliskości na drodze wykonywanych w sezonie zimowym.

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, spełnianie warunków w pkt 7.2.3) a) IDW, Wykonawcy wykazują łącznie.

Zamawiający pkt 19. IDW pn. „Kryteria wyboru i sposób oceny ofert oraz udzielenie zamówienia” nadał następujące brzmienie:

19.1. Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie następujące kryteria oceny ofert:

- a) Cena – 60% = 60 pkt
- b) Emisja spalin (E) - 25 % = 25 pkt
- c) Kwalifikacje zawodowe personelu (K) - 10 % = 10 pkt
- d) Zawodowa integracja osób (I) - 5 % = 5 pkt

Zamawiający dokona oceny ofert przyznając punkty w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert, przyjmując zasadę, że 1 punkt = 1%

(...)

19.1.2. Kryteria pozacenowe:

W ramach kryteriów pozacenowych punkty zostaną przyznane na podstawie Oferty Wykonawcy - Formularz „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2.2).

Formularz „Kryteria pozacenowe” stanowi przykładowy sposób opracowania. W przypadku korzystania przez Wykonawcę z tego formularza wymagane jest podpisanie dokumentu. Niezłożenie Formularza „Kryteria pozacenowe” skutkować będzie przyznaniem 0 punktów w ramach kryteriów pozacenowych.

Opis kryteriów pozacenowych i sposobu przyznawania punktów:

19.1.2.2. Kryterium „Kwalifikacje zawodowe personelu” (K)

Kryterium „Kwalifikacje zawodowe personelu” (K) będzie rozpatrywane na podstawie informacji podanych przez Wykonawcę w Formularzu „Kryteria pozacenowe” dotyczących doświadczenia zawodowego:

- osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg oraz
- osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg,

W tym kryterium, można uzyskać maksymalnie 10 punktów, stanowiących sumę punktów uzyskanych w ramach podkryteriów:

19.1.2.2.1 Podkryterium „Kwalifikacje zawodowe Kierownika ds. Utrzymania Dróg”

W tym podkryterium ocenie podlegać będzie doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg w koordynowaniu prac związanych z utrzymaniem dróg, obejmujących co najmniej 100 km dróg klasy min G zdobyte na stanowisku ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z

utrzymaniem dróg. Punkty zostaną przyznane za każdy pełny rok doświadczenia (12 miesięcy), ponad wymagane postawione w warunkach udziału w postępowaniu.

Punkty w tym podkryterium zostaną przyznane wg poniższych zasad za wykazane doświadczenie:

- 2 lata doświadczenia (24 miesiące) – 0 punktów
- 3 lata doświadczenia (36 miesięcy) – 2 punkty
- 4 lata doświadczenia (48 miesięcy) – 4 punkty
- 5 lat doświadczenia (60 miesięcy) – 6 punktów

#### 19.1.2.2.2. Podkryterium „Kwalifikacje zawodowe Z-cy Kierownika ds. Utrzymania Dróg”

W tym podkryterium ocenie podlegać będzie doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg w koordynowaniu prac związanych z utrzymaniem dróg, obejmujących co najmniej 70 km dróg klasy min G zdobyte na stanowisku/ stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg . Punkty zostaną przyznane za każdy pełny rok doświadczenia (12 miesięcy), ponad wymagane postawione w warunkach udziału w postępowaniu.

Punkty w tym podkryterium zostaną przyznane wg poniższych zasad za wykazane doświadczenie:

- 1 rok doświadczenia (12 miesięcy) – 0 punktów
- 2 lata doświadczenia (24 miesiące) – 1 punkt
- 3 lata doświadczenia (36 miesięcy) – 2 punkty
- 4 lata doświadczenia (48 miesięcy) – 3 punkty
- 5 lat doświadczeń (60 miesięcy) – 4 punkty

Niezłożenie Formularza „Kryteria pozacenowe” lub niewypełnienie go w pozycji „Kwalifikacje zawodowe personelu” skutkować będzie przyznaniem 0 punktów w tym kryterium.

