

Sygn. akt: KIO 910/18

WYROK
z dnia 21 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2018 r. przez **AVR S.A. z siedzibą w Krakowie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **R.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PUH MADROCAR R.M., ReDrog s.c. B.K. i W.K.,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na zakres przedmiotowy i charakterystykę usługi nr 1 wskazanej na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 7.2.2. lit. a Tomu I SIWZ oraz powierzenie tej usługi do realizacji podwykonawcom;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. Kosztami postępowania obciąża AVR S.A. i:
 - 3.1. 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;

- 3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Całoroczne utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w latach 2018-2022 w podziale na 5 części, część 4 – obejmująca całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie części nr 4 – Rejon Tarnów.*

W dniu 7 maja 2018 r. wykonawca AVR S.A. wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum: PUH MADROCAR R.M., ReDrog s.c. B.K.i W.K., zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który winien zostać wykluczony z postępowania;
- art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum MADROCAR, mimo że wykonawca ten składając dokumenty na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ponownie nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w Tomie I Rozdziale 1 pkt 7.2.2.a SIWZ;
- art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 22d ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum MADROCAR, które w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełniają warunek z pkt 7.2.2a SIWZ, alternatywnie: art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z w zw. z art. 22d ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez zaniechania wykluczenia z postępowania ww. Konsorcjum, które w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające zamawiającego w błąd dotyczące spełniania warunku z pkt 7.2.2a SIWZ, mające istotny wpływ na decyzje Zamawiającego;
- art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust 1 i art. 96 ust 3 oraz w zw. z art. 182 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp, przez wybór najkorzystniejszej oferty w momencie utrudniającym lub nawet uniemożliwiającym zapoznanie się z dokumentacją postępowania.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że przedmiotowe odwołanie jest już drugim odwołaniem w niniejszym postępowaniu przetargowym i podniósł, że jest ono dopuszczalne, gdyż podniesione zarzuty dotyczą nowych okoliczności faktycznych

i prawnych, które powstały po wydaniu wyroku przez KIO w dniu 22 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 326/18). Odwołujący wskazał, że w wyniku rozpoznania przez KIO pierwszego odwołania zapadł uwzględniający zarzut dotyczący zaniechania wezwania Konsorcjum MADROCAR do uzupełnienia oświadczenia Wykazu usług, w sytuacji, gdy wykonawca nie potwierdził samodzielnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. W wyniku ww. wyroku Zamawiający unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej i w dniu 19 kwietnia 2018 r. wezwał Konsorcjum do przedłożenia nowego Wykazu usług. Uzupełniony formularz został przedłożony w dniu 25 kwietnia 2018 r. Zamawiający w dniu 27 kwietnia 2018 r. ponownie dokonał wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący stwierdził, że zarzuty aktualnego odwołania odnoszą się wprost do dokumentów przedłożonych na wezwanie z dnia 19 kwietnia 2018 r., tym samym Odwołujący ocenia, czy warunek z pkt 7.2.2a SIWZ został wykazany w uzupełnionym wykazie i załączonych do niego dokumentach. Odwołujący podniósł, że art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy odwołujący się powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, natomiast w sytuacji, gdy w kolejnym odwołaniu pojawiają się inne jeszcze okoliczności, zarzuty, dowody, nie zachodzi podstawa do odrzucenia odwołania.

1. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że jest to zarzut wynikowy, związany z zarzutami naruszenia konkretnych norm prawnych. Wskazał, że zasada równego traktowania wykonawców, zabraniająca zamawiającemu preferowania lub dyskryminacji któregośkolwiek z wykonawców, gwarantuje wykonawcom równe szanse w dostępie do informacji o zamówieniu i w uzyskaniu zamówienia oraz przeciwdziała wykorzystywaniu pozycji monopolistycznych przez któregośkolwiek z wykonawców. Z kolei zgodnie z wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zasadą legalizmu, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Tym samym norma ta znajduje zastosowanie w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna być uznana za odrzuconą, stanowi naruszenie art 7 ust 1 i ust, 3 ustawy Pzp.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że w sprawie o sygn. akt KIO 326/18 Krajowa Izba Odwoławcza, potwierdziła postawiony przez spółkę AVR S.A. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22d ust. 1 i art. 23 ust 5 ustawy Pzp, polegający na zaniechaniu wezwania Konsorcjum MADROCAR do uzupełnienia Wykazu usług w sytuacji, gdy ten nie potwierdzał samodzielnego spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Odwołujący podkreślił, że czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter jednorazowy w stosunku do tych samych oświadczeń lub dokumentów, składanych na potwierdzenie tych samych okoliczności.

