

WYROK
z dnia 16 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Michał Pawłowski

Katarzyna Poprawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2023 r. przez wykonawcę **P. D. prowadzącego działalność gospodarczą po firmą Usługi Budowlano – Transportowe P. D. z siedzibą w miejscowości Dzwonowo 20c, 78-630 Człopa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa (prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, ul. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin)**

przy udziale wykonawcy **P. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Budowa i Utrzymanie Dróg „EKO BUD” P. B. z siedzibą w Szczecinku, ul. Piłsudskiego 1, 78-400 Szczecinek** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 311/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **P. D. prowadzącego działalność gospodarczą po firmą Usługi Budowlano – Transportowe P. D. z siedzibą w miejscowości Dzwonowo 20c, 78-630 Człopa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **P. D. prowadzącego działalność gospodarczą po firmą Usługi Budowlano – Transportowe P. D. z siedzibą w miejscowości Dzwonowo 20c, 78-630 Człopa** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawcy **P. D. prowadzącego działalność gospodarczą po firmą Usługi Budowlano – Transportowe P. D. z siedzibą w miejscowości Dzwonowo 20c, 78-630 Człopa** na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa (prowadzącego postępowanie: Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, ul. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin)** kwotę **4 631 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćset trzydzieści jeden złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów noclegu i parkingu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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 Oddział w Szczecinie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zimowe utrzymanie dróg administrowanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie w sezonach 2023-2027 (4 sezony zimowe) z podziałem na 2 części”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 września 2022 r. pod pozycją nr 2022/S 170-482178.

W dniu 24 stycznia 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze w zakresie części 1 oferty wykonawcy P. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Budowa i Utrzymanie Dróg „EKO BUD” P. B. z siedzibą w Szczecinku, zwanego dalej „wykonawcą EKO BUD”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 3 lutego 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca P. D. prowadzący działalność gospodarczą po firmą Usługi Budowlano – Transportowe P. D. z siedzibą w miejscowości Dzwonowo, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegające na:

- 1) nieodrzczeniu oferty wykonawcy „EKO BUD”;
- 2) wyborze oferty wykonawcy EKO BUD w zakresie części 1 zamówienia;
- 3) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego w zakresie części 1 zamówienia;

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 w zw. z art. 7 pkt 27 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2b w zw. z art. 118 ust. 1 – 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ich zastosowania i odrzucenia oferty wykonawcy EKO BUD jako niezgodnej z ustawą, bowiem przewidującej realizację zamówienia w całości przez podwykonawcę „POLDRÓG Warszawa” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i jednoczesnym oświadczeniu o samodzielnym wykonaniu zamówienia przez wykonawcę EKO BUD;
- 2) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe ich zastosowanie i nieuprawnione przyznanie wykonawcy EKO BUD w zakresie kryterium „Kwalifikacje zawodowe personelu” (pkt 21.1.3. Tomu I „Instrukcja dla Wykonawców” Rozdział 1 SWZ) maksymalnej liczby punktów (tj. 10), co doprowadziło do wyboru oferty EKO BUD, którą Zamawiający z ww. względów w sposób nieuprawniony uznał za najkorzystniejszą w zakresie ww. kryterium oceny ofert;

- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1, art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 118 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ich zastosowania i odrzucenia oferty wykonawcy EKO BUD pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazanego w postanowieniu pkt 8.2.4.1. Tomu I „Instrukcja dla Wykonawców” Rozdział 1 SWZ, którego spełnienie wykazywał poprzez powołani się na doświadczenie podmiotu udostępniającego ten zasób, tj. „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, który nie spełnia tego warunku udziału w postępowaniu;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8, 9 i 10 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ich zastosowania i odrzucenia oferty EKO BUD i wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu pomimo, że:
- a) wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazanego w postanowieniu pkt 8.2.4.1. Tomu I „Instrukcja dla Wykonawców” Rozdział 1 SWZ, co mogło mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty tego wykonawcy;
 - b) wykonawca ten, składając wyjaśnienia w ramach pisma z dnia 16 stycznia 2023 r. oraz załączonych do niego dokumentów, bezprawnie wpływał na czynności zamawiającego w zakresie oceny ofert i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, podając nieprawdziwe informacje mające świadczyć o spełnianiu przez niego warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazanego w postanowieniu pkt 8.2.4.1. Tomu I „Instrukcja dla Wykonawców” Rozdział 1 SWZ;
 - c) wykonawca ten co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd mające świadczyć o spełnianiu przez niego warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazanego w postanowieniu pkt 8.2.4.1. Tomu I „Instrukcja dla Wykonawców” Rozdział 1 SWZ, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- a co za tym idzie, wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania;
- 5) art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwaną dalej „ZNKU”, w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie ich zastosowania i odrzucenia oferty wykonawcy EKO BUD jako zawierającej rażąco niski koszt lub cenę, a nadto złożonej

w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ZNKU ze względu na dopuszczenie się sprzecznej z dobrymi obyczajami i naruszającej interesy innych wykonawców oraz Zamawiającego manipulacji cenowej;

- 6) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłowe uznanie, że oferta wykonawcy EKO BUD jest ofertą najkorzystniejszą i niepodlegającą odrzuceniu i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy w zakresie części 1 zamówienia, a zaniechanie wyboru oferty Odwołującego w zakresie części 1 zamówienia, mimo, że najkorzystniejszą nie podlegająca odrzuceniu ofertą jest oferta Odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy EKO BUD, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy EKO BUD oraz nakazanie Zamawiającemu – w zakresie części 1 zamówienia: powtórzenia czynności badania i oceny niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a następnie powtórzenia kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona w wyniku ponownego badania i oceny ofert, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zgodnie z przedłożonymi podczas rozprawy rachunkami.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in.:

Odnosnie zarzutu nr 1 Odwołujący podniósł m.in., że wykonawca EKO BUD, którego oferta została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w zakresie części 1 zamówienia, zgodnie z oświadczeniem zawartym w pkt 5 na str. 2 formularza oferty zamierza: „powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia: „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o. o. – wykonanie usługi polegającej na zimowym utrzymaniu dróg, tj. odśnieżaniu, zapobieganiu śliskości, likwidacja śliskości na drodze wykonywane w sezonie zimowym (zgodnie z zobowiązaniem podmiotu udostępniającego zasoby)”, a zatem całość przedmiotu zamówienia powierzona zostanie podwykonawcy. Jednocześnie jednak z formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, zwanego dalej „JEDZ” wynika, że oświadcza on, że nie zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia. Powyższe oznacza, że w treści oferty występuje co najmniej wewnętrzna sprzeczność co do oświadczeń, która powinna zostać przez Zamawiającego rozstrzygnięta na etapie czynności badania i oceny ofert. Nie jest bowiem możliwe skorzystanie z zasobów podmiotu trzeciego bez jednoczesnego zawarcia z nim umowy podwykonawczej. Jednocześnie, zgodnie z oświadczeniem zawartym w złożonym

przez wykonawcę EKO BUD wraz z ofertą formularzu 3.2. (Zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia) „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oświadczyła, że zrealizuje usługi polegające na zimowym utrzymaniu dróg - określonym przez Zamawiającego w pkt. 8.2.4.1. IDW, tj. odśnieżanie, zapobieganie śliskości, likwidacja śliskości na drodze wykonywane w sezonie zimowym w zakresie w jakim udostępnia wykonawcy EKO BUD wiedzy i doświadczenia w wykonaniu usługi zimowego utrzymania dróg, do realizacji której wymagane są zdolności określone przez Zamawiającego w pkt. 8.2.4.1. IDW. Co więcej, z oświadczenia zawartego w

formularzu 3.2. z dnia 07 listopada 2022 r. wynika, że sposób i okres udostępnienia przez „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o. o. oraz wykorzystania zasobów tej spółki, o których mowa w zobowiązaniu zawartym w formularzu zostanie określony w umowie podwykonawczej zawartej na cały okres realizacji zamówienia dot. Części 1. Z powyższego oświadczenia wprost wynika, że „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wykona całe zamówienie zamiast EKO BUD. Zgodnie z treścią oświadczenia „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o. o. w Warszawie, odnosi się to do warunków udziału w postępowaniu dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia. Z powyższego wynika, że wykonawca EKO BUD zamierza powierzyć podwykonawcy (i jednocześnie podmiotowi, na którego zasoby się powołuje) wykonanie całości zamówienia. Powyższe oznacza, że oferta wykonawcy EKO BUD jest niezgodna z ustawą Pzp, albowiem podwykonawca nie może wykonać za wykonawcę całości (tj. 100%) przedmiotu zamówienia, a jedynie określoną jego część, co wynika wprost z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp. W

Jednocześnie w formularzu JEDZ oświadcza, że nie zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia.

Nie ma jednak innej możliwości udostępnienia przez podmiot, o którym mowa w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp (tu „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) danemu wykonawcy (tu EKO BUD) zasobu w postaci doświadczenia, jak udział tego podmiotu w realizacji zamówienia i to w zakresie odnoszącym się bezpośrednio do udzielanego doświadczenia, które obejmuje całość przedmiotu zamówienia. Nie ma więc innej możliwości, jak tylko wzięcie przez „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie udziału w wykonaniu całości zamówienia w jego pełnym zakresie. To z kolei jest na gruncie przepisów ustawy Pzp zakazane, albowiem prowadzi do sytuacji, w której jeden podmiot bierze udział w

postępowaniu o udzielenie zamówienia, zaś – jeśli oferta tego podmiotu zostanie wybrana przez Zamawiającego w postępowaniu – faktycznie wykonywać zamówienie będzie inny podmiot, który nie brał udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i nie złożył oferty, co

prowadzi do fikcji wykonywania zamówienia przez wykonawcę, którego oferta zostałaby w ten sposób wybrana.

