

Sygn. akt: KIO 2977/21

WYROK

z dnia 3 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik
Ernest Klauziński
Ewa Kisiel

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 27 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 października 2021 roku przez odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **CAT TRAFFIC spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu** oraz **INQUBATOR spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie**, w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie**, przy udziale wykonawcy **Mark Electronics spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki jawnej z siedzibą w Niegoszewicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 1 lit. a) oraz lit. e) *petitum* odwołania, wobec ich wycofania przez Odwołującego.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia wskazanego w pkt 1 lit. d) *petitum* odwołania dotyczącego doświadczenia wskazanego w poz. 2 wykazu usług i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, 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.

3. Oddała odwołanie w pozostałym zakresie.
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego w 7/8 oraz Zamawiającego w 1/8 i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz po **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego, Zamawiającego oraz Przystępującego z tytułu zastępstwa przed Izba,
 - 4.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Przystępującego kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Przystępującego zastępstwa przed Izba, zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę **675 zł 00 gr** (sześćset siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izba.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), 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

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu i na rzecz której postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego 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”, nr postępowania: O.Sz.D-3.2413.22.2021.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 2 czerwca 2021 r. nr 2021/S 105-276716.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej „ustawa Pzp” lub „Pzp”.

W postępowaniu tym odwołujący, tj. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia CAT TRAFFIC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu oraz INQUBATOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie 8 października 2021 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego oraz zaniechania podjęcia czynności w postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 223 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy celem jego prawidłowej identyfikacji, a ewentualnie naruszenie art. 223 ust. 2 Pzp przez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej firmy wykonawcy przez zastąpienie: Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp.j. firmą: Mark Elektronics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. j., a następnie zawiadomienie o tym MARK ELECTRONICS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. j. zgodnie z art. 223 ust. 3 Pzp;
- 2) art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty złożonej przez niego oferty, pomimo iż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd, przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w ten sposób, że:
 - a) zawiążył wartość usług wykonanych na rzecz ZDM Poznań do 504.000 zł brutto, choć rzeczywiście wynosiła nie więcej niż 266.787,00 zł brutto,

- b) kwalifikował prace polegające na dostosowaniu preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruchu jako wybudowanie takiego systemu,
- c) kwalifikował prace polegające na montażu wraz z uruchomieniem i testami, jako jego wybudowanie i utrzymanie,

co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego bowiem skutkowało przyjęciem, że wykonawca legitymuje się wymaganym doświadczeniem;

- 3) art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 118 ust. 2–4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z przepisami ustawy oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z pkt 11.2 - 11.5 IDW w zw. z pkt 8.2.4 IDW, mimo iż wykonawca realizując zamówienie nie będzie dysponował niezbędnymi zasobami na potrzeby realizacji zamówienia albowiem zobowiązanie zostało złożone wobec podmiotu, który nie istnieje, a nawet gdyby przyjąć odmiennie, to wykonawca przewidział, że podmiot mający udostępnić te zasoby będzie wykonywał zamówienie w węższym zakresie niż wymagany przez Zamawiającego;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych przez Zamawiającego zdolności (doświadczenia), pomimo iż ani wykaz usług, ani złożone oświadczenia, ani referencje nie potwierdzają spełnienia warunku doświadczenia;
- 5) art. 122 Pzp przez zaniechanie żądania zastąpienia podmiotu udostępniającego potencjał innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych przez Zamawiającego zdolności (doświadczenia);
- 6) art. 223 ust. 1 Pzp oraz art. 128 ust. 1 Pzp przez wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zmierzającym do nieuprawnionego (ponownego) wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.2.4 IDW;
- 7) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu w zakresie oferty złożonej przez wykonawcę MARK ELECTRONICS Sp. z o.o. Sp. j.;
- 2) wezwanie MARK ELECTRONICS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. j. (ul. Spacerowa 34, 32-064 Niegoszewice) – w ślad za pismem z dnia 30 sierpnia 2021 r. – do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp celem ustalenia, czy jest oferentem w ramach oferty złożonej na formularzu 2.1 w toku postępowania O.Sz.D-

3.2413.22.2021, a ewentualnie poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej nazwy firmy wykonawcy poprzez zastąpienie: Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp. j. firmą: Mark Elektronics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. j., a następnie zawiadomienie o tym MARK ELECTRONICS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. j. zgodnie z art. 223 ust. 3 Pzp;

- 3) wykluczenie wykonawcy MARK ELECTRONICS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. j. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp;
- 4) odrzucenie oferty MARK ELECTRONICS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. j.;

a w przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie oferty MARK ELECTRONICS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. j.:

- 5) wezwanie MARK ELECTRONICS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. j., aby wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu;

a w przypadku nieuwzględnienia powyższego wniosku o wykazanie samodzielnego spełniania warunków udziału w postępowaniu:

- 6) wezwanie MARK ELECTRONICS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. j., aby wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Odwołujący wskazał, że jako wykonawca, który złożył ważną ofertę w prowadzonym postępowaniu posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący argumentował, że będące przedmiotem odwołania czynności Zamawiającego, w tym zaniechanie wykluczenia, a następnie odrzucenia oferty wykonawcy (czy też jej odrzucenie bez uprzedniego wykluczenia Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp. j.), sklasyfikowanej tuż przed ofertą Odwołującego, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i osiągnięcia zakładanego zysku. Wskazane okoliczności uzasadniają skorzystanie przez Odwołującego z prawa do złożenia odwołania.

Następnie Odwołujący wskazał, że zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), w tym Instrukcją dla Wykonawców (IDW) 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:

- (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 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 Instrukcji dla Wykonawców)

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 IDW).

Jako zadanie wykonane Zamawiający rozumie (pkt 8.2.4 IDW str. 6):

(...) 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.

(6) Zgodnie z pkt. 11.2 IDW Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. W odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

(7) Zgodnie z ogłoszeniem (Sekcja VI pkt VI.3 ppkt 3) wykonawca był zobowiązany złożyć wraz z ofertą oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w formie Jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej: „JEDZ”). W przypadku gdy wykonawca polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu, składa JEDZ dotyczący także tych podmiotów w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na ich zasoby (Sekcja VI pkt VI.3 ppkt 5).

(8) Zamawiający przewidział stosowanie procedury odwróconej, o której mowa w art. 139 ust. 1 Pzp (pkt 4.2. IDW).

Podmiot nieistniejący

Zdaniem Odwołującego, oferta oraz JEDZ zostały złożone przez Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp. j. – choć taki podmiot nie istnieje.

W ocenie Odwołującego w kręgu podmiotów, które mogą zostać uznane za tego wykonawcę znajdują się:

(a) MARK ELEKTRONICS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA JAWNA⁵, której wspólnikami są M. K., W. K. oraz MARK ELEKTRONICS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCI;

(b) MARK ELEKTRONICS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, której wspólnikami, a zarazem członkami zarządu uprawnionymi do jej reprezentacji są M. K. i W. K..

Odwołujący wskazał, że obydwa podmioty wskazują w rejestrze przedsiębiorców taki sam adres strony internetowej prowadzonej działalności gospodarczej, czyli WWW.MARKELECTRONICS.EU (zob. Dział I, Rubryka 2, pkt 4).

Ponadto jak wskazał Odwołujący obydwa podmioty mają siedzibę w Niegoszewicach i wskazują jako adres prowadzonej działalności Niegoszewice (32-064), ul. Spacerowa 34 (zob. Dział I, Rubryka 2, pkt 1 i 2).

Odwołujący podniósł, że wskazana strona internetowa w zakładce kontakt w ogóle nie wskazuje formy prowadzonej działalności przestając na podaniu członu MARK ELECTRONICS. Również prawa autorskie do strony internetowej mają przysługiwać „MARK ELECTRONICS” i to za okres od 1993 r. do 2021 r. Tymczasem MARK ELEKTRONICS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ powstała 10 lutego 2017 r., a MARK ELEKTRONICS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA JAWNA powstała 28 kwietnia 2021 r. na skutek przekształcenia MARK ELECTRONICS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA, która z kolei została zarejestrowana 23 maja 2017 r.

Jak wskazał Odwołujący, członek MARK ELEKTRONICS występuje również w firmie M. K. "MARK ELECTRONICS" – działalność gospodarczą pod taką firmą prowadzi M. K. Stałym adresem prowadzonej działalności gospodarczej są Niegoszewice (32-064) ul. Spacerowa 349.

Oferta zawiera jeszcze informacje takie jak NIP, REGON oraz KRS. Wskazane numeru identyfikują podmiot MARK ELEKTRONICS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA JAWNA, czyli spółkę osobową.