Odwołujący wskazał, że 19 kwietnia 2018 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum MADROCAR do przedłożenia Wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usługi, celem potwierdzenia spełniania warunku z Tomu I Rozdział 1 pkt 7.2.2.a SIWZ. Zamawiający w treści wezwania powołał się na okoliczność, że na potwierdzenie należytego wykonania usług wykonawca przedłożył dwie referencje, z których wynika, że usługi realizuje w ramach konsorcjum, a przypisał wyłącznie sobie realizację całości zamówienia. Ponadto w wezwaniu wskazano, że *Wykaz winien zawierać informacje potwierdzające samodzielne spełnianie przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2.2a IDW zarówno pod względem zakresu rzeczowego, kwotowego jak i innych wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ*. Natomiast w zdaniu kolejnym Zamawiający dopuścił możliwość przedłożenia innych dokumentów, z których jednoznacznie będzie wynikało potwierdzenie samodzielnego wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający stwierdził również, że informacje zawarte w wykazie winny odnosić się do doświadczenia danego wykonawcy zdobytego w ramach Konsorcjum, a nie do doświadczenia całego Konsorcjum. Dodatkowo doświadczenie winno odnosić się do faktycznego udziału wykonawcy w realizacji usług. W dniu 25 kwietnia 2018 r. Konsorcjum MADROCAR złożyło Wykaz usług wraz z trzema referencjami wystawionymi, jak poprzednio na Konsorcjum oraz dokumenty określone w piśmie jako *Rozliczenie prac wykonanych przez ReDrog s.c. i podwykonawców*.

W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, że Konsorcjum MADROCAR po raz kolejny przedkładając Wykaz usług podało w kolumnie 2 jako *Wykonawcę (podmiot) wykazujący posiadanie doświadczenie* (w przedmiotowym postępowaniu z uwagi na treść art. 23 ust 5 ustawy Pzp należało wykazać się samodzielnie doświadczeniem) spółkę cywilną ReDrog s.c. B.K. i W.K.. Podobnie *Zbiornicze zestawienie wartości prac utrzymaniowych wykonanych siłami własnymi przez ReDrog s.c.*, które załączono do Wykazu usług jako dokument uwiarygadniający dane wskazane w formularzu, referuje do prac wykonanych przez ReDrog s.c. B.K. i W.K.. Zdaniem Odwołującego oznacza to, że wbrew zapisom SIWZ,

zgodnie z którymi w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jeden z wykonawców musiał wykazać się całym wymaganym doświadczeniem, w dalszym ciągu Konsorcjum MADROCAR nie wykazało spełniania warunków, albowiem w Wykazie usług wskazywało na spółkę cywilną, a ta jak powszechnie przyjmuje się w doktrynie i orzecznictwie, traktowana jest jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Odwołujący powołał się na orzeczenia Izby, z których wynika, że przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej na gruncie ustawy Pzp należy traktować jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a oświadczenie woli, jakim jest złożenie oferty, jest składane nie przez spółkę cywilną, a przez jej współników – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zdaje się zauważać także Zamawiający w przesłanej Odwołującemu się informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, w której wskazuje wyraźnie na 3 podmioty tworzące Konsorcjum, oznaczone kolejno cyframi: 1) PUH MADROCAR R.M., 2) ReDrog s.c. B.K. i 3) ReDrog S.c. W.K..

Ponadto Odwołujący podniósł, że Konsorcjum MADROCAR wskazało w kolumnie 5 Wykazu usług, że wartość robót przypadająca na udział każdego ze współników spółki cywilnej ReDrog s.c. (zarówno W.K. jak i B.K.) wynosi po 50% (tj. po 21.766.393,60 zł na każdego ze współników). Żaden dokument nie potwierdza wprost takiego podziału (nie załączono go także do Wykazu usług, pomimo złożenia kilkudziesięciu tabel przedstawiających dane finansowe z wzajemnych rozliczeń umowy z 20 stycznia 2015 r.).