Wykonawca EKO BUD zamierza powierzyć wykonanie całości zamówienia (w pełnym zakresie jego przedmiotu, którym jest zimowe utrzymanie dróg) innemu podmiotowi, który musi przyjąć rolę podwykonawcy. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że wykonawca EKO BUD nie dysponuje wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem w wykonaniu przedmiotu zamówienia (nie określonych zadań, fragmentów, czy też konkretnych czynności wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia, ale właśnie jednolitego przedmiotu zamówienia, którym jest zimowe utrzymanie dróg), a zatem całość zamówienia wykonać musiałby podmiot trzeci, tj. „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a jednocześnie podmiot ten zobowiązał się wykonać całość zamówienia.

Zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W analizowanym przypadku oznacza to, że „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, którą w ocenie wykonawcy EKO BUD dysponuje, jako wykonawca wcześniejszego zamówienia, doświadczeniem wymaganym w pkt 8.2.4.1. IDW, w przypadku, gdy wykonawca EKO BUD powołał się na jej doświadczenie w celu wykazania spełnienia ww. warunku, musiałaby wziąć udział w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca.

Odwołujący podniósł także, że „Posłużenie się zdolnościami innych podmiotów przez wykonawcę jest dopuszczalne pod warunkiem wykazania przez niego realnego charakteru udostępnienia wymaganych zasobów, w zakresie gwarantującym wykorzystanie tych zasobów na etapie realizacji zamówienia. Wykonawca, powołując się na potencjał podmiotu trzeciego, ma zatem obowiązek wykazania, że realizując zamówienie, będzie faktycznie i w wymaganym zakresie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu. W przeciwnym razie powoływanie się na potencjał podmiotu trzeciego miałoby jedynie „papierkowy” charakter, tj. służyłoby tylko

formalnemu wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu, bez faktycznego zaangażowania udostępnionego potencjału na etapie realizacji zamówienia” (por. wyr. KIO z 7.4.2022 r. KIO 782/22, Legalis; wyr. KIO z 22.3.2022 r., KIO 650/22, Legalis; wyr. KIO z 18.5.2021 r., KIO 939/21, Legalis).” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, komentarz do art. 118, Legalis).

Art. 118 ust. 2, 3 i 4 ustawy Pzp określa precyzyjnie wymagania co do treści zobowiązania podmiotu trzeciego, udostępniającego zasoby wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie, które mają na celu zagwarantowanie rzeczywistego dostępu do tych zasobów.

Analizując treść zobowiązania złożonego przez „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie stwierdzić należy, że wykonawca EKO BUD nie wykazał, że zasoby ww. podmiotu zostaną mu udostępnione w sposób realny, rzeczywisty. Ogólny charakter treści podanych w zobowiązaniu do oddania zasobów ww. podmiotu nie prowadzi do wykazania spełnienia wymagań treściowych wynikających z art. 118 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Nie jest przede wszystkim wiadome jakie konkretnie zasoby przedsiębiorstwa „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zostaną udostępnione wykonawcy EKO BUD i w jakim zakresie. Zasób „wiedzy i doświadczenia w wykonaniu usługi zimowego utrzymania dróg” podlega udostępnieniu poprzez – jak to już zauważono powyżej – udostępnienie konkretnych zasobów przedsiębiorstwa, a także jego składników, w postaci np.: sprzętu, kadry, zasobów organizacyjnych, itp. Samo zaś ogólne sformułowanie wskazujące na zobowiązanie się do udostępnienia: „wiedzy i doświadczenia w wykonaniu usługi zimowego utrzymania dróg, do realizacji której wymagane są zdolności określone przez Zamawiającego w pkt. 8.2.4.1 Tom I IDW” nie może zostać uznane za wystarczające.

Odnośnie zarzutu nr 2 Odwołujący podniósł m.in., że wykonawca EKO BUD nie wykazał w toku postępowania o udzielenie zamówienia, że P. B. posiada doświadczenie zgodnie z opisem podkryterium zawartym w pkt 21.1.3. IDW – Tom I SWZ w pracy przy usługach związanych z zimowym utrzymaniem dróg jako koordynator/nadzorujący/kierownik usług związanych z zimowym utrzymaniem dróg klasy min. G, o łącznej długości dróg co najmniej 80 km w odniesieniu do ilości sezonów doświadczenia na potrzeby kryteriów oceny ofert.

Jednym z pozacenowych kryteriów oceny ofert, zgodnie z pkt 21.1.3. IDW są kwalifikacje zawodowe (Podkryterium „Kwalifikacje zawodowe personelu” (K)) dotyczące doświadczenia osoby wskazanej przez wykonawcę do pełnienia funkcji Kierownika at. Zimowego Utrzymania Dróg– doświadczenie w pracy jako koordynator/nadzorujący/kierownik usług związanych z zimowym utrzymaniem dróg klasy min. G, o łącznej długości dróg co najmniej 80 km.

Zamawiający na podstawie oświadczeń zawartych w formularzu 2.2. złożonym przez wykonawcę EKO BUD wraz z ofertą (Kryteria pozacenowe dot. Części 1 zamówienia) oraz złożonego przez wykonawcę EKO BUD w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp Wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego uznał, że wskazana w ww. dokumentach osoba, tj. P. B. posiada doświadczenie obejmujące 5 sezonów doświadczenia (25 miesięcy) i tym samym przyznał wykonawcy EKO BUD maksymalną ilość punktów (10 pkt) w ramach oceny tego kryterium. Takie doświadczenie nie wynika jednak z oświadczeń wykonawcy EKO BUD wynikających z ww. dokumentów.

Mając na uwadze postanowienia pkt 21.1.3. SWZ (w tym zmienione – przez Zamawiającego), Zamawiający uznał, że sezon zimowy to okres co najmniej 5 pełnych

miesiący trwający od dnia 01 października danego roku do 30 kwietnia roku następnego. Tymczasem ww. dokumenty złożone przez wykonawcę EKO BUD nie pozwalają stwierdzić, by tak samo sezony zimowe (jeśli chodzi o zakres czasowy trwania jednego sezonu) zostały określone w przypadku zamówień, które zostały wymienione w złożonych przez wykonawcę EKO BUD dokumentach w postaci formularza 2.2. (Kryteria pozacenowe Dot. Części 1 zamówienia) oraz Wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego. Z ww. wykazu nie sposób dokonać ustaleń, jak Zamawiający w przypadku wskazanych w nim zamówień określili czas trwania sezonu zimowego i czy czas jego trwania pokrywa się z czasem trwania sezonu zimowego wedle definicji przyjętej przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Zatem Zamawiający nie miał podstaw by dokonać oceny oferty wykonawcy EKO BUD w zakresie omawianego kryterium, a tym bardziej przyznać temu wykonawcy maksymalnej liczby 10 pkt w ramach kryterium oceny ofert w zakresie kwalifikacji zawodowych personelu.

Odnośnie zarzutu nr 3 Odwołujący podniósł m.in., że „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w ramach złożonego przez wykonawcę EKO BUD wraz z ofertą formularza 3.2. (Zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia) zobowiązała się jako podmiot udostępniający zasoby, o którym mowa w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp „do oddania wiedzy i doświadczenia w wykonaniu (zakończeniu) zadania obejmującego swoim zakresem usługę polegającą na zimowym utrzymaniu dróg o klasie min, G o łącznej wartości co najmniej 10 000 000,00 zł brutto (dla części 1) - zdolności technicznej lub zawodowej (zgodnie z pkt. 8.2.4.1 Tom I - IDW)” do dyspozycji wykonawcy EKO BUD.

Ze złożonego przez wykonawcę EKO BUD w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp Wykazu usług z dnia 13 grudnia 2022 r. wynika, że spełnienie wskazanego w pkt 8.2.4.1. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej przez Zamawiającego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia „w wykonaniu (zakończeniu) lub wykonywaniu w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym okresie: a) 1, 2 lub 3 zadań obejmujących swoim zakresem usługi polegające na zimowym utrzymaniu dróg o klasie drogi min. G o łącznej wartości co najmniej: - dla części 1 – 10 000 000,00 PLN brutto”.

Wykonawca EKO BUD zamierza wykazać, posługując się doświadczeniem udostępnionym przez podmiot trzeci, tj. „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Ze złożonego przez wykonawcę ramach zamówienia pn. „Bieżące i zimowe utrzymanie autostrady A2 na odc. autostradowej obwodnicy Mińska Mazowieckiego wraz z łącznikiem do drogi nr 2 i drogą nr 2 na odc. od skrzyżowania z drogą nr 17 (Zakręt) do ronda w Choszczówce Dębskiej wraz z węzłami i skrzyżowaniami oraz wszystkimi obiektami

inżynierskimi w pasie autostrady i drogi GP w ciągu 72 miesięcy w latach 2013 – 2019” o całkowitej wartości zadania: 52 157 051,17 zł brutto wykonała w ramach jednego zadania czynność zimowego utrzymania dróg o klasie A i GP o łącznej wartości 16 361 988,10 zł.