W kryterium „Doświadczenie zawodowe personelu” ocenie będą podlegać jedynie informacje o doświadczeniu wykazane na Formularzu „Kryteria pozacenowe” złożonym wraz z ofertą.

Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp może mieć zastosowanie jedynie w zakresie wyjaśnienia treści złożonych ofert. W następstwie czynności złożenia wyjaśnień Wykonawca nie może uzupełniać Formularza „Kryteria pozacenowe” w zakresie kryterium „Doświadczenie zawodowe personelu” o dodatkowe zadania nieujęte w Formularzu lub dokonywać ich zmiany.

Przystępujący w wykazie potwierdzającym zdolność zawodową wykonawcy (Wykaz usług) wskazał 6 pozycji.

1. Podmiot wykazujący PHU U., zamawiający GDDKiA Oddział w Warszawie, realizacja kontraktu pn. „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie wraz ze wszystkimi jej elementami – Rejon w Przasnyszu” wartość brutto 35 378 543,12 zł na dzień składania ofert, klasa dróg G
2. Podmiot wykazujący PHU U., zamawiający GDDKiA Oddział w Warszawie, realizacja kontraktu pn. „Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie w podziale na 3 zadania: w zakresie zadania nr 2 – bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Płocku” wartość brutto 51 816 224,30z ł, klasa dróg G
3. Podmiot wykazujący Rector Sp. z o.o., zamawiający GDDKiA Oddział w Warszawie, realizacja kontraktu pn. „Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie w podziale na 3 zadania: w zakresie zadania nr 3 – bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Płońsku”, wartość brutto 51 816 224,30 zł, klasa dróg G
4. Podmiot wykazujący PHU U., zamawiający GDDKiA Oddział w Bydgoszczy, realizacja kontraktu pn. „Zimowe utrzymanie dróg na obszarze działania GDDKiA Oddział w Bydgoszczy w sezonach zimowych 2017/2018, 2018/2019, 2019/2020, 2020/2021 – Część nr 1 – Rejon w Bydgoszczy, wartość brutto 5 187 667,35 zł,
5. Podmiot wykazujący PHU U., zamawiający GDDKiA Oddział w Białymstoku, realizacja kontraktu pn. „Usługi likwidacji śliskości zimowej i odśnieżania nawierzchni dróg, parkingów, zatok autobusowych oraz ciągów pieszo – rowerowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Białymstoku Rejon w Bielsku Podlaskim, w sezonach zimowych 2020/2021, 2021/2022, 2022/2023 i 2023/2024” wartość brutto na dzień składania ofert 5 426 279,43 zł.
6. Podmiot wykazujący Matron Sp. z o.o., zamawiający Secutec Sp. z o.o., realizacja kontraktu pn. „Montaż barier drogowych na DK 92: -km 194+628 do km 195000 (372 mb) i km 197+00 do 198+200 (300 mb); -201+318+201+318+830 PR kierunek Września 512 mb (jedna strona); -201+896+202+076 PR kierunek Września 180 mb”, wartość brutto 40 196,40 zł.

W formularzu „Kryteria pozacenowe” przystępujący oświadczył, że p. Z. U. wyznaczony do pełnienie funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg, wykonywał poniższe zadania:

1. Zadanie 1 - nazwa zadania: Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie - Zadanie nr 2 – bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Płocku, zamawiający GDDKiA Oddział w Warszawie, zakres zadania: utrzymanie zimowe i bieżące (letnie) dróg, długość utrzymywanych dróg klasy min G: 147,439 km, stanowisko ds. koordynacji (koordynator umowy): od 30.10.2014 do 30.10.2018 (48 miesięcy doświadczenia);

2. Zadanie 2 - nazwa zadania: „Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie - zadanie nr 3 – bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Płońsku”, zamawiający GDDKiA Oddział w Warszawie, zakres zadania: utrzymanie zimowe i bieżące (letnie) dróg, długość utrzymywanych dróg klasy min G: 134,245 km, stanowisko ds. koordynacji (koordynator umowy): od 30.10.2014 do 30.10.2018 (48 miesięcy doświadczenia);

Izba oceniła zgromadzony materiał dowodowy w następujący sposób:

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wszechstronny i umożliwi wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp tj. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.
- 2) art. 22a ust. 2 ustawy Pzp tj. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.
- 3) art. 22a ust. 3 ustawy Pzp tj. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13–22 i ust. 5.
- 4) art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp tj. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;

- 5) art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp tj. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;
- 6) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp tj. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 7) art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp tj. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;
- 8) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp tj. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.
- 9) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp tj. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.
- 10) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp tj. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.
- 11) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert
- 12) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp tj. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Kluczową dla niniejszego postępowania odwoławczego była kwestia ewentualnego zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania. Izba stwierdziła, iż zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp.