Zdaniem Odwołującego, gdyby przyjąć – z czym Odwołujący się nie zgadza – że taki sposób samodzielnego wykazania spełniania warunku 7.2.2a (przez spółkę cywilną, a nie podmioty ją tworzące) jest prawidłowy, to oprócz wskazania kwot (tu następuję to poprzez wątpliwy podział kwoty przypadający spółce cywilnej na pół) należałoby wykazać, że wykonawca wykazujący się przedmiotowym doświadczeniem wykonał także samodzielnie prace zarówno w obszarze tzw. bieżącego utrzymania, jak i zimowego utrzymania, zgodnie z definicją zawartą w SIWZ. Gdyby przyjąć, że poprawnym jest wykazanie się doświadczeniem przez W.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ReDrog s.c. (Kolumna 2), to w kolumnie 4 należałoby wskazać, w ramach określonego zadania wykonał prace obejmujące utrzymywanie: drogi, obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych, zieleni oraz czystości, wykonywanych przez cały rok kalendarzowy (bieżące utrzymanie) oraz odśnieżanie, zapobieganie powstawaniu śliskości i likwidowanie śliskości na drodze wykonywane w sezonie zimowym (zimowe utrzymanie), których łączna wartość przewyższa 20 mln zł brutto, z zastrzeżeniem, że prace bieżące wykonywano przez cały rok kalendarzowy. Tymczasem w przedłożonym Wykazie usług próżno takich informacji szukać, albowiem wskazane tam zakresy są albo charakterystyką zamówienia realizowanego w

latach 2014-2018 na rzecz GDDKiA Oddział w Krakowie pn. *Kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Tarnów w latach 2014-2018* albo w wariancie korzystniejszym dla wybranego wykonawcy potwierdzeniem spełniania warunku 7.2.2a SIWZ, jednak nie samodzielnie, ale przez spółkę cywilną (w opisie wciąż referuje się do ReDrog s.c.), a nie poszczególnych członków tego konsorcjum. Nie nastąpiło więc potwierdzenie spełniania warunku przez jeden z podmiotów aktualnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, gdyż nie wiadomo, w jakim zakresie każdy ze współników prace wykonywał, oraz czy jeden z nich wykonywał wszystkie prace wskazane powyżej niezbędne do wskazania warunku. Nie ulega wątpliwości, że wyodrębnienie takich zakresów byłoby tym trudniejsze, że jeden z członków konsorcjum wykonującego zamówienie w latach 2014-2018 (pan W.K.) jest członkiem konsorcjum zarówno jako współnik spółki cywilnej, jak i samodzielnym przedsiębiorcą prowadzącym jednoosobową działalność gospodarczą (ZPUH W.K.). Co więcej, powyżej wskazanej okoliczności nie potwierdzają referencje, które są w całości wystawione na Konsorcjum ani *Zbiornicze zestawienie wartości oraz utrzymaniowych wykonanych siłami własnymi przez ReDrog s.c.* i tabele obrazujące rozliczenie podwykonawców i wykonane w poszczególnych miesiącach w ramach umowy, z których możemy wyczytać tylko pewne wartości liczbowe, nie ilustrujące faktycznego zaangażowania w prace któregokolwiek z konsorcjantów. Zdaniem Odwołującego, o bezużyteczności dla oceny spełniania warunków wskazanego ww. zbiorczego zestawienia świadczy okoliczność, że odnosi się ono do całej spółki cywilnej ReDrog s.c. B.K., W.K.. Tymczasem skoro już Konsorcjum podjęło się z własnej woli przedłożenia dodatkowych dowodów, winno było wskazać przynajmniej prace wykonane przez jednego ze współników spółki cywilnej, z podaniem ich zakresu (by potwierdzić zakresy z przywołanych definicji bieżącego i zimowego utrzymania) oraz wartość prac wykonanych samodzielnie przez danego konsorcjanta, tak by w oparciu o te dane można byłoby dokonać weryfikacji spełnienia warunku 7.2.2a SIWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią SIWZ, czynności wchodzące w obszar bieżącego utrzymania winny być wykonywane przez cały rok kalendarzowy. Informacji takiej nie ma w wykazie, podczas gdy Konsorcjum zadało sobie trud i wylistowało sezony zimowego utrzymania drogi. Co istotne, również gdyby przyjąć, że usługę wykonywało szereg podmiotów (konsorcjanci, podwykonawcy) trzeba byłoby ustalić, czy podmioty wskazane przez Konsorcjum zarówno w samym Wykazie usług, jak i dokumentach stanowiących załącznik do pisma z 24 kwietnia 2018 r. wykonywały usługi wylistowane w definicjach bieżącego utrzymania dróg przez cały rok kalendarzowy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że z uwagi wielość podwykonawców, którzy realizowali pełne grupy prac na poszczególnych drogach mogła spowodować, że podmiot deklarujący wykonywanie usługi

robił to tylko przez parę miesięcy, a nie cały rok kalendarzowy. Również i ta okoliczność nie została poddana badaniu i weryfikacji przez Zamawiającego.