Zamawiający wezwał wykonawcę EKO BUD (w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp) do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazania spełnienia omawianego warunku udziału w postępowaniu. Zamówienie nie zostało wykonane samodzielnie przez „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, lecz zostało wykonane przez ten podmiot wspólnie z innymi wykonawcami w ramach Konsorcjum w składzie: „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (1% zakresu robót), Pol- Dróg Piła Sp. z o.o. z siedzibą w Pile (98,5% zakresu robót) i RAKARNIA Skup Zwierząt Padłych oraz Odpadów Produkcyjnych z siedzibą w Chojnicach (0,5% zakresu robót). W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę EKO BUD warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wezwał wykonawcę EKO BUD o wyjaśnienie zakresu i wartości prac wykonanych przez każdego z członków Konsorcjum wskazanych w ww. zadaniu. Wykonawca EKO BUD do wyjaśnień złożonych w dniu 16 stycznia 2023 r. załączył oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, tj. „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 16 stycznia 2023 r., zgodnie z którym „Znaczny upływ czasu pomiędzy zawarciem umowy konsorcjum a umową realizacyjną, zaangażowanie partnera konsorcjum Pol-Dróg Piła Sp. z o.o. w realizację innych kontraktów inwestycyjnych oraz utrzymaniowych (m.in. GDDKiA Poznań – Całoroczne utrzymanie Rejonu Chodzież) sprawił, że Pol-Dróg Piła Sp. z o.o. nie angażował się w realizację prac na ww. kontrakcie, a całość prac została wykonana przez POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o., z wyjątkiem prac polegających na odbiorze, transporcie i utylizacja martwych zwierząt, które zostały powierzone trzeciemu członkowi konsorcjum tj. „Rakarnia Skup Zwierząt Padłych oraz odpadów poprodukcyjnych”.”. Oświadczenie powyższe nie może stanowić miarodajnego dowodu pozwalającego Zamawiającemu uznać, że całość prac w ramach ww. zamówienia, którego dotyczyć ma rzekomo zdobyte przez „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wykonał właśnie ten podmiot. Co więcej Zamawiający dysponował innymi dowodami – obiektywnymi (w przeciwieństwie do oświadczenia z dnia 16 stycznia 2023 r. złożonego przez „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie). Z wezwania z dnia 11 stycznia 2023 r. skierowanego przez Zamawiającego do wykonawcy EKO BUD wynika, że Zamawiający dysponował bowiem umową konsorcjum zawartą między Pol-Dróg Piła Sp. z o.o., „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o.o. oraz „Rakarnia Skup Zwierząt Padłych oraz odpadów poprodukcyjnych” na potrzeby wspólnej realizacji przez te podmioty zamówienia pn. „Bieżące i zimowe utrzymanie autostrady A2 na odc. autostradowej obwodnicy Mińska Mazowieckiego wraz z łącznikiem do drogi nr 2 i drogą nr 2 na odc. od skrzyżowania z drogą nr 17 (Zakręt) do ronda w Choszczówce Dębskiej wraz z węzłami i skrzyżowaniami oraz

wszystkimi obiektami inżynierskimi w pasie autostrady i drogi GP w ciągu 72 miesięcy w latach 2013 – 2019”.

Z § 8 ust. 1 tej umowy wprost wynikało natomiast, że udział „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o.o. w wykonaniu zamówienia wynosi ledwie 1%, a zatem nie może być mowy, by podmiot ten wykonał w ramach ww. zamówienia usługi łącznej wartości co najmniej 10 000 000,00 PLN brutto (a co najwyżej o wartości 163 619,88 zł – biorąc pod uwagę wartość zamówienia, tj. 52 157 051,17 zł brutto). Nie jest przy wiadome w jaki sposób obliczono te wartości, skoro wątpliwości Zamawiającego nie wzbudziła także sprzeczność pomiędzy kwotami w dokumentach EKO BUD, tj., że:

- ze złożonego przez EKO BUD w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp Wykazu usług z dnia 13 grudnia 2022 r. wynika, że całkowita wartość zamówienia, pn. „Bieżące i zimowe utrzymanie autostrady A2 na odc. autostradowej obwodnicy Mińska Mazowieckiego wraz z łącznikiem do drogi nr 2 i drogą nr 2 na odc. od skrzyżowania z drogą nr 17 (Zakręt) do ronda w Choszczówce Dębskiej wraz z węzłami i skrzyżowaniami oraz wszystkimi obiektami inżynierskimi w pasie autostrady i drogi GP w ciągu 72 miesięcy w latach 2013 – 2019” wynosi: 52 157 051,17 zł brutto, z czego „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o.o. miała wykonać jedno zadanie dotyczące czynności zimowego utrzymania dróg o łącznej wartości 16 361 988,10 zł (przy czym nie wiadomo czy jest to wartość zadania czy tylko prac rzekomo wykonanych przez „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o.o.), ale już w

- wyjaśnieniach z dnia 16 stycznia 2023 roku jest mowa o wykonaniu całości prac przez POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o., z wyjątkiem prac polegających na odbiorze, transporcie i utylizacji martwych zwierząt, które zostały powierzone trzeciemu członkowi konsorcjum tj. „Rakarnia Skup Zwierząt Padłych oraz odpadów poprodukcyjnych”, a to wobec rzekomego „nie angażowania się w realizację prac na ww. kontrakcie konsorcjanta: Pol-Dróg Piła Sp. z o.o. – spółki pozostającej w grupie kapitałowej z POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o.

Zatem w ramach zamówienia pn. „Bieżące i zimowe utrzymanie autostrady A2 na odc. autostradowej obwodnicy Mińska Mazowieckiego wraz z łącznikiem do drogi nr 2 i drogą nr 2 na odc. od skrzyżowania z drogą nr 17 (Zakręt) do ronda w Choszczówce Dębskiej wraz z węzłami i skrzyżowaniami oraz wszystkimi obiektami inżynierskimi w pasie autostrady i drogi GP w ciągu 72 miesięcy w latach 2013 – 2019” o całkowitej wartości zadania: 52 157 051,17 zł brutto POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o. wykonała w ramach jednego zadania czynność zimowego utrzymania dróg o klasie A i GP o łącznej wartości 16 361 988,10 zł czy też wartość tego zadania wynosiła 16 361 988,10 zł, z czego POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o. mogła wykonać jedynie część zamówienia, gdyż faktyczny zakres usług

pozostałego konsorcjanta: „Rakarnia Skup Zwierząt Padłych oraz odpadów poprodukcyjnych”, wyniósł 490.736,00 zł brutto.

Nadto z Wykazu robót wynika, że prace które w ramach tego zamówienia wykonywała POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o. nie są zgodne z deklarowanym rzekomo zdobytym doświadczeniem, tj. nie polegały na zimowym utrzymaniu dróg o klasie drogi min. G, ale na utrzymaniu dróg o klasach: A i GP – łącznie. Nie jest zatem wiadome jaki procent wartości utrzymywanych dróg mógł dotyczyć tras o wymaganej klasie. Co najważniejsze: EKO BUD nie wykazał także, by umowa konsorcjum uległa jakimkolwiek zmianom – w tym w zakresie postanowień § 8 ust. 1, a zatem oświadczenie o rzekomym „nie angażowaniu się w realizację prac na ww. kontrakcie konsorcjanta: Pol- Dróg Piła Sp. z o.o. uznać należy za gołosłowne i niewiarygodne, tym bardziej, że złożone przez podmiot trzeci w stosunku do pozostających w grupie kapitałowej spółek: POLDRÓG Warszawa Sp. z o.o. i Pol-Dróg Piła Sp. z o.o., tj. przez EKO BUD. Zamawiający zaniechał należytej oceny okoliczności co do których powziął uzasadnione wątpliwości, zaś EKO BUD, którego obciążał ciężar dowodu w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu nie wyjaśnił wątpliwości w tym zakresie. Zamawiający nie był zatem uprawniony do uznania, że warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1. IDW został przez wykonawcę EKO BUD spełniony. Co więcej, z opinii z dnia 19 maja 2020 r. wystawionej przez GDDKiA Oddział w Warszawie złożonej przez wykonawcę EKO BUD wraz z pismem z dnia 14 grudnia 2022 r. wynika, że zamówienie na podstawie umowy 85/2013 z dnia 11.07.2013 r. realizowały trzy podmioty, tj. „POL-DRÓG Piła” Sp. z o. o., „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o. o. i RAKARNIA Skup Zwierząt Padłych oraz Odpadów Produkcyjnych, a nie dwa podmioty – bez udziału „POL-DRÓG Piła” Sp. z o. o. Nadto z ww. referencji nie wynika, jaki był udział poszczególnych konsorcjantów realizacji zamówienia, ani jakiego rodzaju czynności wykonywał każdy z konsorcjantów, ani też jaka była wartość robót wykonanych przez poszczególnych konsorcjantów. Nadto do pisma z dnia 16 stycznia 2023 r. wykonawca EKO BUD załączył oświadczenie dalszego konsorcjanta, tj. „POL-DRÓG Piła” Sp. z o. o., zgodnie z którym w ramach konsorcjum firm „POL-DRÓG Piła” Sp. z o. o., „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o. o. i RAKARNIA Skup Zwierząt Padłych oraz Odpadów Produkcyjnych, nie realizowała faktycznie żadnych robót w zakresie wykonania umowy nr 85/2013 z dnia 11.07.2013 r. Jest to dowód niewiarygodny, co do którego Zamawiający powinien powziąć uzasadnione wątpliwości, a do tego dowód nieobiektywny. Wątpliwości Zamawiającego powinien wzbudzić choćby fakt, że podmiot, który zgodnie z § 8 ust. 1 umowy konsorcjum miał wykonać 98,5% zakresu robót oświadcza, iż w ogóle nie brał udziału w realizacji zamówienia.