Bezspornym między stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego było, iż w dniu 10 września 2020 r. zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, w postępowaniu pn. Zimowe utrzymanie dróg na obszarze działania GDDKiA Oddział w Bydgoszczy w sezonach 2020/2021, 2021/2022 z podziałem na części: część 1 – Rejon w Bydgoszczy, nr ref. GDDKiA.O.BY.D-3.2413.5.2020.9, poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy Matron Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Przedsiębiorstwa Handlowo – Usługowego U. Z. U. z siedzibą w Makowie Mazowieckim. Podstawą odrzucenia obu ofert był art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia zamawiający stwierdził, iż ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz że na podstawie zgromadzanych dowodów oraz oceny całokształtu okoliczności i faktów zaistniałych w sprawie uzyskał przekonanie, iż wystąpiło nielegalne porozumienie wykonawców Matron i Z. U. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe U. Z. U. (dalej PHU U.), co do swojego udziału w przetargu i warunków składanych ofert. Ponadto w przedmiotowym uzasadnieniu odrzucenia wskazano, iż biorąc pod uwagę zasady logiki i doświadczenia życiowego, nie jest zatem możliwe podważanie tego, iż nastąpiła wcześniejsza koordynacja działań tychże podmiotów i zostało zawiązane nieformalne, zakazane porozumienie wypełniające znamiona zmowy przetargowej. Tak więc zamawiający, w ww. postępowaniu, stwierdził popełnienie przez PHU U. i Matron Sp. z o.o. czynu o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp. Bezsporne było również, iż wykonawcy których oferty zostały odrzucone nie kwestionowali tej czynności zamawiającego poprzez przysługujące im środki ochrony prawnej. W postępowaniu prowadzonym aktualnie przez zamawiającego GDDKiA Oddział w Warszawie PHU U. jest jednym z członków Konsorcjum, natomiast Matron Sp. z o.o. jest podmiotem udostępniającym swoje zasoby Konsorcjum.

Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, z udziału w postępowaniu wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Omawiana przesłanka wykluczenia ma charakter obligatoryjny, jednakże zachodzą dwie okoliczności, w których nie znajdzie zastosowania – gdy od zawarcia porozumienia upłynęły ponad 3 lata (art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp), albo wykonawca, który



takie porozumienie zawarł, przedstawi dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności np. podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu (art. 24 ust. 8 ustawy Pzp).

Wobec powyższego, należy uznać, że w sytuacji gdy zamawiający w uprzednio prowadzonym postępowaniu stwierdził, że członek konsorcjum przystępującego oraz podmiot trzeci na zasoby którego ono się powołuje, zawarł niedozwolone porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia i skutecznie odrzucił jego ofertę z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, dla możliwości stwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu w tym postępowaniu koniecznym byłoby wykazanie, że od zawarcia porozumienia upłynęły trzy lata, bądź wykonawca przedstawił przekonujące dowody na wykazanie swej rzetelności (self-cleaning). Jednakże przystępujący (ani podmiot na zasoby którego się powoływał) na takie okoliczności nie wskazywał, nie podjął nawet próby dokonania samooczyszczenia, w dokumencie JEDZ na pytanie czy zawierał porozumienia z innymi wykonawcami mające na celu zakłócenie konkurencji zaznaczył NIE, co wskazuje na zaprzeczanie przez wykonawcę PHU U., iż w ogóle do porozumienia o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp doszło.