Dalej Odwołujący zakwestionował zakres usługi wskazanej w wierszu 1 Wykazu usług. Wskazał, że do zagadnienia tego Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się w wyroku o sygn. akt KIO 327/18.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający ustanowił wskazany warunek wspólnie dla wszystkich części, podając w pkt, 7.2.2a SIWZ, że *Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – to w tym okresie:*

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

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

o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 20 mln PLN brutto.

Dalej Zamawiający wskazał, że w przypadku umów nadal realizowanych wymaga, aby łączna wartość brutto części umów zrealizowanych przed terminem składania ofert wyniosła co najmniej 20 mln PLN brutto oraz określił, co rozumie przez bieżące i zimowe utrzymanie: *Przez bieżące utrzymanie rozumie się wykonywanie usług utrzymania drogi w zakresie co najmniej utrzymywania: drogi, obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych, zieleni oraz czystości, wykonywanych przez cały rok kalendarzowy. Przez zimowe utrzymanie rozumie się wykonywanie usług w zakresie odśnieżania, zapobiegania powstawania śliskości i likwidowania śliskości na drodze wykonywanych z sezonie zimowym – zakłada się okres od 1 października do 30 kwietnia.*

Odwołujący podniósł, że analiza treści umowy nr I/5/ZZ/Z-1/2015 z 20 stycznia 2015 r. zawartej pomiędzy GDDKiA Oddział w Krakowie a Konsorcjum PUH MADROCAR R.M., ReDrog s.c. B.K. i W.K., ZPUH W.K. wskazuje, że w opisie przedmiotu umowy nie było utrzymania obiektów mostowych, a jedynie utrzymanie czystości obiektów mostowych (§ 1 ust 2 umowy). Powyższą okoliczność potwierdza szereg jeszcze innych dokumentów, także tych składanych przez Konsorcjum w aktualnie trwającym postępowaniu, m.in.:

1) złożony wraz z ofertą Konsorcjum w postępowaniu Kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Tarnów w latach 2014-2018 załącznik nr 2.2.11 Tabela Elementów Rozliczeniowych – Grupa robót nr 11, z którego wynika, że przedmiot prac na obiektach inżynierskich (a więc także mostowych) obejmował tylko utrzymanie czystości;

- 2) treść przedłożonych referencji – na dokumencie poświadczenia z 15 lutego 2016 r. (na str. 3) wskazuje się: *GR 11 Utrzymanie czystości na obiektach inżynierskich*; w referencji z 20 kwietnia 2017 r. (na str. 3) mamy odwołanie do grupy 11 tj. *GR 11 utrzymanie czystości na obiektach inżynierskich*; w dokumencie z 12 marca 2018 r. wykazane na str. 3/3 jest także *GR 11 utrzymanie czystości na obiektach inżynierskich*;
- 3) treść SIWZ postępowania pn. Kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Tarnów w latach 2014-2018, str. 7, gdzie Zamawiający wskazał w pkt 5.2., że zamówienie obejmuje wykonywanie usług i robót budowlanych z zakresu bieżącego i zimowego utrzymania dróg krajowych w tym między innymi utrzymanie czystości na obiektach mostowych (koszenie skarp i stożków, wycinka krzaków, czyszczenie nisz, ław podłożyskowych, dylatacji modułowych, wpustów mostowych, korytek, balustrad i gzymsów, udrażnianie przepustów).

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że w ramach *Kompleksowego (bieżącego i zimowego) utrzymania dróg krajowych administrowanych przez Rejon Tarnów w latach 2014-2018* nie było utrzymania obiektów mostowych, które to utrzymanie było konieczne dla wykazania się spełnieniem warunku IDW postępowania. Tym samym wskazanie w przedłożonym Zamawiającemu na wezwanie z 19 kwietnia 2018 r. Wykazie usług w kolumnie 4, że w ramach ww. umowy było utrzymanie obiektów mostowych jest niezgodne ze stanem faktycznym, bo usługa w latach 2014 - 2018 zawierała tylko czynności porządkowe, tj. utrzymywanie czystości.