Jednocześnie Odwołujący podniósł, że oświadczenie z dnia 16 stycznia 2023 r. pochodzące od spółki „POL-DRÓG Piła” Sp. z o. o. podpisał w jej imieniu E. B., który

załączył do oświadczenia udzielone mu przez J. B. pełnomocnictwo. Z pełnomocnictwa wynika, że E. B. jest umocowany do: „do podejmowania wszelkich czynności faktycznych i prawnych związanych z zawieraniem wszelkich umów przez „POL-DRÓG PIŁA” Sp. z o.o. związanych z prowadzoną przez nią działalnością do kwoty nieprzekraczającej jednorazowo wysokości 5.000.000,00 PLN. Niniejsze pełnomocnictwo obejmuje ponadto umocowanie do zaciągania w imieniu reprezentowanej Spółki zobowiązań w kwocie nieprzekraczającej jednorazowo wysokości 5.000.000,00 PLN oraz do podejmowania innych czynności faktycznych i prawnych oraz do składania oświadczeń woli, które mogą skutkować powstaniem po stronie reprezentowanej Spółki zobowiązań nieprzekraczających wymienionej powyżej kwoty.” Z powyższego wynika, że udzielone pełnomocnictwo nie obejmuje składania oświadczeń o treści zawartej w piśmie z dnia 16 stycznia 2023 r. Nie może więc stanowić dowodu potwierdzającego, że „POL-DRÓG” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wykonała w ramach umowy nr 85/2013 z dnia 11.07.2013 r. roboty polegające na zimowym utrzymaniu dróg i do tego o wartości 16 361 988,10 zł, jak wynika z wykazu usług z dnia 13 grudnia 2022 r. Z zestawień faktur wystawionych przez POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o. w latach 2013-2019 dla GDDKiA o. Warszawa i złożonych przez wykonawcę EKO BUD wraz z wyjaśnieniami z dnia 16 stycznia 2023 r. nie wynika treść tych faktur. Nie sposób ustalić, czy dotyczą one realizacji zamówienia pn. „Bieżące i zimowe utrzymanie autostrady A2 na odc. autostradowej obwodnicy Mińska Mazowieckiego wraz z łącznikiem do drogi nr 2 i drogą nr 2 na odc. od skrzyżowania z drogą nr 17 (Zakręt) do ronda w Choszczówce Dębskiej wraz z węzłami i skrzyżowaniami oraz wszystkimi obiektami inżynierskimi w pasie autostrady i drogi GP w ciągu 72 miesięcy w latach 2013 – 2019”. Nie można także na podstawie tych wykazów określić, jak następował podział kwot zapłaconych na podstawie faktur zawartych w wykazie pomiędzy konsorcjantów, tj. „POL-DRÓG Piła” Sp. z o. o., „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o. o. i RAKARNIA Skup Zwierząt Padłych oraz Odpadów Produkcyjnych.

Zgodnie z wiedzą Zamawiającego (co wynika z wezwania z dnia 11 stycznia 2023 r. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp skierowanego do EKO BUD) to właśnie wystawca faktur z wykazów złożonych wraz z pismem wykonawcy EKO BUD z dnia 16 stycznia 2023 r., a więc spółka „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o. o. była liderem konsorcjum. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że wystawiała faktury Zamawiającemu GDDKiA Oddział w Warszawie. Jako lider konsorcjum prowadziła rozliczenia między Zamawiającym a wszystkimi wykonawcami tworzącymi konsorcjum. Nie było tak, by każdy z konsorcjantów rozliczał się z GDDKiA Oddział w Warszawie odrębnie – stosunkowo do udziału w realizacji zamówienia. Zamawiający nie zbadał zatem stanu faktycznego we własnym zakresie, ani też wykonawca EKO BUD nie dostarczył dowodów, by wykazać, że podmiot na którego zasób w postaci doświadczenia się powołuje spełnia związany z tym zasobem warunek udziału w

postępowaniu. „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o.o. jako lider konsorcjum rozliczała się Zamawiającym – GDDKiA Oddział w Warszawie i jako jedyny spośród konsorcjantów podmiot wystawiała faktury na rzecz tego Zamawiającego. Nie powinna zatem dziwić ilość faktur, czy wartość na jaką opiewają. To nie dowodzi jednak, że spółka ta wykonała całość zamówienia w ramach umowy nr 85/2013 z dnia 11.07.2013 r. Dowody zaoficerowane przez EKO BUD wraz z pismem z dnia 16 stycznia 2023 r. nie pozwalają wykazać jaki spółka ta miała udział w wykonywaniu zamówienia a jedynie ewentualnie, że wystawiała w imieniu wszystkich konsorcjantów faktury za wykonanie zamówienia, a zatem faktury te obejmują wynagrodzenie wszystkich konsorcjantów, które następnie było dzielone między poszczególnych konsorcjantów wedle faktycznego udziału w wykonaniu zamówienia (w tym np. wedle podziału procentowego z § 8 umowy konsorcjum przytoczonej w piśmie POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o. z 16 stycznia 2023 r). Przedstawione przez wykonawcę EKO BUD w dniu 16 stycznia 2023 r. wyjaśnienia i dowody nie potwierdzają faktu wykonania przez „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o. o. w ramach wcześniejszego zamówienia pn. „Bieżące i zimowe utrzymanie autostrady

A2 na odc. autostradowej obwodnicy Mińska Mazowieckiego wraz z łącznikiem do drogi nr 2 i drogą nr 2 na odc. od skrzyżowania z drogą nr 17 (Zakręt) do ronda w Choszczówce Dębskiej wraz z węzłami i skrzyżowaniami oraz wszystkimi obiektami inżynierskimi w pasie autostrady i drogi GP w ciągu 72 miesięcy w latach 2013 – 2019”, ani czynności o charakterze zimowego utrzymania dróg, ani ich wartości deklarowanej przez wykonawcę EKO BUD. Wykonawca EKO BUD wyjaśnienia w tym zakresie składał w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, EKO BUD nie mogą one zostać ponownie uzupełnione a Zamawiający nie może ponownie wezwać tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Reasumując podniósł, że dokumenty i oświadczenia wykonawcy EKO BUD złożone wraz z ofertą powinny wywołać wątpliwości u Zamawiającego w zakresie wartości wykonanych usług, zwłaszcza w sytuacji kiedy Zamawiający wiedział o tym, że w realizacji zamówienia pn. „Bieżące i zimowe utrzymanie autostrady A2 na odc. autostradowej obwodnicy Mińska Mazowieckiego wraz z łącznikiem do drogi nr 2 i drogą nr 2 na odc. od skrzyżowania z drogą nr 17 (Zakręt) do ronda w Choszczówce Dębskiej wraz z węzłami i skrzyżowaniami oraz wszystkimi obiektami inżynierskimi w pasie autostrady i drogi GP w ciągu 72 miesięcy w latach 2013 – 2019” brało udział trzech konsorcjantów. Nadto wątpliwości tych nie mogły rozwiązać oświadczenia wykonawcy EKO BUD i dokumenty złożone przez tego wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie skierowane do niego przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wbrew przepisom Pzp rozstrzygnął istniejące i nieusunięte przez wykonawcę EKO BUD wątpliwości w zakresie spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na korzyść wykonawcy EKO BUD.

Odnosnie zarzutu nr 4 Odwołujący podniósł m.in., że wykonawca EKO BUD w toku postępowania dopuścił się czynów o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8, 9 i 10 ustawy Pzp. Nastąpiło to w związku z podejmowaniem przez wykonawcę EKO BUD czynności w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazanego w postanowieniu pkt 8.2.4.1. Tomu I „Instrukcja dla Wykonawców” Rozdział 1 SWZ. W tym celu wykonawca EKO BUD, a także podmiot mający udostępnić wykonawcy zasoby w zakresie doświadczenia, tj. „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o. o., złożyły w treści JEDZ oświadczenia, że spełniają warunki udziału w postępowaniu.

Nadto, EKO BUD wraz z pismem z dnia 14 grudnia 2022 r. złożył Wykaz usług z dnia 13 grudnia 2022 r. mający świadczyć o rzekomym spełnianiu przez podmiot udostępniający zasoby warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa wyżej. Co więcej EKO BUD złożył wraz z pismem z dnia 14 grudnia 2022 r. oświadczenie Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Dokument zawierający tożsame oświadczenie złożył także w odniesieniu do „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o.o. Jednocześnie, gdy Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości co do spełniania przez „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1. Tomu I „Instrukcja dla Wykonawców” Rozdział 1 SWZ, składając oświadczenia zawarte w piśmie z dnia 16 stycznia 2023 r. oraz dokumenty w nim zawarte, wraz z innymi podmiotami, które złożyły oświadczenia w tych dokumentach zawarte wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu i z naruszeniem prawa doprowadził Zamawiającego do pozytywnej oceny jego oferty w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu i w rezultacie do wyboru jego oferty, mimo, że powinna ona zostać odrzucona.