Jednocześnie przystępujący wywodził, iż ówczesne odrzucenie było nieuzasadnione, a Izba winna w niniejszym postępowaniu odwoławczym badać, czy do zмовы faktycznie doszło. W ocenie Izby argumentacja przystępującego była całkowicie chybiona. Należy bowiem uznać, że etapem, na którym przystępujący mógł zaprzeczyć i wykazać, że do rzeczonoego porozumienia nie doszło, było pierwsze postępowanie, w którym jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Wykonawca, który wchodzi w skład konsorcjum przystępującego, w tamtym postępowaniu zrezygnował z przysługującego mu uprawnienia do wniesienia odwołania. O ile rezygnacja ze złożenia odwołania nie może być utożsamiana z „przyznaniem się”, tak należy ją poczytywać jako godzenie się z konsekwencjami decyzji zamawiającego – w tym wypadku uznania, że wykonawcy, których dotyczyły zarzuty, zawarli niedozwolone porozumienie, co w przyszłości może skutkować ich wykluczeniem z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp. Z kolei obecnie prezentowana przez przystępującego argumentacja, iż zrezygnował z wniesienia odwołania ze względów biznesowych, nie jest racjonalna w sytuacji gdy, wykonawca wchodzący w skład Konsorcjum przystępującego oraz podmiot na zasoby którego obecnie się ono powołuje, jako podmioty profesjonalnie działające na rynku zamówień publicznych i będące jego aktywnymi uczestnikami, powinni dbać o swoją pozycję rynkową i renomę, a zaniechanie obrony przed zarzutem zawarcia niedozwolonego porozumienia, którego stwierdzenie skutkuje

wykluczeniem z postępowań o udzielenie zamówienia na trzy lata, uznać należy za działanie niemieszczące się w granicach racjonalnego zarządzania.

Raz jeszcze należy podkreślić, iż w ocenie składu orzekającego próba podważenia ustaleń i decyzji zamawiającego z poprzedniego postępowania, którą podejmuje przystępujący, jest spóźniona. Umożliwienie podważenia ustaleń, które były podstawą decyzji o odrzuceniu jego ofert z poprzedniego postępowania, stanowiłoby w zasadzie przywrócenie terminu na wniesienie odwołania od czynności zamawiającego podjętych w zakończonym już postępowaniu. Wobec powyższego, jako bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania, Izba oceniła dowody przedstawione przez przystępującego w postaci: listy osób uprawnionych do powołania zarządu Rector spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie z dnia 10 sierpnia 2020 r., wydruków z CEIDG PHU U., Regulaminu w zakresie postępowania przetargowego w firmie PHU U. z dnia 1 lutego 2019 r. (zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa), procedury przetargowej w MATRON (zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa) oraz wyciągu z przedwstępnej umowy podwykonawczej z podmiotem trzecim RECTOR.

Artykuł 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp ma na celu wyeliminowanie wykonawców dopuszczających się praktyk zakłócających konkurencję, które zagrażają rynkowi i systemowi zamówień publicznych. Wobec powyższego nie można uznać, że wykonawca, co do którego stwierdzone zostanie, że zawarł takie porozumienie, jest traktowany nadmiernie surowo czy pozbawiany prawa do obrony. Należy zauważyć, że decyzja o wykluczeniu wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp może być - w zależności od woli tego wykonawcy - poddana kontroli KIO. Wykonawca ma zatem możliwość wykazania niezasadności decyzji zamawiającego. Co więcej, przysługuje mu instytucja self-cleaningu. Ponadto po upływie trzech lat od zawarcia niedozwolonego porozumienia, ta przesłanka wykluczenia z postępowania wygasa. W tak ukształtowanym stanie prawnym z całą stanowczością należy stwierdzić, że nie jest zasadnym umożliwienie wykonawcy wykazywania, że uprzednio stwierdzone przez zamawiającego niedozwolone porozumienie nie miało miejsca. Możliwość taka stanowiłaby dodatkową – nadmiarową, mając na uwadze dyspozycję art. 24 ust. 7 i 8 ustawy Pzp, furtkę do uniknięcia wykluczenia z postępowania dla wykonawców, dopuszczających się zawierania zmów przetargowych.