Odwołujący wskazał, że w przypadku firm spółek osobowych (w tym spółki jawnej) dochodzi do szczególnej sytuacji w kontekście skracania firmy, ponieważ pojawia się firma spółki-wspólnika, która jest uważana za rdzeń firmy spółki osobowej razem z ewentualnymi innymi dodatkami służącymi jej identyfikacji. Skoro w firmie pojawiła się pełna firma spółki będącej wspólnikiem spółki osobowej, należy tę pełną firmę spółki-wspólnika uznać za korpus firmy spółki osobowej. Skrócenie korpusu firmy jest niedopuszczalne, zdaniem Odwołującego, ponieważ takiej możliwości nie przewidują bezwzględnie obowiązujące

przepisy ustawy z dnia z dnia 15 września 2000 r. Kodeks Spółek Handlowych. Dopuszczalne jest skrócenie formy prawnej. Zdaniem Odwołującego, stosowanie skrótu w tym zakresie stałoby w sprzeczności z zasadą jedności i prawdziwości firmy. Dopuszczanie stosowania w obrocie skróconych form korpusu spółki i jej formy prawnej, w sytuacji gdy w nazwie spółki pojawia się firma innego podmiotu bądź podmiotów, może doprowadzić do zaistnienia w obrocie wielu różnych wariacji firmy spółki. Taki brak wyraźnego uwidocznienia wszystkich stosowanych przez spółkę skróconych wersji w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego może doprowadzić do problemów z identyfikacją spółki przez innych uczestników obrotu. Taki problem zaistniał w rozpoznawanej sprawie.

Jak wskazał Odwołujący, dążąc do utrzymania oświadczenia woli złożonego w ramach formularza 2.1 (oferta) możliwe jest przyjęcie pierwszeństwa innych oznaczeń identyfikujących (NIP, REGON, KRS) z pominięciem firmy. W ocenie Odwołującego przynajmniej przedwcześnie byłoby samodzielne poprawienie oferty na podstawie art. 223 ust. 2 Pzp. Zamawiający powinien był wezwać wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonej oferty na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp (czego zaniechał) celem prawidłowej identyfikacji uczestnika postępowania. Tymczasem kontynuował błędne oznaczenie kierując korespondencję do MARK ELEKTRONICS Sp. z o.o. Sp.j. To zagadnienie nie ma wcale trywialnego charakteru. Przecież gdyby odwołanie zostało złożone do Prezesa KIO, wcale nie odniosłoby oczekiwanego skutku albowiem podmiot taki nie istnieje. Taki rygorizm mieści się w granicach wyznaczonych celami i funkcją systemu prawa zamówień publicznych.

Odnośnie zobowiązania NEUROSOFT Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, zdaniem Odwołującego, taka wykładania zmierzająca do utrzymania oświadczenia nie jest jednak możliwa. Oświadczenie zostało „złożone” wobec podmiotu, który nie istnieje – MARK ELEKTRONICS Sp. z o.o. Spółka Jawna. W ramach zobowiązania – inaczej niż w ofercie (formularz 2.1) – nie ma jakichkolwiek danych identyfikujących podmiot, któremu składane jest to oświadczenie. Takich danych nie zawiera również JEDZ NEUROSOFT Sp. z o.o.

W ocenie Odwołującego, prawidłowa identyfikacja w stosunku do kogo NEUROSOFT Sp. z o.o. zobowiązał się udostępnić swój potencjał nie jest możliwa nawet przy pomocy kolejnych dokumentów pochodzących od NEUROSOFT Sp. z o.o. Oferta przekazana w trybie art. 224 ust. 1 Pzp została „złożona” wobec Mark Electronics – bez jakiegokolwiek możliwości identyfikacji przedsiębiorcy, czyli w taki sam sposób jak wskazany pod adresem WWW.MARKELECTRONICS.EU. Z kolei Formularz 3.2 (zobowiązanie) wskazuje na MARK ELEKTRONICS Sp. z o.o. Spółka Jawna; za dwa oświadczenia NEUROSOFT Sp. z o.o. załączone do pisma wykonawcy z dnia 30 września 2021 r. nie mają swojego adresata w ogóle. W żadnym z dokumentów nie ma danych identyfikacyjnych pozwalających – poprzez

powszechnie dostępne rejestry – podjąć próbę interpretacji, w stosunku do kogo NEUROSOFT Sp. z o.o. zobowiązał się udostępnić swój potencjał.

Zdaniem Odwołującego, możliwości są następujące:

(a) MARK ELEKTRONICS SP. Z O.O. SPÓŁKA JAWNA – według wiedzy Odwołującego taki podmiot nie istnieje, jest to fakt negatywny, a zatem jeśli zamawiający, czy wykonawca twierdzą inaczej, to powinni wykazać istnienie takiego właśnie podmiotu;

(b) MARK ELEKTRONICS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA JAWNA;

(c) MARK ELEKTRONICS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ;

(d) M. K. „MARK ELEKTRONICS“;

(e) żadne z powyższych.

Zdaniem Odwołującego, 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 NEUROSOFT Sp. z o.o. nie ujawnia w sposób dostateczny jego adresata, a mimo tego Zamawiający błędnie uznał, że to Mark Electronics Sp. z o.o. Sp.j. dysponuje odpowiednim potencjałem.

Zakres podwykonawstwa

Odwołujący wskazał, że nawet jeśli przyjąć – czemu Odwołujący wyraźnie przeczy – że (i) wykonawcą jest w istocie Mark Electronics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.j., (ii) właśnie temu podmiotowi zostało złożone oświadczenie NEUROSOFT Sp. z o.o., to i tak Zamawiający błędnie uznał, że ze zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby oraz oferty wynika zapewnienie zrealizowania zamówienia przez NEUROSOFT Sp. z o.o. zgodnie z art. 118 ust. 2, ust. 3 i ust. 4 Pzp oraz pkt. 11.2 – 11.5 IDW. W tej sprawie bezsporne jest, że wykonawca samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2.4 IDW oraz że w takich okolicznościach uprawniony był do polegania na zdolnościach technicznych i zawodowych innych.

Odwołujący wskazał, że w pkt 5 oferty złożonej na formularzu 2.1 wykonawca wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcom następujące części zamówienia:

Implementacja oprogramowania wraz z udostępnieniem danych do CZR w Strykowie, kalibracja systemów, dostawa niektórych komponentów.

Tymczasem z treści formularza 3.2 wynika, że NEUROSOFT Sp. z o.o. zobowiązuje się do oddania na potrzeby realizacji zamówienia wiedzy, doświadczenia i innych zasobów

koniecznych do pełnej realizacji przedmiotu zamówienia. Dalej znajdują się następujące oświadczenia:

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

- dostosowania, konserwacji i bieżącego utrzymania systemów preselekcji ważenia pojazdów w ruchu
- kalibracji, testów sprawdzających
- transmisji danych wraz z prezentacją i archiwizacją danych ze stacji pomiarowych

(b) sposób i okres udostępniania oraz wykorzystania ww. podwykonawstwo w zakresie udostępnionej wiedzy i doświadczenia

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

- dostosowania, konserwacji i bieżącego utrzymania systemów preselekcji ważenia pojazdów w ruchu
- kalibracji, testów sprawdzających
- transmisji danych wraz z prezentacją i archiwizacją danych ze stacji pomiarowych

(Pkt c) odnosi się do warunków udziału w postępowaniu dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia.

Zdaniem Odwołującego, 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 w zw. z pkt 11.2 IDW) nie można stwierdzić, że treść zobowiązania potwierdza, że podmiot trzeci (NEUROSOFT Sp. z o.o.), będzie realizował te usługi w zakresie odpowiadającym warunkowi udziału w postępowaniu. Wykonawca zaoferował bowiem realizację przedmiotu zamówienia przez ten podmiot w granicach zdecydowanie węższych, niż doświadczenie wymagane do realizacji tego zamówienia. Różnice zostały zaprezentowane przez Odwołującego w tabelarycznym zestawieniu na stronie 10 odwołania. Ponadto Odwołujący wskazał, że wykonawca nie był zobowiązany do enumeratywnego wymienienia wszystkich świadczeń. Posłużenie się takim opisem jak w oświadczeniu NEUROSOFT Sp. z o.o. (pkt 3 formularza 3.1) byłoby, zdaniem Odwołującego, w zupełności wystarczające. Na szczególną uwagę zasługuje całkowite pominięcie przez wykonawcę – w zakresie zamierzonego powierzenia części zamówienia – testy sprawdzające. Tymczasem to właśnie testy sprawdzające są warunkiem koniecznym uznania działania systemu z dokładnością pomiarową B+(7) zgodnie ze specyfikacją COST 323, a na co wyraźnie wskazuje sam Zamawiający w pkt 8.2.4. IDW.

Zdaniem Odwołującego treść oferty, to oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym stanowiące jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania

oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz Zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Pod pojęciem treści oferty należy rozumieć również deklarowane w ofercie spełnienie wymagań Zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości, warunków i sposobu realizacji oraz innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Również zakres podwykonawstwa (tj. część zamówienia wskazana w ofercie, które wykonawca przeznacza do realizacji za pomocą podwykonawstwa) stanowi o sposobie spełnienia świadczenia przez wykonawcę i jako taki nie może ulegać zmianie po złożeniu oferty. Skoro treść formularza ofertowego, także w zakresie określenia sposobu realizacji zamówienia, stanowi treść oferty w rozumieniu ścisłym, to jest to element przedmiotowy nie podlegający modyfikacji.