Odnosnie zarzutu nr 5 Odwołujący podniósł m.in., że wykonawca EKO BUD dopuścił się manipulacji cenowej oraz zastosował nierynkową, rażąco niską stawkę pracy sprzętu w pozycjach nr 3 i 9 w załączniku 1b oferty cenowej oraz zaniżył ceny jednostkowe tego samego asortymentu robót. W pozycjach 1, 2 i 3 mieszczą się bowiem różne odcinki tej samej drogi S-11 o takim samym przekroju drogowym i standardzie, a mimo to w pozycjach 1 i 2 wykonawca EKO BUD zastosował stawki dla jedno-, dwu- oraz trzy- i więcej krotnej pracy sprzętu znacząco odbiegające od stawki zastosowanej w pozycji 3. Stawki w pozycji 3 (odpowiednio 100,00 zł; 105,00 zł oraz 110,00 zł) stanowi o zastosowaniu stawek nierynkowych, rażąco niskich, a jednocześnie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na stosowaniu cen dumpingowych i manipulacji stawkami wpływający na wysokość ceny ofertowej. Porównując stawki z pozycji 1, 2 i 3 kosztorysu wskazać należy, że są to odcinki tej samej drogi o takim samym przekroju, tj. 2 jezdnie. Brak jest więc uzasadnienia do różnicowania stawki odcinkowej za 1 km/doba pracy sprzętu (jedno-, dwu- i

więcej - krotnej). A ponadto skoro odcinek drogi S-11 wskazany w poz. 3 zostanie oddany do użytkowania dopiero w 2026 r. (zgodnie z informacją zawartą w kosztorysie: „Odcinek drogi krajowej planowany do oddania w użytkowanie dla ZZDW w roku 2026”), należałoby zakładać, że praca sprzętu w tym czasie będzie droższa niż jest w tej chwili, a zatem stawka powinna być wręcz wyższa niż dla dróg istniejących i oddanych do użytku obecnie, które wykonawca będzie obsługiwać bezpośrednio po zawarciu umowy z Zamawiającym. Poprzedni bowiem odcinek drogi DK11 zostanie zastąpiony srogą ekspresową S11, a zatem wykonanie usług w jego obszarze musi być droższe (a nie tańsze), gdyż dojdą tam do utrzymania 2 węzły i zamiast utrzymania 24 km jezdni konieczne będzie utrzymanie aż 2 jezdni po 2 pasy ruchu + utwardzonych poboczy. Zakres zamówienia zatem znacznie wzrośnie. Być może zatem doszło do sytuacji, w której wiedza o powyższym nie została uwzględniona w ofercie albo – jak w podniesionym zarzucie – wprost doszło do świadomego zaniżenia tej ceny, w celu pokrzywdzenia konkurentów. Takie same okoliczności wynikają z analizy porównawczej odcinków dróg wskazanych w pozycjach 6 i 9 kosztorysu. Tu także mamy do czynienia z tą samą drogą (nr 20) ale na różnych odcinkach, których przekrój (1 jezdnia) oraz standard ZUD są tożsame. Mimo to wykonawca EKO BUD zastosował rażąco odmienne stawki za pracę sprzętu dla każdego z dwóch ww. odcinków tej samej drogi, przy czym odcinek drogi wskazany w pozycji 9 zostanie oddany do użytku w roku 2025 („Odcinek drogi krajowej planowany do oddania w użytkowanie dla GDDKiA w roku 2025”), a zatem stawki rynkowe z pewnością będą wyższe niż obecnie. Być może zatem doszło do sytuacji, w której wiedza o powyższym nie została uwzględniona w ofercie albo – jak w podniesionym zarzucie – wprost doszło do świadomego zaniżenia tej ceny, w celu pokrzywdzenia konkurentów. Jak wskazuje się w orzecznictwie „różnice pomiędzy cenami poszczególnych wykonawców są elementem gry rynkowej, a kalkulacje cen w różnych postępowaniach nie muszą być oparte o tożsame ceny jednostkowe, co nie wyklucza jednak sytuacji, uwzględniając zwłaszcza aktualne uwarunkowania związane z powszechnym wzrostem cen, w której okoliczności te mogą, a nawet powinny mieć wpływ na ocenę Zamawiającego danej oferty i powzięcie przez niego wątpliwości w zakresie możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę.” (wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2022 r. w sprawie KIO 1543/22).

Odnosnie zarzut nr 6 Odwołujący podniósł m.in., że naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp wskazanych w opisanych w zarzutach poprzednich spowodowało, że oferta Odwołującego nie została wybrana, zaś w przypadku, gdyby Zamawiający nie dopuściwszy się naruszeń przepisów wskazanych w ww. zarzutach, prawidłowo odrzucił ofertę wykonawcy EKO BUD, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza albowiem poza wykonawca EKO BUD jedynie Odwołujący złożył ofertę na wykonanie części 1 zamówienia. Treść złożonej przez Odwołującego oferty wskazuje, że spełnia on wszystkie ustanowione przez Zamawiającego w SWZ warunki udziału w postępowaniu i jednocześnie

nie zachodzą w stosunku do Odwołującego podstawy wykluczenia z postępowania wskazane w SWZ. W przypadku odrzucenia oferty wykonawcy EKO BUD, oferta Odwołującego zostałaby najwyżej oceniona, biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert określone przez Zamawiającego w pkt 21 IDW (Tom I rozdział 1 SWZ) postępowania oraz fakt, iż Odwołujący otrzymał najwyższą (maksymalną) przewidzianą przez Zamawiającego w SWZ liczbę punktów w zakresie wszystkich pozacenowych kryteriów oceny ofert, a nadto poza Odwołującym i wykonawcą EKO BUD żaden inny wykonawca nie złożył oferty na wykonanie cz. 1 zamówienia.

Zamawiający w dniu 6 lutego 2023 r. przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kopię odwołania za pośrednictwem Platformy zakupowej pod adresem: <https://gddkia.eb2b.com.pl>.

W dniu 7 lutego 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca P. B., zwany dalej „Przystępującym”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 14 lutego 2023 r. (pismem z dnia 13 lutego 2023 r.) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego (wykonawcy EKO BUD) złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy EKO BUD do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępującego (wykonawcy EKO BUD) wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony i Przystępującego (wykonawcę EKO BUD) do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Przystępującego (wykonawcę EKO BUD) Odwołującego i złożone dowody, tj.:

- 1) Oświadczenie POL-DRÓG Piła Sp. z o.o. z dnia 10 lutego 2023 r.
- 2) Oświadczenie POL-DRÓG Piła Sp. z o.o. z dnia 10 lutego 2023 r.
- 3) Aneks nr 1 do umowy konsorcjum z dnia 23 sierpnia 2012 r.
- 4) Oferta wykonawcy EKO BUD.
- 5) Zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.
- 6) Tabela Elementów Rozliczeniowych (roboty zasadnicze) – wyciąg z oferty Odwołującego.
- 7) Zbiorcze zestawienie kosztów – kosztorysy ofertowe wykonawcy EKO BUD i Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 w zw. z art. 7 pkt 27 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2b w zw. z art. 118 ust. 1 – 4 ustawy Pzp (zarzut 1 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w punkcie 8.2.4.1. Tomu I Rozdział 1 SWZ „Instrukcja dla Wykonawców”, zwaną dalej „IDW”, wskazał, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany jest wykazać się w zakresie „8.2.4. zdolności technicznej lub zawodowej:

1. dotyczącej Wykonawcy:

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

a) 1, 2 lub 3 zadań obejmujących swoim zakresem usługi polegające na zimowym utrzymaniu dróg o klasie drogi min. G o łącznej wartości co najmniej:

- dla części 1 – 10 000 000,00 PLN brutto”

Przy czym „Jako „jedno zadanie” należy rozumieć usługi zrealizowane w ramach jednej umowy.”.

Wykonawca EKO BUD w formularzu „Oferta”, pkt 5 (str. 2) wskazał, że zamierza: „powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia: „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o. o. – wykonanie usługi polegającej na zimowym utrzymaniu dróg, tj. odśnieżaniu, zapobieganiu śliskości, likwidacja śliskości na drodze wykonywane w sezonie zimowym (zgodnie z zobowiązaniem podmiotu udostępniającego zasoby)”.

Wykonawca EKO BUD złożył także „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia” (formularz 3.3.) z dnia 7 listopada 2022 r., w treści którego „POL-DRÓG Warszawa” zobowiązał się „do oddania nw. zasobów na potrzeby realizacji zamówienia: wiedzy i doświadczenia w wykonaniu (zakończeniu) zadania obejmującego swoim zakresem usługi polegające na zimowym utrzymaniu dróg – o klasie min, G o łącznej wartości co najmniej 10 000 000,00 zł brutto (dla części 1) – zdolności technicznej lub zawodowej (zgodnie z pkt. 8.2.4.1 Tom I – IDW)”. Jednocześnie oświadczył w punkcie c), że „zrealizuje usługi, których ww. zasoby (zdolności) dotyczą, w zakresie: usługi polegające na zimowym utrzymaniu dróg – określonym przez Zamawiającego w pkt. 8.2.4.1 Tom I – IDW, tj. odśnieżanie, zapobieganie śliskości, likwidacja śliskości na drodze wykonywane w sezonie zimowym”.

Wykonawca EKO BUD w złożonym JEDZ - część II „Informacje dotyczące wykonawcy”, punkt C „Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów” na pytanie „Czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V?” odpowiedział „Tak”.

Natomiast w części II „Informacje dotyczące wykonawcy”, punkt D „Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega” na pytanie „Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia?” odpowiedział „Nie”.

Odwołujący podniósł m.in., że wykonawca EKO BUD w sposób nieuprawniony zamierza powierzyć cały przedmiot zamówienia do realizacji podwykonawcy.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany jest wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego. Wykonawca może jednak wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, korzystając z zasobów innych podmiotów na zasadach określonych w przepisach ustawy Pzp.