W ocenie Izby, wystarczającym „środkiem dowodowym”, o jakim mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, koniecznym dla uznania, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania jest uprzednie, niewzruszone stwierdzenie, że wykonawca dopuścił się zawarcia takiego porozumienia, zapadłe w innym postępowaniu. W związku z tym, Izba nie podziela argumentacji przystępującego, jakoby odwołujący w niniejszej sprawie oprócz dowodu w postaci kopii protokołu z postępowania oznaczonego GDDKiA.O.BY.D-3.2413.5.2020.9 wraz z informacją o odrzuceniu ofert PHU U. oraz MATRON Sp. z o.o.

zobowiązany był wykazywać zawarcie niedozwolonego porozumienia. Dokonane w rzeczonym postępowaniu ustalenie, iż członek konsorcjum przystępującego oraz podmiot trzeci na zasoby którego ono się powołuje, zawarli porozumienie zakłócające konkurencję, wobec braku jego podważenia w przewidzianym do tego terminie (tj. w tym wypadku, w toku postępowania odwoławczego), stanowi dowód, że porozumienie takie zostało zawarte. W sytuacji, w której wykonawca zaniechał obrony przed uznaniem go winnym zawarcia niedozwolonego porozumienia (bądź jeżeli obrona taka byłaby nieskuteczna), dopóki nie upłynie termin 3 lat od jego zawarcia, to celem uniknięcia wykluczenia z kolejnych postępowań powinien dokonywać samooczyszczenia. Jednocześnie Izba wskazuje, iż chybiona jest argumentacja zamawiającego, iż przesłanka wykluczenia nie materializuje się w tym postępowaniu, gdyż nie zachodzi tożsamość podmiotowa wykonawcy wykluczonego (odrzuconego) w postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA w Bydgoszczy, a wykonawcy biorącego udział w postępowaniu będącym przedmiotem niniejszego postępowania. Dostrzeżenia wymaga, iż przesłanki wykluczenia zamawiający zobowiązany jest badać stosunku do każdego z wykonawców, a stosownie do art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wobec tego zamawiający ma obowiązek badania podstaw wykluczenia odrębnie wobec każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, podobnie jak i podmiotu udostępniającego zasoby (art. 22a ust. 3 ustawy Pzp).

Skład orzekający, nie podzielił również stanowiska zamawiającego, iż w przypadku przedmiotowego czynu nieuczciwej konkurencji podstawą wyliczenia 3-letniego okresu eliminacji z rynku zamówień publicznych powinna być decyzja organu potwierdzająca tzw. znowę przetargową, nie zaś moment w którym do tej znowy doszło, a w związku z faktem, iż w sprawie znowy stwierdzonej przez Oddział GDDKiA w Bydgoszczy nie zostało wydane żadne rozstrzygnięcie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, brak jest podstaw do twierdzenia aby Konsorcjum podlegało wykluczeniu w oparciu o tą przesłankę. W tej kwestii Izba, za własną uznaje argumentację przedstawioną w wyroku z dn. 12 marca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 573/21, gdzie stwierdzono, że wykładnia przedstawiona przez zamawiającego stanowi de facto wykładnię contra legem, gdyż konstruuje normę prawną z użyciem elementu, którego nie ma w art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp, w celu obejścia konieczności wykazania zaistnienia przesłanki negatywnej z art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp tj. wskazania, że od zawarcia niedozwolonego porozumienia nie upłynęły 3 lata. Przepis ten wprost odnosi się do dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia i to ten dzień stanowi podstawę do liczenia upływu okresu 3 lat.

Tytułem uzupełnienia można dodać, że w rozpatrywanej sprawie przystępujący nie przedstawił dowodów ani twierdzeń, których nie mógł podnieść w sytuacji kwestionowania decyzji zamawiającego podjętej w poprzednim postępowaniu. Niezależnie od powyższego

należy powtórzyć, że przystępujący próbę podważenia ustaleń zamawiającego o zawarciu porozumienia o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp winien był podjąć w poprzednim postępowaniu, a obecnie jest to działanie spóźnione.