Zdaniem Odwołującego, przedmiotem oceny Zamawiającego powinno być z jednej strony to, jak będzie wykonane zamówienie, a z drugiej czy potencjał udostępniony został w sposób realny i czy ta realność została zachowana tak w ofercie, jak i na etapie wykonania zamówienia. W ocenie Odwołującego wykonawca, który deklaruje, iż wykona zamówienie z udziałem podwykonawcy w konkretnym, ograniczonym zakresie obejmującym implementację oprogramowania wraz z udostępnieniem danych do CZR w Strykowie, kalibrację systemów oraz dostawę niektórych komponentów i tak nie może podnosić, że podwykonawcy zostanie powierzona jednak większa część zamówienia. Tym bardziej do rozszerzenia zakresu podwykonawstwa w stosunku do treści oświadczenia wykonawcy wyrażonego w ofercie nie jest uprawniony sam Zamawiający, na podstawie oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby, ani tym bardziej na podstawie „oferty” NEUROSFOT Sp. z o.o. złożonej wobec de facto nieokreślonego odbiorcy.

Zdaniem Odwołującego, powyższe okoliczności wskazują na złożenia oferty, która w swej treści jest niezgodna z treścią art. 118 ust. 244 Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, że pismem z dnia 27 lipca 2021 r. Zamawiający wezwał Mark Electronics Sp. z o.o. Sp. j. na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp do złożenia oświadczeń i dokumentów w celu (i) potwierdzenia braku podstaw wykluczenia oraz (ii) potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w terminie do dnia 6 sierpnia 2021 r. oraz przedstawienia podmiotowych środków dowodowych podmiotu udostępniającego potencjał. Odnośnie potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę 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.

Odwołujący wskazał, że Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp. j. wraz z pismem podpisanym w dniu 4 sierpnia 2021 r., przedłożył:

- a) cztery zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek,
- b) cztery zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach,
- c) sześć informacji z Krajowego Rejestru Karnego,
- d) oświadczenie na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp w imieniu Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp. j.,
- e) oświadczenie o aktualności informacji zawartych w innym oświadczeniu o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp w imieniu NEUROSOFT Sp. z o.o.,
- f) dwie informacje odpowiadające odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców,
- g) formularz 3.2 stanowiący zobowiązanie z dnia 2 lipca 2021 r. do oddania do dyspozycji Mark Elektronics Sp. z o.o. Spółka jawna – bez jakichkolwiek innych danych identyfikacyjnych – niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówień;
- h) wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat obejmujący zadania realizowane w ramach następujących kontraktów:

i. Budowa odcinka drogi od ul. Daleszyńskiego do ul. Rybnickiej w Gliwicach – zachodnia część obwodnicy miasta“ w zakresie obejmującym dostawę i instalację preselekcyjnego ważenia pojazdów „Daszyńskiego“ i „ŁącznikL1“ (2x system na jeden pas ruchu w klasie B+7 według COST 323, klasyfikacja pojazdów 8+1)

Wynagrodzenie Wykonawcy (brutto): 712.256,10 zł, dalej jako „Projekt Gliwice“;

ii. Bieżące utrzymanie i dostosowanie preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruchu wraz z kalibracją i testem sprawdzającym w ciągu dróg krajowych nr 3 i 8.

Wynagrodzenie Wykonawcy (brutto): 687.816,00 zł za dostosowanie i 234.910,71 za utrzymanie (w realizacji do 09.2022 r.), dalej jako „Projekt GDDKiA Wrocław“;

(i) referencje wystawione przez Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A. z dnia 4 stycznia 2021 r. dla Projektu Gliwice;

(j) referencje wystawione przez ZABERD S.A. z dnia 25 listopada 2020 r. dla Projektu GDDKiA Wrocław.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 17 sierpnia 2021 r. Zamawiający wezwał Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp. j. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. Odnośnie potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu Zamawiający ponownie precyzyjnie wskazał na konieczność załączenia dowodów, określających należyte wykonanie usług, wyjaśniając jednocześnie, że dowodem 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. Jednocześnie wskazał, że przedłożony dotychczas wykaz wraz z dowodami nie potwierdzają spełnienia tych warunków. Zamawiający wskazał, że Projekt Gliwice nie obejmuje utrzymania preselekcyjnego systemu, a Projekt GDDKiA Wrocław polegał jedynie na dostosowaniu (a nie wybudowaniu), z kolei wartość wykonanych usług w zakresie utrzymania jest niższa niż wymagana przez Zamawiającego. Dodatkowo Zamawiający wezwał do złożenia podmiotowych środków dowodowych dotyczących MARK ELETRONICS Sp. z o.o. (KRS 0000662208) – i to do dnia 30 sierpnia 2021 r.

Następnie Odwołujący wskazał, że odpowiadając na wezwanie 30 sierpnia 2021 r. Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp. j. złożył oczekiwane podmiotowe środki dowodowe, w tym zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek, zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach, informację z Krajowego Rejestru Karnego oraz informację odpowiadającą odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców. A dodatkowo załączył wykaz usług uzupełniony o dwie kolejne pozycje, do którego w ramach dowodów załączył: oświadczenie Przedsiębiorstwa Remontów Ulic i Mostów S.A., dotyczące Projektu Gliwice mające potwierdzać realizację przez NEUROSOFT SP. z o.o. prac utrzymaniowych systemu preselekcji;

(b) oświadczenie ZABERD S.A. dotyczące Projektu GDDKiA Wrocław mające wykazać, że dostosowanie preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruchu stanowiło w istocie jego wybudowanie;

(c) oświadczenie NEUROSOFT Sp. z o.o. – podmiotu udostępniającego potencjał dla wykazania warunku doświadczenia – o należyтым zrealizowaniu umowy nr DZ.IS.3413.13.2018 z dnia 6 marca 2018 r. na utrzymanie wszystkich komponentów systemu ITS, w tym dwóch stacji ważenia dynamicznego pojazdów w ruchu, za wynagrodzeniem brutto 594 735,75 zł – dalej jako Projekt Poznań;

(d) oświadczenie NEUROSOFT Sp. z o.o. – podmiotu udostępniającego potencjał dla wykazania warunku doświadczenia – o należyтым zrealizowaniu umowy nr 69/2016 z dnia 28 lutego 2017 r. na utrzymanie trzech systemów ważenia dynamicznego za wynagrodzeniem 1.151.280,00 zł – dalej jako Projekt Opole.

Pismem z dnia 13 września 2021 r. Zamawiający działając w trybie art. 223 ust. 1 Pzp wezwał Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp. j. do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazu usług z dnia 30 sierpnia 2021 r. o którym mowa w pkt 10.8 IDW. Zamawiający oczekiwał wyjaśnienia następujących kwestii:

(a) odnośnie Projektu Gliwice:

- i. czy w ramach zadania była realizowana budowa oraz utrzymanie, a także wskazania wartości tak podzielonych zadań (odpowiednio budowa i utrzymanie);
- ii. przedstawienie wykazu prac mających wchodzić w zakres utrzymania;

(b) odnośnie Projektu GDDKiA Wrocław:

i. czy w ramach zadania była realizowana budowa oraz utrzymanie, a także wskazania wartości poszczególnych zadań (odpowiednio budowa i utrzymanie);

ii. przedstawienie wykazu prac mających wchodzić w zakres wybudowania;

(c) odnośnie Projektu Poznań:

iii. wskazania wartości utrzymania dwóch stacji ważenia dynamicznego;

Zamawiający wyjaśnił, że jednocześnie Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie braku dowodów potwierdzających wykonanie usług przedstawionych w wykazie, przywołując jednocześnie postanowienie § 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.

Pismem z dnia 20 września 2021 r. Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp. j. wyjaśnił, że:

(a) w ramach Projektu Gliwice:

i. wykonał usługę budowy, na którą składała się dostawa i instalacja systemu preselekcyjnego ważenia pojazdów za wynagrodzeniem w wysokości 493.593,47 zł brutto [jako 70% z (712.256,10 zł – 7.122,56 zł)],

ii. wykonał (choć dalej pisze o pracach, które rzekomo nadal wykonuje) usługę utrzymania, na którą składa się m.in. nadzór nad prawidłowym funkcjonowaniem systemu dynamicznego ważenia pojazdów za wynagrodzeniem w wysokości 211.540,06 zł brutto [jako 70% z (712.256,10 zł – 7.122,56 zł)],

(b) w ramach Projektu GDDKiA Wrocław:

i. wykonał usługę budowy – na co jego zdaniem wskazuje sama nazwa zadania, czyli Bieżące utrzymanie i dostosowanie (...), na którą składała się dostawa i instalacja systemu preselekcyjnego ważenia pojazdów, za wynagrodzeniem w wysokości 685.000,00 zł brutto;

ii. świadczy usługę utrzymania systemu preselekcyjnego ważenia pojazdów za wynagrodzeniem w wysokości 234.910,71 zł brutto;

(c) w ramach Projektu Poznań podał, że wartość usługi utrzymania dwóch stacji ważenia dynamicznego to 504.000 zł brutto.