Odwołujący wskazał, że identyczny zarzut postawiony został w sprawie KIO 327/18 przez spółkę EUROVIA POLSKA S.A. w obszarze części 1 tego samego postępowania i wówczas Izba uznała go za zasadny stwierdzając m.in., że nie dała wiary twierdzeniom Zamawiającego, jakoby przez ujęte w treści warunku udziału z pkt 7.2.2a SIWZ utrzymywanie czystości należało rozumieć jako utrzymywanie czystości na obiektach inżynierskich. Taki zabieg interpretacyjny Izba uznała za nieuprawniony.

Odwołujący podniósł, że z podobnych powodów, usługa wskazana w wierszu 2 Wykazu usług (Kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie części nr 1 obejmującej kompleksowe utrzymanie dróg krajowych Rejonu Nowy Sącz) nie potwierdza spełniania warunków z pkt 7.2.2a SIWZ. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum MADROCAR nie wskazało w wykazie, by zamówienie obejmowało wszystkie wskazane w definicji *bieżącego utrzymania obowiązkowe* zakresy prac, co dodatkowo potwierdza referencja z 7 lutego 2018 r. wystawiona przez ZABERD S.A. Z dokumentu tego nie wynika w żaden sposób, by podmiot wskazany w ich treści (ReDrog s.c. B.K. i W.K.) utrzymywał obiekty mostowe w ramach realizacji tego zamówienia.

Podobnie jak w przypadku zamówienia 1, prace te nie obejmowały wymaganego przez Zamawiającego utrzymywania barier drogowych. Odwołujący wskazał, że tym przypadku zastosowanie znajduje argumentacja wskazana przy omawianiu Zamówienia 1, albowiem kontrakt realizowany dla spółki ZABERD S.A. dotyczył innej części tego samego zamówienia publicznego, o którym mowa była powyżej, tj. Kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego, które nie obejmowało utrzymywania obiektów mostowych.

Odwołujący zakwestionował również ostatnie z wykazanych przez Konsorcjum MADROCAR zamówień, dotyczące *Kompleksowego (zimowego i letniego) utrzymania dróg krajowych na terenie województwa małopolskiego w latach 2008-2011 – część IV obejmująca kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie drogi krajowej nr 7*. Zdaniem Odwołującego, podobnie jak w przypadku usługi realizowanej dla ZABERD S.A., także i w tym przypadku ReDrog s.c. B.K., W.K. nie wykonywali wszystkich koniecznych prac zawartych w definicji bieżącego utrzymania, brak jest bowiem w Wykazie usług potwierdzenia, że zamówienie obejmowało utrzymanie obiektów mostowych. Przedmiotowy brak, potwierdzony również treścią referencji z 18 maja 2012 r. wystawioną przez spółkę POLDIM S.A. Ponadto w przypadku tej usług nie został spełniony również warunek, by zamówienie realizowane było w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, tj. przed 12 stycznia 2018 r. Z Wykazu usług wynika, że zamówienie wykonywane było od 1 listopada 2008 r. do 31 października 2011 r., a więc jedynie niewielki zakres prac mieści się we wskazanym przez Zamawiającego okresie.

Dalej Odwołujący zakwestionował wykazanie przez Konsorcjum MADROCAR spełnienia warunku w związku z udziałem podwykonawców w realizacji zamówień wskazanych w wykazie. Odwołujący wskazał, że kwestia ta znalazła się w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. KIO 326/18, 327/18 oraz że na okoliczność tę zwracał uwagę także sam Zamawiający w wezwaniu z 19 kwietnia 2018 r. Tym samym Zamawiający oceniając kwestię spełnienia warunku z pkt 7.2.2a SIWZ zobowiązany był zbadać, czy nie zaszyły okoliczności, o których wspomniała Izba orzekając m.in. w sprawie o sygn. akt KIO 327/18 i KIO 568/18.

Odwołujący podniósł, że z umowy nr II/5/ZZ/Z-1/2015 z 20 stycznia 2015 r. z Konsorcjum PUH MADROCAR R.M., ReDrog s.c. B.K. i W.K., ZPUH W.K. w § 16 ust. 1 sygnalizowano udział podwykonawców w realizacji zamówienia we wszystkich 11 grupach robót. W ust. 13 tego samego paragrafu umowy wskazuje się, że *przed skierowaniem Podwykonawcy do wykonania robót przedłoży Zamawiającemu zawartą umowę*, co oznacza, że każda umowa znajdująca się w posiadaniu Zamawiającego świadczyć powinna o wykonaniu prac w określonym zakresie przez podwykonawcę.