Reasumując, w ocenie Izby zaszła przesłanka wykluczenia przystępującego z postępowania określona w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp. Niewątpliwie środkiem dowodowym, pozwalającym na ustalenie, że przystępujący zawarł porozumienie zakłócające konkurencję było uprzednie, ostateczne ustalenie, że porozumienie takie zostało zawarte. Jednocześnie przystępujący nie podjął próby samooczyszczenia, nie upłynął również trzyletni termin, o którym mowa w art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp. Wobec powyższego należy stwierdzić, że zasadne jest wykluczenie przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp.

Wobec powyższych ustaleń, Izba uznała, iż ziszcza się również przesłanka wykluczenia z postępowania wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Przystępujący mając świadomość istnienia podstaw do wykluczenia w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu. W wymaganych dokumentach nie wskazał, że brał udział w niedozwolonym porozumieniu, czym w ocenie Izby wprowadził zamawiającego w błąd, gdyż doprowadził do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Wobec podniesionych zarzutów w odwołaniu, pomimo uwzględnienia najdalej idącego zarzutu tj. zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania, Izba uznała za zasadne wydanie rozstrzygnięcia również w zakresie pozostałych zarzutów.

I tak, odnośnie zarzutu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu przez przystępującego i zakresu wykazywanego przez niego doświadczenia jako nieobejmującego całości asortymentu określonego w definicji bieżącego utrzymania dróg: nawierzchni, odwodnienia, barier drogowych, zieleni oraz czystości, Izba stwierdziła, iż zarzut ten nie potwierdził się. Odwołujący kwestionował nie wykazanie wymaganego doświadczenia w dwóch aspektach: pierwszy to brak wykazania przez przystępującego doświadczenia w bieżącym utrzymaniu barier, a drugi to dopuszczalność i zakres wykazywania przez członków Konsorcjum doświadczenia nabytego przy realizacji umów w ramach innych konsorcjów.

Odnośnie pierwszego aspektu skład orzekający podziela stanowisko przystępującego, iż zakres bieżącego utrzymania dróg wskazywany w doświadczeniu na potwierdzenie spełniania warunków nie musi być tożsamy z zakresem utrzymania określonym w opisie przedmiotu zamówienia, jeżeli nie został on w ten sposób opisany w SIWZ. Nie jest prawdą, że treść warunku należy interpretować przez pryzmat przedmiotu zamówienia. Warunek powinien korespondować z przedmiotem zamówienia i pozwalać na stwierdzenie, iż wykonawca posiadający np. określone doświadczenie podoła realizacji