Następnie Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp. j. wyjaśnił, że w dniu 30 sierpnia 2021 r. złożył jedynie oświadczenia zamiast referencji (odpowiednio GDDKiA Opole oraz ZDM Poznań) z uwagi na sezon urlopowy. W dalszej argumentacji wskazano, że wykonawca (i) nie jest w posiadaniu referencji, tylko zwracał się o ich wystawienie po wezwaniu przez Zamawiającego, (ii) posiada blisko 100 protokołów i tyle samo faktur dotyczących usług świadczonych przez prawie 5 lat, jednakże pojedynczy dokument nie stanowi potwierdzenia należytego wykonania całości usługi na wartość ponad 500.000 zł brutto, jako że najczęściej owe dokumenty obejmują okresy kwartalne. Dalej Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp. j.

argumentował, że faktury najczęściej nie zawierają szczegółowego wykazu usług, tylko numer umowy, jej tytuł czy datę, a w rezultacie nie byłyby dowodem należytego wykonania zamówienia. Choć Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp. j. podjął w terminie próbę uzyskania protokołów, faktur i potwierdzeń przelewów, to jednak biuro rachunkowe odmówiło wykonania takiego zestawienia ze względów technicznych, braków kadrowych i sezonu urlopowego. Wreszcie Wykonawca obawiał się, że przesłanie kilku dokumentów zostanie ocenione jednoznacznie jako niepotwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu – dlatego podjął decyzję o złożeniu oświadczeń.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp. 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. Podkreślał, 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 odpowiednio do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia. Działanie Zamawiającego prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także zasada przejrzystości. Tym bardziej, że z treści pisma Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp. j. z dnia 13 września 2021 r. jednoznacznie wynika, że miał wiedzę o potrzebie złożenia referencji, bądź innych dokumentów, a oświadczenia wykonawcy tylko wówczas, gdy z przyczyn niezależnych nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów. Co więcej Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp. j. w swoim piśmie z dnia 13 września 2021 r. przedstawił cały – rzekomy – proces koncepcyjny, jaki stał za posłużeniem się oświadczeń NEUROSOFT Sp. z o.o. w miejsce referencji bądź innych dokumentów dotyczących Projektu Poznań i Projektu Opole. Tymczasem w piśmie z dnia 30 sierpnia 2021 r. do którego załączono sporne oświadczenia, wykonawca Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp. j. zwracał się jedynie z prośbą o przedłużenie o jeden dzień terminu do złożenia dodatkowego oświadczenia PRUiM S.A. w Gliwicach odnośnie Projektu Gliwice. A zatem w terminie zakreślonym przez Zamawiającego wykonawca nie podjął choćby próby wykazania przyczyn, dla których składa oświadczenia podmiotu udostępniającego potencjał w miejsce innych dowodów. 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. A zatem wezwanie do złożenia wyjaśnień mogłoby

dotyczyć tylko przyczyny mającej usprawiedliwić brak możliwości złożenia oświadczenia PRUiM S.A.

Wymagane doświadczenie

(20) Zamawiający błędnie uznał, że wykonawca Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp.j. wykazał się wymaganym doświadczeniem:

(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 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 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 IDW).

Ani referencje, ani złożone oświadczenia nie potwierdzają wykonania 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 doprowadzenia co najmniej do wystawienia Protokołu odbioru lub równoważnego dokumentu w przypadku zamówień, w których nie wystawiono powyższego dokumentu.

Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp.j. w piśmie z dnia 20 września 2021 r. zakwestionował obowiązek precyzowania wartości poszczególnych usług. W ocenie Odwołującego postanowienia IDW określały minimalną kwotę zadania, które miało polegać na (a) utrzymaniu lub (b) wybudowaniu lub (c) utrzymaniu oraz wybudowaniu i utrzymaniu. Co oczywiste, Zamawiający nie oczekiwał ani w IDW, ani w swoich pismach kierowanych do Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp.j. wyceny poszczególnych usług wchodzących w zakres zadania stanowiącego odpowiednio utrzymanie lub wybudowanie, lecz wartości zadania stanowiącego właśnie utrzymanie lub wybudowanie. Dopiero wówczas możliwe jest zweryfikowanie spełnienia jednego z kryteriów w ramach warunku doświadczenia. Zamawiający, przygotowując i prowadząc postępowanie, postawił takie wymagania, które nie zostały zakwestionowane, albowiem są adekwatne do celów postępowania.

Zamawiający pisał o zadaniach polegających na odpowiednio utrzymaniu i wybudowaniu do których przypisał wartość 500.000 zł brutto. Skoro zadanie miało polegać na utrzymaniu i/lub wybudowaniu (w odpowiednich konfiguracjach), to oczywiście, że prace niewchodzące w zakres utrzymania, czy wybudowania stacji ważenia pojazdów nie mogą potwierdzać spełnienia warunku doświadczenia. W ocenie Odwołującego Zamawiający zachował w tym zakresie zasadę proporcjonalności – wartość zadania wynosi min. 500 000 zł brutto, podczas gdy kosztorys inwestorski Zamawiającego opiewa na 9 888 786,72 zł brutto.

Wykaz usług

Projekt Gliwice – odbiorcą zadania był PRUiM S.A. z siedzibą w Gliwicach; prace NEUROSOFT Sp. z o.o. zostały wykonane w ramach kontraktu pn. Budowa odcinka drogi od ul. Daszyńskiego do ul. Rybnickiej w Gliwicach – zachodnia część obwodnicy miasta.

Odwołujący w ramach dostępu do informacji publicznej uzyskał umowę nr ZDM-4/2019 dotyczącą wyżej wskazanego zadania oraz protokołu odbioru końcowego. Tak zebrany materiał pozwolił na wyprowadzenie następujących wniosków:

- (a) NEUROSOFT Sp. z o.o. posiadał status zgłoszonego podwykonawcy dla zadania określonego jako system preselekcyjnego ważenia pojazdów (§ 4 ust. 2 tiret 3 umowy nr ZDM-4/2019),
- (b) prace wykonane przez NEUROSOFT Sp. z o.o. nie stanowiły budowy systemu preselekcyjnego, tylko ograniczyły się do montażu wraz z uruchomieniem i testami (umowy nr ZDM-4/2019 - str. 102 lp. 10),
- (c) jeśli zaś przyjąć za samym wykonawcą, że montaż wraz z uruchomieniem i testami stanowi usługę budowy, to wartość tego zadania – zgodnie z zapewnieniem samego wykonawcy w piśmie z dnia 20 września 2021 r. – wyniosła 493.593,47 zł brutto [jako 70% z (712.256,10 zł – 7.122,56 zł)],
- (d) umowa nie obejmowała swym zakresem utrzymania; zgodnie z § 10 ust. 5 przedmiotem odbioru końcowego ma być przedmiot umowy – taki protokół odbioru końcowego został spisany w dniu 30 września 2020 r.,
- (e) przedmiot umowy został już wykonany, a zatem nie jest (i nie był) utrzymywany przez NEUROSOFT Sp. z o.o. – chyba że na podstawie innej umowy, na której zawarciu wykonawca ani podmiot udzielający referencji jednak nie wskazuje,
- (f) oświadczenie PRUiM S.A. z dnia 4 stycznia 2021 r. wskazuje na stan dokonany powierzonego zakresu pisząc „wartość wykonanych robót wyniosła 712.256,10 zł brutto“,
- (g) oświadczenie PRUiM S.A. (niedatowane) wskazuje na realizację przez NEUROSOFT Sp. z o.o. prac utrzymaniowych, jednak nie odpowiadają one oczekiwaniom Zamawiającego. Jak obrazuje to poniższe zestawienie, tylko jedna z trzynastu

pozycji – dotycząca kalibracji – odpowiada potrzebom Zamawiającego. W kontekście weryfikacji działania systemu Odwołujący pokusił się o interpretację na korzyść Wykonawcy.

Różnice zostały przez Odwołującego zaprezentowane w tabeli na str. 18 odwołania. Podsumowując, w ocenie Odwołującego, zrealizowane zadanie nie polegało ani na wybudowaniu, ani na utrzymaniu systemu preselekcyjnego ważenia pojazdów. A jeśli montaż wraz z uruchomieniem i testami stanowi usługę budowy, to jej wartość – w ślad za wykonawcą – nie przekracza 500.000,00 zł.