W tym stanie faktycznym wykonawca EKO BUD celem wykazania posiadanej wiedzy i doświadczenia w wykonaniu (zakończeniu) lub wykonywaniu usługi polegającej na zimowym utrzymaniu dróg a więc celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu skorzystał z zasobów podmiotu trzeciego, tj. „POL-DRÓG Warszawa”. Wykonawca EKO BUD w formularzu „Oferty”, pkt 5 podał bowiem, że zamierza „powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia”. Jako podwykonawcę wskazał podmiot udostępniający zasoby, tj. „POL DRÓG Warszawa” i odwołał się jednocześnie do treści złożonego wraz z ofertą zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby. Wykonawca ten w treści złożonego zobowiązania zobowiązał się bowiem „do oddania zasobów na potrzeby realizacji zamówienia: wiedzy i doświadczenia w wykonaniu (zakończeniu) zadania obejmującego swoim zakresem usługę polegającą na zimowym utrzymaniu dróg (...) o łącznej wartości co najmniej 10 000 000,00 zł brutto (dla części 1) – zdolności technicznej lub zawodowej”. Nadto oświadczył „c) zrealizuję usługi, których ww. zasoby (zdolności) dotyczą, w zakresie usługi polegającej na zimowym utrzymaniu dróg, tj. odśnieżaniu, zapobieganiu śliskości, likwidacja śliskości na drodze wykonywane w sezonie zimowym”. A więc zobowiązał się do realizacji części zadań (części zamówienia) a nie - jak twierdzi Odwołujący - całości zamówienia. Podnieść przy tym należy, że przepisy ustawy Pzp (art. 462 ust. 1 ustawy Pzp) przewidują, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Wykonawca może więc z tego uprawnienia w sposób dowolny korzystać, chyba że Zamawiający ograniczy taką możliwość. W tym postępowaniu sytuacja taka nie ma miejsca. Zamawiający w treści dokumentów dotyczących tego postępowania takiego ograniczenia i odpowiedniego zastrzeżenia nigdzie nie zawarł. Wykonawca mógł więc część zamówienia powierzyć podwykonawcy, który w tym przypadku jest jednocześnie podmiotem udostępniającym zasoby wykonawcy EKO BUD. Z treści zobowiązania jednoznacznie bowiem wynika jaki zakres podmiot udostępniający zasoby będzie realizował. A ponadto – jak wynika z SST pkt 1.3. – poza tymi czynnościami wyspecyfikowanym w treści zobowiązania wykonawca zobowiązany jest także do realizacji i innych zadań związanych z realizacją przedmiotu tego zamówienia. Treść zobowiązania w sposób jednoznaczny wskazuje, że wykonawca będzie uczestniczył w realizacji części zamówienia. Tym samym potwierdza realność udostępnienia i realizację usługi w zakresie zgodnym z postawionym przez Zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu. Wykonawca EKO BUD nie przewiduje bowiem podwykonawcy w innym zakresie niż wskazany w zobowiązaniu podmiotu trzeciego a jednocześnie w zakresie odpowiadającym

doświadczeniu wymaganym przez Zamawiającego w postawionym warunku udziału w postępowaniu. Co więcej z oświadczenia złożonego przez „POL – DRÓG Warszawa” także wynika, że podmiot udostępniający potencjał potwierdza „zamiar faktycznego udziału w realizacji zamówienia (...) w zakresie odpowiadającym treści warunku udziału w postępowaniu, który określony został w pkt 8.2.4.1 Tom I IDW co do jego wartości oraz zakresu rzeczowego”, dodając że „ze złożonego zobowiązania wynika, że nie przewiduje realizacji całości zadania”.

Brak było również podstaw do wypełnienia punktu D JEDZ, gdyż z jego tytułu jednoznacznie wynika, że chodzi o zamieszczenie „informacji dotyczących podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega”. Skoro więc wykonawca EKO BUD nie będzie korzystał z podwykonawców innych niż podmioty udostępniające zasoby to nie miał obowiązku – co wprost wynika z tego punktu - udzielić twierdzącej odpowiedzi. Nie może być więc mowy o wewnętrznej sprzeczności w treści oferty wykonawcy EKO BUD.

Tym samym stwierdzić należy, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 Pzp (zarzut nr 2 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w SWZ, rozdział 21 „Kryteria oceny ofert”, pkt 21.1. podał, że „przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie następujące kryteria oceny ofert:

Cena (C) - 60 % = 60 pkt

Emisja spalin (E) - 30 % = 30 pkt

Kwalifikacje zawodowe personelu (K) - 10 % = 10 pkt

Badaniu w kryteriach oceny ofert podlegać będą oferty niepodlegające odrzuceniu.(...)

21.1.3. Kryterium „Kwalifikacje zawodowe personelu” (K)

W ramach kryterium „Kwalifikacje zawodowe personelu” punkty zostaną przyznane w skali punktowej od 0 do 10 punktów, na podstawie doświadczenia wskazanego w Ofercie Wykonawcy na Formularzu „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2.2).

Punkty zostaną przyznane za każdy sezon zimowy doświadczenia (trwające co najmniej 5 pełnych miesięcy w okresie od 1 października danego roku do 30 kwietnia roku następnego), w następujący sposób:

Liczba sezonów doświadczenia

- 2 sezony doświadczenia (10 miesięcy) 0 pkt

- 3 sezony doświadczenia (15 miesięcy) 3 pkt

- 4 sezony doświadczenia (20 miesiące) 6 pkt

- 5 sezonów doświadczenia (25 miesięcy) 10 pkt

W przypadku, gdy wykazane zadania były realizowane równolegle w tym samym czasie, dublujące się okresy doświadczenia nie będą sumowane”

Wykonawca P. B. złożył formularz 2.2. „Kryteria pozacenowe”, w którym wyspecyfikował 7 zadań, tj.:

1. Zadanie 1 „Zimowe utrzymanie dróg w latach 2016-2020 /cztery sezony zimowe/ w administracji GDDKiA Oddział w Szczecinie – „Zimowe utrzymanie drogi nr 20 na odcinku Szczecinek – Czaplnek – administrowanych przez Rejon w Szczecinku” (umowa nr 14/18/Z-1/2016 z dnia 21.11.2016 r.)”
 - czas zdobytego doświadczenia przy realizacji zadania (doświadczenie osoby w okresie trwania usług od (...): 21.11.2016 – 30.04.2020”.
2. Zadanie 2 „Zimowe utrzymanie dróg w latach 2016-2020 /cztery sezony zimowe/ w administracji GDDKiA Oddział w Szczecinie – „Zimowe utrzymanie drogi nr 11 na odcinku Sokolnik – Szczecinek gr. Rejonu oraz drogi nr 20 a odcinku Szczecinek – Biały Bór, administrowanych przez Rejon w Szczecinku” (umowa nr 14/17/Z-1/2016 z dnia 21.11.2016 r.)
 - czas zdobytego doświadczenia przy realizacji zadania (doświadczenie osoby w okresie trwania usług od (...): 21.11.2016-30.04.2020”.
3. Zadanie 3 „Zimowe utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie działania Rejonu Dróg Wojewódzkich w Koszalinie, zadanie nr 7 Szczecinek (DW 171 w km 31+330 – 44+310 oraz DW 172 w km 18+760 - 25+760, 26+600 – 27+930, 29+840 – 42+950) (umowa nr 353/8-3/5/2020 z dnia 20.11.2020 r.)
 - czas zdobytego doświadczenia przy realizacji zadania (doświadczenie osoby w okresie trwania usług od (...): 20.11.2020-11.03.2021”.
4. Zadanie 4 „Zimowe utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie działania Rejonu Dróg Wojewódzkich w Koszalinie, zadanie - Z7 - Szczecinek (zamówienie z art. 305 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania zakończonego ZZDW-6.381.114.2020.8.3.5 umową nr 353/8-3/5/2020) (umowa nr 51u/8-3/5/2021 z dnia 17.02.2021 r.)
 - czas zdobytego doświadczenia przy realizacji zadania (doświadczenie osoby w okresie trwania usług od (...):12.03.2021-30.04.2021”.
5. Zadanie 5 „Zimowe utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie działania Rejonu Dróg Wojewódzkich w Koszalinie, zadanie - Z7 - Szczecinek (DW 171 w km 31+330 – 44+310 oraz DW 172 w km 18+760 - 25+760, 26+600 – 27+930, 29+840 – 42+950) (umowa nr 387/8-3/5/2021 z dnia 23.11.2021 r.)
 - czas zdobytego doświadczenia przy realizacji zadania (doświadczenie osoby w okresie trwania usług od (...): 23.11.2021-30.04.2023 (trwa nadal)”.
6. Zadanie 6 „Zimowe utrzymanie dróg w latach 2020-2023 /3 sezony zimowe/ w administracji Oddziału GDDKiA w Szczecinie – część 13 zamówienia obejmująca

zimowe utrzymanie drogi nr S-11 na odcinku Obwodnicy m. Szczecinek oraz drogi krajowej nr 11 na odcinku od Ronda R5 obwodnicy m. Szczecinek do gr. woj. administrowanych przez Rejon Szczecinek (umowa nr PTiMD/DT/5/2020 z dnia 07.10.2020 r.)

- czas zdobytego doświadczenia przy realizacji zadania (doświadczenie osoby w okresie trwania usług od (...): 07.10.2020-30.04.2022”.

7. Zadanie 7 „Zimowe utrzymanie dróg w latach 2020-2023 /3 sezony zimowe/ w administracji Oddziału GDDKiA w Szczecinie – część 13 zamówienia obejmująca „Zimowe utrzymanie drogi krajowej nr 2- na odcinku Szczecinek – Biały Bór – granica woj. administrowanym przez Rejon Szczecinek”

- czas zdobytego doświadczenia przy realizacji zadania (doświadczenie osoby w okresie trwania usług od (...): 07.10.2020-30.04.2022”.

W ramach tego kryterium wykonawca P. B. otrzymał maksymalną ilość punktów, tj.

10.