zamówienia, jednakże posiadane doświadczenie nie musi być tożsame z przedmiotem zamówienia, gdyż wówczas mogłoby ograniczać dostęp do pozyskania zamówienia podmiotom zdolnym do realizacji zamówienia. Zamawiający formułując warunek doświadczenia, zdefiniował rozumienie pojęcia bieżącego utrzymania dróg. Przez bieżące utrzymanie dróg zamawiający rozumiał: wykonywanie usług utrzymania dróg w zakresie co najmniej utrzymywania: nawierzchni, obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych, zieleni oraz czystości wykonywanych przez cały rok kalendarzowy. Zamawiający nie zdefiniował pojęcia bieżącego utrzymania barier drogowych, brak też definicji legalnej tego utrzymania. Pomocniczo należy wskazać, iż zgodnie z ustawą z dn. 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 470) przez utrzymanie drogi rozumie się wykonywanie robót konserwacyjnych, porządkowych i innych zmierzających do zwiększenia bezpieczeństwa i wygody ruchu, w tym także odśnieżanie i zwalczanie śliskości zimowej (art. 4 pkt 20). W ocenie Izby, odwołujący wywiódł z definicji bieżącego utrzymania dróg określonej przez zamawiającego, zbyt daleko idący wniosek, iż zakres usług częściowych wchodzących w skład głównych elementów bieżącego utrzymania dróg musi być tożsamy z przedmiotem zamówienia tzn. zakres wykazywanego doświadczenia w utrzymaniu barier drogowych musi odpowiadać zakresowi tego utrzymania przewidzianemu do realizacji w ramach umowy. Odwołujący argumentował, iż aby można było mówić o usługach bieżącego utrzymania dróg zgodnie z wymaganiami zamawiającego, konieczne jest wykazanie świadczenia usług w zakresie bieżącego utrzymania barier polegających na wykonywaniu czynności konserwacyjnych mających na celu utrzymanie ich w sprawności. W związku z tym, odwołujący kwestionował nabycie przez przystępującego wymaganego doświadczenia m.in. w zakresie realizacji umowy nr 34/2018 z dn. 8 marca 2018 r. (pn. Całoroczne, kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie wraz ze wszystkimi jej elementami – Rejon w Przasnyszu), gdyż w zakres tej umowy wchodziło tylko utrzymywanie barier w czystości. Na dowód Odwołujący przedstawił opis przedmiotu zamówienia dla postępowania nr 31/2017, w wyniku którego została zawarta umowa nr 34/2018. Zamawiający w toku rozprawy podkreślał, iż przedmiotem tej umowy było utrzymanie barier polegające na ich utrzymywaniu w czystości. Ponadto przystępujący przedstawił oświadczenie Kierownika Rejonu w Przasnyszu datowane na dn. 2 lipca 2020 r., w którym potwierdzono, że konsorcjum w składzie: PHU U., Abramss Sp. z o.o. oraz WIESTAR Sp. z o.o. wykonuje prace obejmujące: utrzymanie estetyki barier drogowych oraz urządzeń BRD, zabezpieczenie uszkodzonych w wyniku zdarzeń drogowych barier oraz urządzeń BRD, zgłoszenie faktu wystąpienia uszkodzenia barier drogowych oraz urządzeń BRD do Rejonu, a także przywracanie płynności ruchu drogowego w tym rozbiórka barier energochłonnych uszkodzonych w wyniku zdarzeń, a zamawiający opinię z dn. 10.03.2021 r. dot. zakresu robót wykonanych na przedmiotowym zadaniu oraz ich wartości na dzień

31.01.2021r. . Izba, oceniając wskazany zakres prac, nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż zakres prac przedstawiony w oświadczeniu wykracza poza OPZ dla postępowania w wyniku którego została zawarta umowa, gdyż zakres ten koresponduje właśnie z tym opisem przedłożonym jako dowód m.in. przez odwołującego. Z tych też powodów, Izba uznała, przedłożone oświadczenie jako wiarygodne. Ostatecznie, sam odwołujący, w toku rozprawy przyznał, że mycie zalicza się do innej grupy czynności pod nazwą „estetyka”, jednakże czynności te też są elementem utrzymania barier. Wobec powyższego, Izba stwierdziła, iż słusznym jest stanowisko zamawiającego, iż przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w zakresie doświadczenia w utrzymaniu barier drogowych poprzez wykazanie realizacji umowy na „całoroczne, kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie wraz z jej wszystkimi elementami – Rejon w Przasnyszu”, pod względem zakresu usług wykonanych przez członków konsorcjum przystępującego – okoliczności te potwierdzają zarówno dowody przedstawione przez zamawiającego jak i przystępującego oraz pośrednio (OPZ) przez odwołującego. W zakres usług świadczonych na tym zadaniu, wchodziło utrzymanie barier, chociaż nie w pełnym zakresie przewidzianym do realizacji zamówienia na podstawie aktualnie prowadzonego postępowania, niemniej jednak nie może to świadczyć o niewykazaniu warunku udziału w postępowaniu. Izba uznała za nie mający znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy dowód przedstawiony przez odwołującego w postaci wykazu postępowań na utrzymanie barier prowadzonych przez GDDKiA Oddział Warszawa.