W efekcie oświadczenie ujęte w piśmie z dnia 20 września 2021 r. w pozycji Ad 1, jakoby Projekt Gliwice obejmował również utrzymanie stacji ważenia pojazdów nie polega na prawdzie. W ocenie Odwołującego wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd celem wykazania spełnienia warunku doświadczenia, co mogło mieć, a nawet miało, istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego przez przyjęcie, że wykonawca legitymuje się wymaganym doświadczeniem.

Projekt Wrocław (GDDiKA) – Odwołujący wskazał, że odbiorcą zadania był ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu; NEUROSOFT Sp. z o.o. wykonywał (i wykonuje) prace w ramach kontraktu pn. Bieżące utrzymanie i dostosowanie preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruchu wraz z jego kalibracją i testem sprawdzającym w ciągu dróg krajowych nr 3 i 8 w charakterze podwykonawcy; analiza referencji ZABERD S.A. z dnia 25 listopada 2020 r., oświadczenia ZABERD S.A. (niedatowanego) oraz wyjaśnień Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp.j. prowadzą do wniosku, że Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp.j. utożsamia dostosowanie preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruchu z jego wybudowaniem.

Odwołujący wyjaśnił, że zwrócił się do GDDKiA Oddział we Wrocławiu z zapytaniem dotyczącym zakresu wyżej przywołanej umowy. Z informacji przekazanej przez Kierownika Zespołu Pionu Dyrektora ds. Zarządzania Drogami i Mostami (GDDKiA Wrocław) jednoznacznie wynika, jak poniżej: umowa "Bieżące utrzymanie i dostosowanie preselekcyjnego ważenia pojazdów w ruchu wraz z jego kalibracją i testem sprawdzającym w ciągu dróg krajowych nr 3 i 8" wymagała wymianę uszkodzonych elementów systemu preselekcji w istniejących lokalizacjach oraz dostosowanie nawierzchni do wymogów COST 323. Umowa nie przewidywała budowy nowych lokalizacji punktów preselekcji. Czynności zostały wykonane jako naprawa w ramach utrzymania istniejącego systemu.

Wartość wciąż realizowanej umowy w zakresie utrzymania wynosi 234.910,97 zł brutto, czyli mniej niż wymagał Zamawiający. Co więcej, przedmiot umowy w zakresie dostosowania

został wykonany nieterminowo, a zatem referencje nie potwierdzają zdolności wymaganych od wykonawcy.

Podsumowując, zrealizowane zadanie nie polegało na wybudowaniu systemu preselekcyjnego ważenia pojazdów. Z kolei zadanie polegające na utrzymaniu opiewa na kwotę niższą niż wymagane przez Zamawiającego 500.000 zł brutto.

W efekcie oświadczenie ujęte w piśmie z dnia 20 września 2021 r. w pozycji Ad 1, jakoby dostosowanie obejmowało swym zakresem wybudowanie stacji ważenia dynamicznego, nie polega na prawdzie. W ocenie Odwołującego wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd celem wykazania spełnienia warunku doświadczenia, co mogło mieć, a nawet miało, istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego przez przyjęcie, że wykonawca legitymuje się wymaganym doświadczeniem.

Zdaniem Odwołującego wykonawca działał umyślnie – z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd – lub też wprowadził nieumyślnie, jednak z naruszeniem w sposób rażący standardu wymaganej ostrożności. Podając zakres zadania, wykonawca nazywał usługę dostosowania „budową” w celu wykreowania mylnego przeświadczenia, że jest nią w rzeczywistości. Skoro Odwołujący w ramach zwykłego dostępu do informacji publicznej uzyskał m.in. wiedzę, że prace polegały na wymianie uszkodzonych elementów systemu preselekcji w istniejących lokalizacjach oraz dostosowaniu nawierzchni, a umowa nie przewidywała budowy nowych lokalizacji, to takie informacje powinien posiadać (i zapewne posiadał) wykonawca. Nawet jeśli wykonawca bazował na oświadczeniach, czy zapewnieniach podmiotów trzecich – ZABERD S.A., czy NEUROSOFT Sp. z o.o. – to w żaden sposób nie został zwolniony z obowiązku dochowania miernika należytej staranności, z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności.

Projekt Poznań – odbiorcą zadania był Zarząd Dróg Miejskich w Poznaniu; prace NEUROSOFT Sp. z o.o. zostały wykonane w ramach umowy nr DZ.IS.3413.13.201823; jej przedmiot obejmował wykonanie prac utrzymaniowych i konserwacyjnych urządzeń projektu ITS Poznań w latach 2018-2020 – związanych z systemem dynamicznego ważenia pojazdów, systemem wykrywania pojazdów wjeżdżających na skrzyżowanie na czerwonym świetle oraz systemem pomiaru odcinkowego prędkości na ul. Dąbrowskiego (zob. § 1 ust. 1 umowy nr DZ.IS.3413.13.2018). W ramach formularza stanowiącego załącznik do umowy jej przedmiot został podzielony na dwa elementy: pierwszy element, który obejmuje stacje wykrywania przejazdów na czerwonym świetle (20 szt.) i stacje odcinkowego pomiaru prędkości (6 szt.) oraz drugi element, który obejmuje system ważenia pojazdów wraz z urządzeniami (2 szt.). Wartość całej umowy faktycznie wynosiła 594.735,75 zł brutto, przy

czym wartość kompleksowego zadania obejmującego system ważenia pojazdów wraz z urządzeniami wyniosła nie więcej niż 266.787,00 zł brutto.

W efekcie oświadczenie ujęte w piśmie z dnia 20 września 2021 r., jakoby wartość zadania polegającego na utrzymaniu dwóch stacji ważenia dynamicznego wyniosła 504.000,00 zł brutto nie polega na prawdzie. W ocenie Odwołującego wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd celem wykazania spełnienia warunku doświadczenia, co mogło mieć, a nawet miało, istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego przez przyjęcie, że wykonawca legitymuje się wymaganym doświadczeniem.

Odwołujący pozostawał w przeświadczeniu, że wykonawca działał umyślnie – z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd – lub też wprawdzie nieumyślnie, jednak z naruszeniem w sposób rażący standardu wymaganej ostrożności. Podając wartość zadania utrzymania w Projekcie Poznań na poziomie 504.000,00 zł brutto jedynym celem wykonawcy było podanie wartości wyższej niż próg oczekiwany przez Zamawiającego. Skoro Odwołujący w ramach zwykłego dostępu do informacji publicznej uzyskał zarówno samą umowę, jak i załącznik stanowiący jej formularz cenowy, to takie informacje powinien posiadać (i zapewne posiadał) wykonawca. Tym bardziej, że rzezoną umowę wykonywał NEUROSOF Sp. z o.o. – podmiot mający udostępniać swój potencjał w tym postępowaniu.

Projekt Opole – Odwołujący wskazał, że zakres tego zadania obejmuje wyłącznie prace utrzymaniowe; wartość umowy odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego niemniej jednak referencje zostały złożone po upływie terminu określonego przez Zamawiającego wezwaniem z dnia 17 sierpnia 2021 r., a wykonawca – choć był do tego zobligowany zarówno przez Zamawiającego, jak i powszechnie obowiązujących przepisów prawa – całkowicie pominął przyczyny, dla których posłużył się oświadczeniem.

Rażąco niska cena

Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 15 lipca 2021 r. wezwał Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp. j. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, jako że cena oferty ogółem 5 900 967,41 (brutto) jest o 40,33% niższa od wartości zamówienia – i to pod rygorem odrzucenia oferty. Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp. j. złożył wyjaśnienia w dniu 19 lipca 2021 r., w ramach których (i) wskazał na swoje znaczące doświadczenie zdobywane od 2008 r., (ii) zdyskredytował kosztorys inwestorski, (iii) stwierdził, że wycena odpowiada rynkowym cenom podobnych usług – w tym realizowanych w ramach przedsięwzięć zaprezentowanych w celu spełnienia warunku doświadczenia przez podmiot udostępniający potencjał. Swojej przewagi Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp. j. upatrywał w ofercie, jaką

otrzymał od NEUROSOFT Sp. z o.o. – producenta – m.in. na dostawę i utrzymanie wag preselekcyjnych, które to czynniki stanowią istotny element całej oferty. Oferta NEUROSOFT Sp. z o.o. stanowi 58% oferty złożonej przez Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp. j. i obejmuje swym zakresem m.in. wykonanie prac demontażowych, instalacyjnych, utrzymaniowych, w tym koszty dojazdów oraz koszty pracownicze. Atrakcyjna cena uzyskana od NEUROSOFT Sp. z o.o. miała umożliwić Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp. j. zastosowanie 20% zysku w całym przedsięwzięciu i to przy uwzględnieniu wszelkich ryzyk oraz wszystkich czynności wskazanych w SWZ. Dalej Mark Elektronics Sp. z o.o. Sp. j. powoływała się ogólnie na otrzymane rabaty oraz warunki specjalne. Kolejnym atutem ma być posiadanie własnego zaplecza technicznego w bliskiej odległości od miejsca wykonania przedmiotu umowy. Choć wykonawca wskazywał na rzekome posiadanie w bliskiej odległości od miejsca wykonania zamówienia własnego (zarówno przez wykonawcę, jak i przez NEUROSOFT SP. z o.o.) zaplecza technicznego, które ma obejmować magazyny, pomieszczenia montażowe oraz bazy przedsiębiorstwa (tu jednak nie sposób ustalić, czy to jest baza wykonawcy, czy NEUROSOFT SP. z o.o.), jednak w żaden sposób nie uprawdopodobnia tych twierdzeń. Ani siedziby, ani adresy prowadzenia działalności, ani informacje zamieszczone na stronach internetowych <https://neurosoft.pl/>, jak i <http://www.markelectronics.eu/> nie wskazują na jakąkolwiek aktywność biznesową na terenie województwa zachodniopomorskiego.