Odwołujący podniósł m.in., że wykonawca EKO BUD nie wykazał, że P. B. posiada doświadczenie zgodnie z opisem podkryterium zawartym w pkt 21.1.3. IDW – Tom I SWZ.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zamawiający jednoznacznie wskazał w SWZ, że dla uzyskania punktów w ramach pozacenowego kryterium „Kwalifikacje zawodowe personelu” należy złożyć formularz i przedstawić w nim informacje potwierdzające doświadczenie w pracy przy usługach związanych z zimowym utrzymaniem dróg na wskazanym zadaniu/zadaniach oraz podać: nazwę zadania, rodzaj usługi, klasę drogi/ulicy (*G/*GP/*S/*A), długość drogi, stanowisko/stanowiska, czas zdobytego doświadczenia przy realizacji zadania (doświadczenie osoby w okresie trwania usług) oraz Zamawiającego na rzecz, którego zadanie zostało wykonywane. Wykonawca dla wykazania się wymaganym doświadczeniem powinien więc wykazać się realizacją tego rodzaju usług, przy czym dla potrzeb tego postępowania Zamawiający przyjął, że sezon zimowy trwa co najmniej 5 pełnych miesięcy w okresie od 1 października danego roku do 30 kwietnia roku następnego.

Wykonawca EKO BUD złożył formularz wypełniony w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego, wykazując realizację siedmiu usług. Spośród tych usług Zamawiający – jak wyjaśnił w złożonej odpowiedzi na odwołanie – dla zadania 1 zaliczył 4 sezony zimowe, dla zadania 2 zaliczył 4 sezony zimowe, dla zadania 5 zaliczył 1 sezon zimowy, dla zadania 6 zaliczył 2 sezony zimowe i dla zadania 7 zaliczył także 2 sezony zimowe. Natomiast nie zaliczył doświadczenia uzyskanego przez wykonawcę w ramach zadania 3 i 4, gdyż w odniesieniu do tych usług nie było pełnego sezonu zimowego trwającego co najmniej 5 pełnych miesięcy w okresie od 1 października danego roku do 30 kwietnia roku następnego. Oznacza to więc, że wykonawca wykazał doświadczenie zgodne z wymaganiami

wskazanego kryterium, za które otrzymał maksymalną ilość punktów, tj. 10. W formularzu podał bowiem wymagane przez Zamawiającego informacje, w tym czas zdobytego doświadczenia przy realizacji zadania (doświadczenie osoby w okresie trwania usług) i na tej podstawie możliwe było przyznanie punktów w ramach tego kryterium. W kontekście powyższego a więc wymaganych przez Zamawiającego w formularzu i następnie uzyskanych informacji a także definicji sezonu zimowego przyjętej dla potrzeb tego konkretnego postępowania brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że doświadczenie wykazane przez EKO BUD jako doświadczenie posiadane przez Pana P. B. nie wynika ze złożonego formularza. Nieuprawnionym jest także – podnoszone przez Odwołującego na rozprawie – odniesienie wykazywanego doświadczenia do definicji sezonu zimowego w postępowaniach, na które wykonawca powoływał się w złożonym formularzu. Definicja jak przyjął Zamawiający była bowiem na tyle szeroka aby możliwym było powoływanie się nie tylko na doświadczenie uzyskane w realizacji usług na rzecz GDDKiA, ale także na rzecz innych Zamawiających. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1, art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 118 ust. 1 i 2 ustawy Pzp (zarzut 3 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w punkcie 8.2.4.1. Tomu I Rozdział 1 SWZ „Instrukcja dla Wykonawców”, zwaną dalej „IDW”, wskazał, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany jest wykazać się w zakresie „8.2.4. zdolności technicznej lub zawodowej:

1. dotyczącej Wykonawcy:

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

a) 1, 2 lub 3 zadań obejmujących swoim zakresem usługi polegające na zimowym utrzymaniu dróg o klasie drogi min. G o łącznej wartości co najmniej:

- dla części 1 – 10 000 000,00 PLN brutto”

Przy czym „Jako „jedno zadanie” należy rozumieć usługi zrealizowane w ramach jednej umowy.”.

Zamawiający, pismem z dnia 5 grudnia 2022 r., działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę EKO BUD m.in. do złożenia „W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) a) wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 7 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy –

w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, 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.

W przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Okres 7 lat, o którym mowa powyżej liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert.”.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca EKO BUD złożył „Wykaz usług”, w treści którego wskazał:

„Nazwa Wykonawcy (podmiotu), wykazującego spełnianie warunku – POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o. o. (podmiot udostępniający zasoby)

Nazwa i adres Zamawiającego/ Zleceniodawcy (Odbiorcy) - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie.

Pełna nazwa zadania (zamówienia)/wartość zadania brutto - „Bieżące i zimowe utrzymanie autostrady A2 na odc. autostradowej obwodnicy Mińska Mazowieckiego wraz z łącznikiem do drogi nr 2 i drogą nr 2 na odc. od skrzyżowania z drogą nr 17 (Zakręt) do ronda w Choszczówce Dębskiej wraz z węzłami i skrzyżowaniami oraz wszystkimi obiektami inżynierskimi w pasie autostrady i drogi GP w ciągu 72 miesięcy w latach 2013 – 2019”.

Charakterystyka zamówienia / Informacje potwierdzające spełnianie warunku opisanego w pkt 8.2.4) 1) IDW – „całkowita wartość zadania: 52 157 051,17 zł brutto”.

Data wykonania (dzień/ m-c/ rok) – „wykonanie zimowego utrzymania dróg o klasie A i GP o łącznej wartości 16 361 988,10 zł (jedno zadanie) 05.05.2019”.

Zamawiający, pismem z dnia 11 stycznia 2023 r., działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę EKO BUD do złożenia wyjaśnień złożonego dnia 14.12.2023 r. wykazu usług. W treści pisma Zamawiający wskazał m.in., że wykonawca EKO BUD w wykazie usług podał usługę wykazującą spełnianie warunku realizowaną przez „POL-DRÓG Warszawa” (podmiot udostępniający zasoby). Tymczasem „z wiedzy Zamawiającego wynika, że zadanie to zostało wykonane wspólnie z innymi wykonawcami, tj. Konsorcjum w składzie:

1. „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o. o., ul. Arkuszowa 7, 01-934 Warszawa
2. Pol- Dróg Piła Sp. z o.o., ul. Wawelska 106, 64 – 920 Piła
3. RAKARNIA Skup Zwierząt Padłych oraz Odpadów Produkcyjnych Lipienice, ul. Gdańska 6, 59-620 Chojnice.

Nadto dodał, że z zawartej umowy konsorcjum do ww. zadania wynika podział zakresu robót w następujący sposób: „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o. o. – 1% zakresu robót, Pol- Dróg Piła Sp. z o.o. – 98,5% zakresu robót oraz RAKARNIA Skup Zwierząt Padłych oraz Odpadów Produkcyjnych – 0,5% zakresu robót.

Wobec powyższego wezwał wykonawcę EKO BUD o wyjaśnienie zakresu i wartości prac wykonanych przez każdego z członków Konsorcjum wskazanych w ww. zadaniu.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca EKO BUD, pismem z dnia 16 stycznia 2023 r., podał m.in., że „zgodnie jednak z rzeczywistością realizacją przedmiotu umowy (...) wszelkie prace, z wyjątkiem utylizacji martwych zwierząt, realizowane były wyłącznie przez spółkę „POL-DRÓG Warszawa”. Na potwierdzenie powyższego złożył dokumenty, tj.: zestawienie faktur wystawionych przez „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o. o. dla GDDKiA o/Warszawa za zrealizowany przez siebie zakres robót w roku 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018 i roku 2019, wyjaśnienia w sprawie zakresu prac podmiotu udostępniającego zasobu, tj. „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o. o. odnośnie zakresu i wartości prac wykonanych przez niego w ramach konsorcjum na referencyjnym zadaniu oraz oświadczenie spółki „POL-DRÓG Piła” Sp. z o. o. odnośnie braku realizacji jakichkolwiek prac w ramach konsorcjum na referencyjnym zadaniu. Dokumenty wystawione przez spółki „POL-DRÓG Warszawa” oraz „POL-DRÓG Piła” – jak dalej wskazał wykonawca EKO BUD - zostały podpisane przez osoby posiadające umocowanie do ich reprezentowania.