Odwołujący ponadto podnosił, iż w związku z nieprzedstawieniem przez przystępującego dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług, nie jest w stanie zweryfikować szczegółów okoliczności związanych z realizacją zamówień wskazanych w poz. 1-5 Wykazu usług przedstawionego przez przystępującego. W ocenie Izby, nie można czynić zarzutu przystępującemu, iż korzysta z możliwości określonych w przepisach prawa i nie przedstawia tzw. referencji w sytuacji gdy zamówienie referencyjne było wykonywane na rzecz zamawiającego tożsamego z tym któremu składana jest oferta. Taki zamawiający posiada najpełniejszą wiedzę nt. zakresu, wartości czy też sposobu realizacji zamówienia. Wobec stwierdzonego powyżej przez Izbę, wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a tym samym należytej weryfikacji wykonawcy przez zamawiającego nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, w szczególności brak jest podstaw do żądania dodatkowych wyjaśnień czy uzupełnień. Zamawiającego jako podmiot nadzorujący wykazane umowy, posiada pełną wiedzę o ich realizacji.

W drugim aspekcie zarzutu dot. wykazywanego przez przystępującego doświadczenia, tj. kwestionowania możliwości korzystania w całości z doświadczenia konsorcjum przez jego poszczególnych członków, w szczególności przez PHU U., Izba stwierdziła, iż zarzut ten nie potwierdził się. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów

na okoliczność nieuprawnionego przedstawienia, jako własne, doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum przez przystępującego. Odwołujący argumentując w zakresie tego zarzutu przedstawił wyłącznie swoje wątpliwości w tym zakresie. Dlatego też zarzut ten nie podlegał uwzględnieniu. Jednocześnie wskazać należy, iż przystępujący wykazał, w zakresie poz. 1 wykazu usług, przedstawiając umowę konsorcjum wraz z załącznikami, co potwierdził również Zamawiający, iż PHU U. jest liderem konsorcjum realizującego przedmiotową umowę, nadzorującym jej wykonywanie i w znacznym stopniu bezpośrednio ją wykonującym. Stąd też zgodzić się należy z zamawiającym, iż udział w realizacji tego zamówienia na charakter faktyczny i realny, uprawniający lidera do wykazywania nabytego przez konsorcjum doświadczenia jako własnego. Podobnie w zakresie doświadczenia wykazywanego w poz. 2 – co potwierdził zamawiający na rzecz którego zamówienie jest realizowane. Istotne jest również to, iż w skład konsorcjów realizujących poz. 1 i 2 wykazu usług wchodziłi inni członkowie konsorcjum przystępującego.

Biorąc pod uwagę, iż Izba stwierdziła, że przystępujący samodzielnie posiada doświadczenie, wymagane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, bez wpływu na wynik niniejszego postępowania są zarzuty odwołującego kierowane wobec doświadczenia podmiotu trzeciego.

Izba uznała, iż nie potwierdził się również zarzut zawyżenia punktacji w „kryterium kwalifikacje zawodowe personelu”. Odwołujący kwestionując wykazane doświadczenie p. Urbanowskiego skupił swoją argumentację na postanowieniach dokumentacji przetargowej, na podstawie której, zwarto umowy, wykazywane na potwierdzenie wymaganych kwalifikacji. W oparciu o tę dokumentację odwołujący stwierdził, iż nie jest możliwe aby p. U. faktycznie świadczył wskazane usługi. Dostrzeżenia wymagało, iż postępowania odwoławcze jest postępowaniem kontradiktoryjnym, w trakcie którego zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Izba oceniając zaistniałą sytuację, stwierdziła, iż odwołujący nie wykazał, iż p. U. nie pełnił wymaganej funkcji na żadnym kontrakcie wskazanym w formularzu „kryteria pozacenowe”, odwołujący de facto zaniechał dowodzenia w tym zakresie i nawet nie tyle nie udowodnił co nie uprawdopodobnił, iż zamawiający ocenił oferty niezgodnie z określonymi w postępowaniu kryteriami i przyznał przystępującemu niewłaściwą liczbę punktów. Nadmienić należy, iż pełnienie funkcji chociażby na jednym ze wskazanych kontraktów stanowiło podstawę do przyznania ofercie przystępującego 4 pkt., co uczynił zamawiający. Tym samym nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Oczywistym również jest, iż w niniejszym postępowaniu jako postępowaniu jedno etapowym nie mogło dojść do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba uznała, że zarzuty odwołania w części podlegają uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 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).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, jak w sentencji.