Odwołujący wskazał, że na przestrzeni, począwszy od 2017 r. do 2020 r. przeciętne wynagrodzenie w gospodarce narodowej w poprzednim roku kalendarzowym, ogłaszane corocznie przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, w formie komunikatu, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej "Monitor Polski" w terminie do 7 roboczego dnia lutego każdego roku wzrosło od 4041,21 zł do 5167,47 zł, co oznacza prawie 28% wzrost. Wykonawca wskazywał na obniżanie kosztów pracy poprzez zatrudnianie pracowników w oparciu o stawki niższe od tych, jakie są stosowane w największych miastach. Tymczasem dynamika wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę jest jeszcze większa. Od 2017 r. do 2021 r, wzrost wyniósł 40%, a uwzględniając 2022 r. ten wzrost wyniesie niemal 51%.

Dodatkowo roczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych wynosił odpowiednio:

- (a) 2% w 2017 r.
- (b) 1,6% w 2018 r.
- (c) 2,3% w 2019 r.
- (d) 3,4% w 2020 r.28

Bieżący projekt inflacji publikowany przez Narodowy Bank Polski przewiduje inflację w 2021 r. na poziomie 4,2%.

W ocenie Odwołującego, przy rosnącej dynamice cen oraz presji płac wykonawca nie sprostął wykazaniu rzetelnego skalkulowania swojej oferty. Odwołanie do oferty pochodzącej od NEUROSOFT Sp. z o.o., a do tego nie wiadomo komu złożonej, jest dalece niewystarczające. Tym bardziej, że zawiera liczne błędy w stosunku do oczekiwań Zamawiającego. I tak:

(a) w części I dotyczącej kosztu elementów niezbędnych do uruchomienia systemu:

i. w pozycji lp. 1 są 3 komputery na dwa pasy ruchu, a powinny być 4 komputery na dwa pasy ruchu;

ii. w pozycji lp. 2 są 4 komputery na jeden pas ruchu, a powinny być 3 komputery na jeden pas ruchu;

iii. w pozycji lp. 3 są 3 komputery wagowe na dwa pasy ruchu, a powinny być 4 komputery wagowe na dwa pasy ruchu;

iv. w pozycji lp. 4 są 4 komputery wagowe na jeden pas ruchu, a powinny być 3 komputery na jeden pas ruchu

w części II dotyczącej kosztu elementów w przypadku niesprawności na etapie dostosowania i/lub awarii w trakcie utrzymania:

i. w pozycji lp. 8 jest 6 płyt wagowych, choć Zamawiający wykorzystuje aktualnie 10, z czego 9 aż od 2012 r.; oferta została oparta na założeniu sprawności 40% aktualnie wykorzystywanych płyt wagowych oraz braku jakiegokolwiek awarii w trakcie wykonywania umowy, podczas gdy okres przydatności definiowany przez producentów tego typu urządzeń nie przekracza 10 lat;

ii. w pozycji lp. 10 przyjęto 7 kompletów awaryjnego zasilania z zastosowaniem takiej samej ceny jednostkowej, podczas gdy opis przedmiotu zamówienia przewiduje prace dla 4 stacji z dwoma pasami ruchu oraz 3 z jednym pasem ruchu; ilość pasów ruchu ma bezpośredni wpływ na zapotrzebowanie energetyczne. W tej sytuacji przyjęcie jednej ceny dla dwóch w istocie odmiennych świadczeń uzasadnia tezę o braku rzetelności po stronie oferenta;

iii. w pozycji lp. 14 jest mowa o 3 usługach demontażu oraz ponownego montażu, podczas gdy Zamawiający wykorzystuje aktualnie 10 takich płyt w czterech lokalizacjach zgodnie z formularzami cenowymi 2.1d 2.1e 2.1f i 2.1g (SWZ);

(c) w części III dotyczącej kosztów kalibracji i testów elementów w przypadku niesprawności na etapie dostosowania i/lub awarii w trakcie utrzymania:

i. w pozycji lp. 15 przyjęto 7 kalibracji jednej stacji pomiarowej oraz w pozycji lp. 16 przyjęto 3 testy jednej stacji, podczas gdy:

– w ramach realizacji zamówienia trzeba wykonać łącznie 21 kalibracji dla wszystkich stacji (7 stacji x 3 kalibracje (zgodnie z załącznikiem nr 8 do SWZ dla każdej stacji wymagana kalibracja w 2021, 2022 oraz 2023 r.), a dodatkowo opis przedmiotu zamówienia

przewiduje prace dla 4 stacji z dwoma pasami ruchu oraz 3 z jednym pasem ruchu; ilość pasów ruchu ma bezpośredni wpływ na ilość czynności, w szczególności niezbędnych przejazdów;

– w ramach realizacji zamówienia trzeba wykonać łącznie 21 testów dla wszystkich stacji (7 stacji x 3 testy (zgodnie z załącznikiem nr 8 do SWZ dla każdej stacji wymagany test w 2021, 2022 oraz 2023 r.), a dodatkowo opis przedmiotu zamówienia przewiduje prace dla 4 stacji z dwoma pasami ruchu oraz 3 z jednym pasem ruchu; ilość pasów ruchu ma bezpośredni wpływ na ilość czynności, w szczególności niezbędnych przejazdów;

(d) w części IV dotyczącej pozostałych kosztów kalibracji:

i. w pozycji lp. 17 przyjęto 7 zastępczych organizacji ruchu per lokalizacja dla wymiany urządzeń określonych w pozycjach od lp. 1 do lp. 14, podczas gdy świadczenia wskazywane w pozycji lp. 14 będą wykonywane w innym terminie; Jednocześnie w komentarzu poniżej NEUROSOFT Sp. z o.o. zastrzegł, jakoby oferta nie obejmowała kosztów wdrożenia zastępczej organizacji ruchu.

Co szczególnie interesujące szereg włączeń zamieszczonych w dodatkowym komentarzu NEUROSOFT Sp. z o.o. obejmuje również koszty dojazdu, co do których wykonawca pozostaje w przekonaniu, że zostały już ujęte w wycenie podmiotu udostępniającego potencjał.

Powyższe w ocenie Odwołującego uzasadnia tezę o nierzetelnym przygotowaniu oferty, której cena jest rażąco niska, albowiem w części bazuje na nierzetelnej ofercie podmiotu udostępniającego potencja.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dowody, stanowiska stron oraz Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ ubiega się o udzielenie tego zamówienia i jest zainteresowany jego uzyskaniem.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego skutecznie zgłosił wykonawca Mark Electronics spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki jawnej z siedzibą w Niegoszewicach.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nowej ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto pisma procesowe i dowody złożone przez Strony i Przystępującego wraz z odwołaniem oraz pismami procesowymi.

Wobec wycofania przez Odwołującego zarzutów wskazanych w pkt 1 lit. a) oraz lit. e) petitum odwołania, Izba w tym zakresie umorzyła postępowanie odwoławcze.

W pozostałym zakresie, tj. wobec sprzeciwu Przystępującego o do uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów oraz z uwagi na podtrzymanie pozostałych zarzutów przez Odwołującego, odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności odnotować należy, że stan faktyczny nie jest między Stronami sporny, został szczegółowo zreferowany w treści odwołania i nie będzie przez Izbę powtarzany. Spór dotyczy oceny prawnej czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania.

Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp podlegał oddaleniu jako niewykazany przez Odwołującego.

Jak wynika z treści art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Zatem w celu wykazania, że zachodzi podstawa wykluczenia, o której mowa w ww. przepisie ustawy należy wykazać kumulatywne spełnienie wszystkich przesłanek, o których mowa. Na szczególną uwagę zasługuje okoliczność, że przepis ten stanowi o kwalifikowanej formie wprowadzenia w błąd, tj. musi owo wprowadzenie w błąd nastąpić w wyniku

zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, czego w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał.