Odwołujący zakwestionował doświadczenie podmiotu trzeciego, którego doświadczeniem wykazywał się wykonawca EKO BUD celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Wykonawca EKO BUD, co jest bezsporne, dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu posłużył się doświadczeniem udostępnionym przez podmiot trzeci, tj. „POL DRÓG Warszawa”. W złożonym „Wykazie usług” wyspecyfikował bowiem usługę zrealizowaną przez „POL DRÓG Warszawa”. Usługa ta realizowana była w ramach konsorcjum „POL DRÓG Warszawa”, „POL DRÓG Piła” oraz RAKARNIA Skup Zwierząt Padłych oraz Odpadów Produkcyjnych, którego liderem był „POL DRÓG Warszawa”. Z umowy konsorcjum z dnia 23 sierpnia 2012 r. wynika, że „POL DRÓG Warszawa” miała wykonywać 1% zakresu robót objętych kontraktem, „POL DRÓG Piła” 98,5% oraz RAKARNIA Skup Zwierząt Padłych oraz Odpadów Produkcyjnych 05%. Umowa ta została zmieniona aneksem nr 1 z dnia 29 lipca 2013 r., w którym ustalono, że realizacja robót objętych kontraktem odbywać się będzie zgodnie ze wskazanym w nim podziałem robót, tj. POL DRÓG Warszawa” będzie wykonywać 99,0% zakresu robót, „POL DRÓG Piła” 0,5% oraz RAKARNIA Skup Zwierząt Padłych oraz Odpadów Produkcyjnych 0,5%. Na powyższe wskazują także wyjaśnienia wykonawcy EKO BUD z dnia 16 stycznia 2023 r. , w których

wykonawca podał, że „umowa na realizację prac została zawarta 11.07.2013 roku. Znaczny upływ czasu pomiędzy zawarciem umowy konsorcjum a umową realizacyjną, zaangażowanie partnera konsorcjum Pol-Dróg Piła Sp. z o.o. w realizację innych kontraktów inwestycyjnych oraz utrzymaniowych (m.in. GDDKiA Poznań – Całoroczne utrzymanie Rejonu Chodzież) sprawił, że Pol-Dróg Piła Sp. z o.o. nie angażował się w realizację prac na ww. kontrakcie., a całość prac została wykonana przez POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o., z wyjątkiem prac polegających na odbiorze, transporcie i utylizacja martwych zwierząt, które zostały powierzone trzeciemu członkowi konsorcjum tj. „Rakarnia Skup Zwierząt Padłych oraz odpadów poprodukcyjnych”. Także „POL DROG Piła” oświadczył (oświadczenie z dnia 16 stycznia 2023 r.), że w ramach wskazanego wyżej konsorcjum „nie realizował faktycznie żadnych robót w zakresie wykonania umowy nr 85/2013 z dnia 11.07.2013 r., której przedmiotem było „Bieżące i zimowe utrzymanie autostrady A2 na odc. autostradowej obwodnicy Mińska Mazowieckiego wraz z łącznikiem do drogi nr 2 i drogą nr 2 na odc. od skrzyżowania z drogą nr 17 (Zakręt) do ronda w Choszczówce POL-DRÓG Piła Sp. z o. o. Dębskiej wraz z węzłami i skrzyżowaniami oraz wszystkimi obiektami inżynierskimi w pasie autostrady i drogi GP w ciągu 72 miesięcy w latach 2013 – 2019”. Cały zakres prac, poza utylizacją martwych zwierząt, zrealizowała „POL-DRÓG Warszawa”. Oznacza to więc, że „POL-DRÓG Warszawa” realnie wykonywała referencyjną usługę w zakresie pozwalającym na posługiwanie się doświadczeniem w takim zakresie jak miało to miejsce w przedmiotowej sprawie. Faktyczne zrealizowanie zakresu robót wskazanego w złożonym „Wykazie usług” potwierdza także zestawienie faktur wystawionych przez „POL-DRÓG Warszawa” Sp. z o. o. dla GDDKiA o/Warszawa za zrealizowany przez siebie zakres robót w roku 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018 i roku 2019 oraz oświadczenia spółki „POL-DRÓG Piła” Sp. z o. o. z dnia 16 stycznia 2023 r. i 10 lutego 2023 r., w których wystawca ich oświadczył, że „spółka nie realizowała faktycznie żadnych robót w zakresie wykonania umowy” referencyjnej odnośnie braku realizacji jakichkolwiek prac w ramach konsorcjum na referencyjnym zadaniu. Oświadczenia w imieniu „POL-DRÓG Piła” zostały podpisane przez E. B., który działał na podstawie pełnomocnictwa udzielonego mu przez J. B. Oświadczenie złożone przez E. B. jest niewątpliwie oświadczeniem wiedzy, gdyż składając je E. B. przekazał informacje, które nie tylko, że nie wywołują żadnych skutków prawnych, ale stanowią uzewnętrznienie treści intelektualnych przez niego posiadanych i przekazanych następnie innemu podmiotowi lub podmiotom, co w tym stanie faktycznym niewątpliwie miało miejsce. Nie stanowi bowiem oświadczenia woli, które ma miejsce wówczas, gdy dana osoba komunikuje swoją wolę wywołania określonego skutku prawnego (np. zawarcie umowy, aneksowanie umowy, czy też rozwiązanie umowy), ale i jednostronnych czynności prawne, jak np. spisanie testamentu, czy złożenie oświadczenia o odrzuceniu spadku.

W kontekście powyższego stwierdzić należy, że „POL DRÓG Warszawa” faktycznie realizował referencyjne zadanie. O doświadczeniu członka konsorcjum – jak słusznie podniósł Zamawiający – decyduje realny udział w realizacji zamówienia a ten w odniesieniu do „POL DRÓG Warszawa” został wykazany. Tym samym stwierdzić należy, że wykonawca EKO BUD potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W konsekwencji powyższego zarzut naruszenia **art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8, 9 i 10 ustawy Pzp (zarzut 4 odwołania)** wobec niepotwierdzenia się zarzutu 3, nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp (zarzut 5 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w SWZ, rozdział 17 „SPOSÓB OBLICZENIA CENY OFERTY” podał:

„17.1. Cena Oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Kosztorysy ofertowe (...), zakładka zał.1b (usługi zasadnicze: praca sprzętu), (...), zamieszczone w Tomie IV niniejszej SWZ (osobno dla każdej części).

17.2. Kosztorysy ofertowe, o których mowa w pkt. 17.1., należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w formularzach. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto. Stawkę odcinkową za 1 km/doba w zał.1b należy wypełnić jako ceny jednostkowe netto dla pozycji pracy sprzętu jednokrotnej, dla pozycji dwukrotnej oraz dla pozycji trzy i więcej krotnej. Wartości należy zsumować a otrzymany wynik wpisać w wierszu „RAZEM” dla Wartości zadania za 1 sezon zimowy netto, Wartości zadania za 4 sezony zimowe netto oraz dla Wartości zadania za 4 sezony zimowe brutto. (...).”

Wykonawca EKO BUD w „Kosztorysie Ofertowym (usługi zasadnicze: praca sprzętu) Część 1) – obejmująca „Zimowe utrzymanie drogi nr S-11, 11, 20, 25 administrowanych przez Rejon Szczecinek”, stanowiącym załącznik nr 1.a. do SWZ” w poz. 3 i 9 podał stawkę odcinkową za 1km/dobę dla:

- poz. 3 „praca sprzętu jednokrotna 100, praca sprzętu dwukrotna 105, praca sprzętu* 3 i więcej krotna 110”,

- poz. 9 „praca sprzętu jednokrotna 100, praca sprzętu dwukrotna 105, praca sprzętu* 3 i więcej krotna 110”.

Odwołujący podniósł m.in., że wykonawca EKO BUD dopuścił się manipulacji cenowej oraz zastosował nierynkową, rażąco niską stawkę pracy sprzętu oraz zaniżył ceny jednostkowe tego samego asortymentu robót.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zamawiający wymagał od wykonawców wypełnienia kosztorysów ofertowych, w tym podania w wyszczególnionych pozycjach formularza cen jednostkowych netto pracy sprzętu jednokrotnej, dwukrotnej oraz 3 i więcej krotnej. W taki też sposób, sposób wymagany przez Zamawiającego, wykonawca EKO BUD wypełnił złożony kosztorys. Dla poz. 3 i 9 podał kwoty 100, 105 i 110 zł. Pozycje te dotyczą odcinków drogi, które zostaną oddane do użytku dopiero w 2025 i 2026 r. Usługa na tych odcinkach – jak wskazał wykonawca EKO BUD – będzie realizowana za pomocą sprzętu będącego jego własnością, który został już zamortyzowany i posiada normę EURO 4.

Odwołujący za podobną kwotę realizuje obecnie usługę na rzecz tego Zamawiającego (kwoty wskazanych pozycji z oferty Odwołującego były nawet niższe niż zaoferowane obecnie przez wykonawcę EKO BUD, a po zwaloryzowaniu o 20% są nadal niższe od zaoferowanych przez wykonawcę EKO BUD). Poddaje jednak w wątpliwość możliwość realizacji zamówienia za kwotę zaoferowaną przez wykonawcę EKO BUD w tych pozycjach. Odwołujący nie wykazał przy tym jakie miałyby być ceny zaoferowane w tych pozycjach aby możliwe było wykonanie zamówienia, jak również tego, że wskazane ceny nie dają możliwości wykonania usługi na wskazanych odcinkach drogi. Poza przypuszczeniami i wątpliwościami („należałoby założyć”, „być może zatem doszło”) nie przedstawił żadnych argumentów i dowodów okoliczność tę potwierdzających. Tymczasem to Odwołujący się wykonawca powinien wykazać zasadność podniesionego zarzutu. Sam fakt, że wycena uwzględnia różny poziom marży w poszczególnych świadczeniach – jak słusznie podniósł wykonawca EKO BUD - nie stanowi jeszcze o złożeniu oferty z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji. Ani SWZ, ani też obowiązujące przepisy prawa nie nakładają na wykonawcę obowiązku dokonania takiej samej wyceny tego samego rodzaju prac na każdym etapie realizacji zamówienia. Wykonawca kalkulując cenę oferty, w tym także jej poszczególnych elementów, ma bowiem pełną swobodę w ukształtowaniu ceny z uwzględnieniem wszystkich wymagań Zamawiającego i możliwości realizującego zamówienie wykonawcy.

A ponadto – jak wskazał wykonawca EKO BUD - w kwestionowanych pozycjach wartość jego oferty jest wyższa od wartości oferty Odwołującego. Wynosi ona bowiem 11 431 159,98 zł brutto a oferta Odwołującego w analogicznych pozycjach (pracy sprzętu trzy i więcej krotnej) wynosi 10 233 678,72 zł brutto.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

W konsekwencji powyższego zarzut naruszenia **art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp (zarzut 6 odwołania)**, wobec niepotwierdzenia się zarzutów 1 - 5 odwołania, nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....