Po pierwsze, wskazać należy, że jak wyjaśnił Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie i twierdzenie to zostało podtrzymane podczas rozprawy (*vide*: str. nr 6 protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 27 października 2021 r.), przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu znaczenie miały dwa projekty przywołane w wykazie usług w poz. 1 i 2 wykazu, tj. ten zrealizowany w Gliwicach i we Wrocławiu. Pozostałe dwa, dotyczące prac w Poznaniu i Opolu (poz. 3 i 4 wykazu) w ogóle nie były oceniane z uwagi na posłużenie się przez Przystępującego oświadczeniem własnym przy braku podania obiektywnych powodów, dla których nie może on uzyskać referencji.

Po drugie, w zakresie prac zrealizowanych w Gliwicach oraz we Wrocławiu wskazać należy, że ewentualne niezgodności, czy też nieścisłości wynikają z braku ustawowych definicji takich pojęć jak „budowa”, „dostosowanie”, „gwarancja” oraz „utrzymanie” w zakresie, w jakim dotyczą przedmiotu zamówienia. Jak zostało wykazane w tym postępowaniu, praktyka wygląda tak, że podczas realizacji przedmiotu zamówienia zakresy czynności co do „gwarancji” i „utrzymania”, mogą się przenikać. Natomiast w zakresie „budowy” i „dostosowania” wskazać należy, że Przystępujący w toku postępowania w piśmie z 20 września 2021 r. opisał te usługi i wyjaśnił w czym upatruje spełnienie warunku udziału w postępowaniu (ocena tego zagadnienia znajduje się w dalszej części uzasadnienia), natomiast Izba dostrzega również, że w uzupełnionym piśmie z 30 sierpnia 2021 r. wykazie usług, wykonawca nie użył sformułowań wprowadzających Zamawiającego w błąd. Z tych względów zarzut został oddalony.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 118 ust. 2-4 Pzp nie potwierdził się. Z załączonego wraz z ofertą oświadczenia podmiotu trzeciego, tj. Neurosoft, na potencjał którego Przystępujący powołał się w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu niewątpliwie wynika, że podmiot ten oddał do dyspozycji Przystępującego swój potencjał w pełnym zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku w zakresie doświadczenia. Potwierdzeniem tej gotowości, jest również oferta Neurosoft załączona wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny. Nie ma również wątpliwości co do tego, że Przystępujący w swojej ofercie w pkt 5 formularza ofertowego wskazując część zamówienia, jaką zamierza powierzyć podwykonawcy wskazał zakres nie odpowiadający brzmieniu z zakresem wskazanym w zobowiązaniu Neurosoft. Mamy więc w treści oferty dwa oświadczenia, tj. oświadczenie Neurosoft co do udostępnionego potencjału oraz oświadczenie Przystępującego co do zakresu, jaki zamierza powierzyć temu podmiotowi w ramach podwykonawstwa. Oświadczenia te nie mają tożsamy zakresów, tj. to złożone przez Przystępującego nie pokrywa się w pełni z zakresem oświadczenia złożonego przez

Neurosoft, ponieważ jak podniósł Odwołujący w treści zarzutu – nie obejmuje zlecenia testów.

Izba podziela pogląd wyrażony w orzecznictwie Izby, zgodnie z którym wykonawca może powołać się na potencjał podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z zastrzeżeniem, że podmiot udostępniający potencjał musi wykonać usługi, do realizacji których wymagane są te zdolności. Innymi słowy podmiot trzeci musi wykonać tę część zamówienia, której dotyczy warunek. W przedmiotowej sprawie powstaje więc pytanie, czy wobec oświadczenia zawartego w pkt 5 oferty, można uznać, że podmiot trzeci nie wykona tej części zamówienia, której dotyczy warunek. Dla rozstrzygnięcia tak zarysowanej kwestii znaczenie ma treść art. 462 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Podkreślenia wymaga, że jest to uprawnienie zamawiającego a nie jego obowiązek. Powyższe zdaje się przesądzać o informacyjnym charakterze takiego oświadczenia wykonawcy.

Odnosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, wskazać należy, że w ocenie Izby oświadczenie wykonawcy zawarte w pkt 5 formularza oferty nie może samo w sobie stanowić podstawy do uwzględnienia zarzutu i stwierdzenia naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 118 ust. 2-4 Pzp. Kluczowe bowiem znaczenie w tym postępowaniu ma oświadczenie podmiotu trzeciego złożone na formularzu nr 3.2, zgodnie z którym podmiot ten oświadczył, że udostępnienie zasobów nastąpi przez podwykonawstwo w zakresie udostępnionej wiedzy i doświadczenia. Został również w pkt lit. c) tego oświadczenia wskazany zakres usług których zdolności dotyczą.

Istota zarzutu sprowadza się do tego, że zdaniem Odwołującego: *„nie można stwierdzić, że podmiot trzeci będzie realizował te usługi w zakresie odpowiadającym warunkowi zamówienia. Wykonawca zaoferował bowiem realizację przedmiotu zamówienia przez ten podmiot w granicach zdecydowanie węższych, niż doświadczenie wymagane co do realizacji tego zamówienia.”* Z powyższego wynika więc, że wadliwości Odwołujący upatruje w treści oświadczenia Przystępującego, a nie podmiotu trzeciego. Natomiast w ocenie Izby z treści art. 118 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że to zobowiązanie podmiotu trzeciego lub inny podmiotowy środek dowodowy ma kluczowe znaczenie dla oceny dysponowania niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Skoro więc zobowiązanie to nie budzi wątpliwości co do realności udostępnienia zasobów, wskazać należy, że samodzielną podstawą uwzględnienia zarzutu nie może być w takiej sytuacji oświadczenie zawarte w pkt

5 formularza oferty, mające w świetle art. 462 ustawy Pzp charakter jedynie informacyjny. Podkreślenia wymaga również, że oferta Neurosoft załączona do wyjaśnień rażąco niskiej ceny potwierdza gotowość tego podmiotu do wykonania testów.

Nie potwierdził się również zarzut w zakresie drugiej podstawy faktycznej wskazanej na jego uzasadnienie, tj. co do złożenia oświadczenia przez Neurosoft wobec podmiotu nieistniejącego. W ocenie Izby treść oświadczenia złożonego Przystępującemu nie budzi wątpliwości, w tym co do tego, kto jest adresatem tego oświadczenia. Zarzut sprowadza się do tego, że poza określeniem „*Mark Electronics sp. z o.o. spółka jawna*” nie ma żadnych innych danych identyfikacyjnych. Z powyższym nie sposób się zgodzić. Oświadczenie zawiera bowiem dane identyfikacyjne przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, czego Odwołujący nie kwestionuje. Niewątpliwie Przystępujący jest wykonawcą biorącym udział w tym postępowaniu, wobec czego okoliczności sprawy wskazują, że oświadczenie zostało złożone wobec Przystępującego oraz na potrzeby tego postępowania o udzielenie zamówienia wobec czego sam fakt, że brak jest innych danych identyfikujących Przystępującego nie może przesądzić o skuteczności złożenia tego oświadczenia. Z tych względów zarzut w zakresie obu podstaw faktycznych został oddalony.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp częściowo został uwzględniony przez Izbę, tj. w zakresie prac wykonanych we Wrocławiu, o czym mowa poniżej w treści uzasadnienia.

W zakresie prac w Gliwicach Izba oddaliła odwołanie z uwagi na to, że brak jest definicji pojęcia „*gwarancja*” oraz „*utrzymanie*” w kontekście przedmiotu zamówienia, definicje te nie zostały również przez Zamawiającego zamieszczone w treści dokumentacji postępowania. W celu odkodowania pojęcia „*utrzymanie*” Izba za zasadne uznała odwołanie się do treści OPZ, gdzie Zamawiający wskazał wprost w pkt 4, że „*wykonawca zobowiąże się do zapewnienia sprawnego funkcjonowania systemów*” oraz że „*wykonawca w okresie trwania umowy ponosić będzie wszelkie koszty związane z bezawaryjnym i prawidłowym działaniem systemu*”. W ramach utrzymania systemu, wykonawca ma usuwać awarie systemu, których przykładowy katalog został wskazany w treści OPZ. Ponadto wykonawca ma regularnie sprawdzać poprawność funkcjonowania systemu, w tym stan nawierzchni, kompletność danych na serwerze, zgłoszeń usterek, urządzeń i awarii, wykonywać wymagane testy, konserwację oraz przegląd elementów wyposażenia systemów. Jak natomiast wynika z treści oświadczenia dyrektora ds. przygotowania i realizacji kontraktów budowlanych PRIUM S.A. z siedzibą w Gliwicach, w ramach tej umowy spółka Neurosoft wykonuje nadzór nad prawidłowym funkcjonowaniem oprogramowania oraz nadzór nad

prawidłowym funkcjonowaniem systemu dynamicznego ważenia pojazdów, nadzór techniczny nad kamerami oraz regularną kalibrację, ponadto obsługuje zgłoszenia serwisowe. W celu wykazania realizacji obsługi zgłoszeń Przystępujący jako dowody załączył do pisma procesowego wydruki z systemu neurocar support.

Natomiast Odwołujący neguje, iż w ramach przedmiotowego postępowania świadczone było utrzymanie, z uwagi na okoliczność, że z umowy nr ZDM-4/2019 wynika iż świadczona była gwarancja.

Z kolei Zamawiający oświadczenie w przedmiocie uwzględnienia odwołania w tym zakresie oparł na wiadomości email z 18 października 2021 r., w której niezidentyfikowana osoba z ramienia PRIUM S.A. z siedzibą w Gliwicach (wiadomość wysłana z adresu drogi@prium.gliwice.pl) oświadczyła, że zakres przedmiotu umowy nie obejmował utrzymania systemu.

Mając na uwadze zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się a czynność Zamawiającego polegająca na uwzględnieniu odwołania co do omawianego zarzutu w omawianym zakresie była wadliwa. W ocenie Izby dysponując oświadczeniem dyrektora oraz wiadomością e-mail od bliżej niezidentyfikowanej osoby, istotniejszą moc dowodową należy przypisać oświadczeniu dyrektora. Ponadto jak wynika z treści przywołanej umowy, załączonej do odwołania, dyrektor ten pełnił w tym postępowaniu funkcję kierownika robót mostowych (*vide*: §11 ust. 1 pkt 1 umowy), należy więc wnioskować, że jako osoba bezpośrednio zaangażowana w wykonanie przedmiotu zamówienia jest dobrze poinformowany na temat sposobu jego realizacji i jest tym samym wiarygodnym źródłem informacji w tym zakresie.

Odnosząc się natomiast do prac wykonanych we Wrocławiu w ocenie Izby zarzut potwierdził się, z następujących powodów. Warunek udziału w postępowaniu był sformułowany w sposób nie budzący wątpliwości, Zamawiający wymagał doświadczenia w zakresie „*utrzymania*” lub „*wybudowania i utrzymania*”. Natomiast Przystępujący wskazując prace zrealizowane we Wrocławiu wskazał zamówienie polegające na „*dostosowaniu*”. W ocenie Izby „*wybudowanie*” nie jest tożsame z „*dostosowaniem*” i to nawet mając na uwadze językowe znaczenie tych pojęć (wg. Słownika języka polskiego), gdzie przez „*wybudowanie*” rozumieć należy „*wzniesienie jakiegoś obiektu, jakiejś budowli*”, czyli wybudowanie czegoś od podstaw. Natomiast „*dostosowanie*” oznacza „*zmianę czegoś tak, by pasowało do czegoś*”. Zatem pojęcia te nie są tożsame.

Przystępujący przedstawił oświadczenie ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu, z którego wynika, że przedmiotem było dostosowanie, które „*oznacza de facto wybudowanie*”, ponadto z oświadczenia tego wynika, że na prace składały się m.in.

„uzupełnienie/wybudowanie i dostawa elementów systemu” oraz „budowa elementów systemu”. Jak natomiast wynika z informacji (e-mail) uzyskanej przez Odwołującego od GDDKiA Wrocław, w ramach prac wykonano *„wymianę uszkodzonych elementów systemu preselekcji” oraz „umowa nie przewidywała budowy nowych lokalizacji punktów preselekcji”* a także *„czynności zostały wykonane jako naprawa w ramach utrzymania istniejącego systemu”.* W ocenie Izby już na podstawie oświadczenia ZABERD S.A. Zamawiający powinien był uznać, że w ramach tego zadania nie mamy do czynienia z wybudowaniem systemu tak jak tego wymagał w ramach warunku udziału w postępowaniu. Natomiast dowód przedstawiony przez Odwołującego potwierdził jedynie dodatkowo tę okoliczność.

Reasumując, stwierdzić należy, że w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu Przystępujący złożył wykaz usług, w którym wskazał 4 usługi. Jak wyjaśnił Zamawiający, usługi wskazane w poz. 3 i 4 wykazu nie zostały przez niego pozytywnie zweryfikowane z uwagi na posłużenie się oświadczeniem własnym wykonawcy tych usług w celu wykazania ich należytej realizacji, w sytuacji gdy nie zostały spełnione przesłanki, o których mowa w § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń. Wobec tego, znaczenie dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu miały usługi wskazane w poz. 1 i 2. W świetle brzmienia warunku udziału w postępowaniu negatywna ocena usługi wskazanej w poz. 2 wykazu, tj. prac wykonanych we Wrocławiu, skutkuje stwierdzeniem, że warunek udziału w postępowaniu nie został spełniony. Prace te obejmowały dostosowanie i utrzymanie, gdzie wartość samego utrzymania opiewała na kwotę 234.910,71 zł. brutto (*vide*: wykaz usług złożony pismem z 30 sierpnia 2021 r. oraz wyjaśnienia z 20 września 2021 r.). W okolicznościach niniejszej sprawy Przystępującego był już wezwany pismem z 17 sierpnia 2021 r. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu usług, jednak jak wynika z treści tego pisma nie zawierało ono pouczenia o którym mowa w treści art. 122 ustawy Pzp. W związku z powyższym Izba nakazała wezwanie Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp oraz art. 128 ust. 1 Pzp nie potwierdził się. Jak wynika z treści art. 128 ustawy Pzp przepis ten służy ograniczeniu sytuacji, w których z postępowania o zamówienie eliminowane są oferty prawidłowe merytorycznie lecz zawierające braki lub błędy w złożonych dokumentach. Przepis ten służy wyjaśnieniu lub uzupełnieniu przedmiotowych środków dowodowych, tj. tych składanych w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, natomiast przepis art. 223 ustawy Pzp odnosi się do przedmiotowych środków dowodowych. W ramach zarzutu Odwołujący kwestionuje zasadność wyjaśnienia przez Zamawiającego posłużenia się oświadczeniem własnym wykonawcy, w sytuacji o której

mowa w treści § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń. Choć w treści wezwania z 13 września 2021 r. Zamawiający zastosował nieprawidłową podstawę tj. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, nie ma to znaczenia dla samej prawidłowości tej czynności. W ocenie Izby Zamawiający był bowiem uprawniony wyjaśnić, czy zachodzą okoliczności powołania się przez wykonawcę na oświadczenie własne, zamiast na referencje, czego niewątpliwie dotyczyło pismo z 13 września 2021 r. w pkt 4. Z tych względów odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp również w ocenie Izby nie potwierdził się. W pierwszej kolejności Izba miała na uwadze, że wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny miało charakter ogólny. Następnie wskazać należy, że w zakresie podniesionego zarzutu Zamawiający nie sprecyzował w treści SWZ konkretnych ilości, na które w treści odwołania powołuje się Odwołujący i są to jego wyliczenia własne. Tym samym, skoro Zamawiający, jak wskazał w odpowiedzi na odwołanie, nie narzucał wykonawcom sposobu dostosowania, nie można w ocenie Izby czynić Przystępującemu zarzutu w zakresie przyjętych ilości. Zamawiający podkreślił, że podane w SWZ ilości są właściwe w odniesieniu do systemu aktualnie użytkowanego przez Zamawiającego, wobec czego, w zależności od sposobu realizacji zamówienia, mogą one się zmienić. Z tych względów odwołanie w tym zakresie zostało oddalone.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 3 w związku § 5 pkt 1 i 2 lit b) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). W tym miejscu Izba wyjaśnia, że przedmiotem rozpoznania Izby, z uwzględnieniem zasady, że zarzut składa się z przywołania podstawy prawnej i okoliczności faktycznych, było 8 zarzutów. Poniesione przez Odwołującego koszty dotyczące tych 8 zarzutów wynoszą 18 600 zł 00 gr. Koszty Przystępującego to kwota 3 600 zł 00 gr i dotyczą one tylko dwóch zarzutów co do których został wniesiony sprzeciw. Natomiast koszty Zamawiającego obejmują kwotę 3 600 zł 00 gr i dotyczą spory w zakresie pozostałych 6 zarzutów co do których Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Z uwagi na zaistniałą sytuację procesową każdy koszt należało rozliczyć odrębnie, w następujący sposób. Odwołującemu należy się 1/8 kosztów od Zamawiającego, tj. kwota 2.325 zł. Przystępującemu od Odwołującego należą się pełne koszty zastępstwa przed Izba tj. kwota 3 600 zł 00 gr ponieważ był w sporze z Odwołującym

co do dwóch zarzutów i w całości ten spór wygrał. W przypadku Zamawiającego jego koszty odnoszą się do sześciu zarzutów. Zamawiający wygrał 5 z 6 zarzutów swego sporu z Odwołującym, wobec czego należy mu się zwrot kwoty 3 000 zł 00 gr. Ponieważ Zamawiającemu należy się zwrot kwoty 3 000 zł 00 gr od Odwołującego, a Odwołującemu zwrot kwoty 2 325 zł 00 gr od Zamawiającego, to po potrąceniu należało finalnie zasądzić od Odwołującego na rzecz Zamawiającego różnicę, tj. 675 zł 00 gr, o czym orzeczono w sentencji.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....