Odwołujący wskazał, że w trybie zapytania o udzielenie informacji publicznej skierowanym do GDDKIA 27 marca 2018 r. dotarł do kilkunastu takich umów, które obejmują wszystkie grupy prac wskazane w ofercie Konsorcjum PUH MADROCAR R.M., ReDrog s.c. B.K. i W.K., ZPUH W.K.. Dodatkowo zakresy wskazanych umów w obrębie każdej z grup (np. 11 Utrzymanie czystości obiektów inżynierskich) obejmują wszystkie pozycje (w tym konkretnym przypadku 10), czyniąc tym samym podwykonawstwo jedynym sposobem realizacji danej usługi w pełnym w obszarze określonego asortymentu prac. Przykładowo w zakresie wspomnianej grupy 11 pełen zakres (obejmujący 10 pozycji) realizacji usługi tylko i wyłącznie przez podwykonawców, wynika m.in. z umów zawartych z przedsiębiorcami: Roboty Budowlane i Drogowe M.B.E M.W.(dla dróg dk 94g, 94i), Roboty Ogólno-budowlane i Drogowe Z.W.(dk 94g, 94i), R-BUD Firma Usługowo Transportowo Handlowa R.B. (dk94g,79), Kompleksowe Utrzymanie dróg Transport Drogowy R.B.(dk73,73d), Firma Transportowo Handlowo Usługowa M.C.(dk 94g, A4), R-BUD D.B., R.B. s.c. (dk 94g, 75,79).

Zdaniem Odwołującego, w kontekście powyższego trudno uznać by wykonawca samodzielnie wykazał się doświadczeniem, skoro większość prac planował czy też oddał podwykonawcom. Odwołujący powołał się na argumentację przedstawioną w tym zakresie przez Izbę w wyrokach o sygn. akt KIO 327/18 i KIO 568/18.

Odwołujący podał, że istotnym zagadnieniem odnoszącym się do kwestii omawianych powyżej, które przed rozprawą pragnie jedynie zasygnalizować w kontekście omawianego zarzutu, jest fakt, że Konsorcjum zadeklarowało w kolumnie 4 Wykazu usług usługi i roboty polegające na bieżącym i zimowym utrzymaniu „DK94g KL GP) w km 0+866-88+456” i „DK 79 (KL GP) w km 292+493 - 331+152” w zakresach tam wskazanych, podczas gdy chociażby umowa nr 11/ReMadr/Biez/2015 zawarta pomiędzy Konsorcjum, a R-BUD Firma Usługowo Transportowo Handlowa R.B. w § 1 ust. 2 wskazuje, że to ten podwykonawca wykonywał będzie roboty budowlane i usługi z zakresu bieżącego utrzymania dróg na „drodze 94g w km 0+866 - 60+120 oraz na Obwodowej Tarnowa w km 69+690 - 79 +221 oraz na DK 79 w km 292+493 - 331+152” w asortymencie robót (Grupy 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 11, Prace pomocnicze). Co więcej, na załączonych do wykazu zestawieniach zatytułowanych *Rozliczenie prac wykonanych przez ReDrog s.c. i podwykonawców* za poszczególne miesiące realizacji kontraktu możemy bez trudu odnaleźć tego i innych podwykonawców, co potwierdza, że świadczyli oni w zleconych im zakresach usługi na drogach wskazanych w umowach. Skoro zaś, jak w przypadku np. drogi DK 79 podwykonawca świadczył swe usługi na całym jej odcinku, trudno przyjąć, że w tym samym zakresie czynił to wykonawca. Ponieważ okoliczność taka jest mało prawdopodobna, należy przyjąć, że na ww. odcinku drogi roboty i usługi wykonywał podwykonawca, co w świetle wezwania Zamawiającego z art. 26 ust 3 ustawy Pzp i cytowanych orzeczeń KIO, skutkować

winno co najmniej niezaliczeniem doświadczenia. Skoro – jak twierdził wielokrotnie Zamawiający w sprawie o sygn. KIO 326/18 – sposób i zakres realizacji kontraktu jest mu doskonale znany, to uznać należy, że musiał znać treść umów z podwykonawcami, na które powołuje się Odwołujący. Tym samym, Zamawiający nie mógł w zgodzie z posiadanymi umowami z podwykonawcami stwierdzić samodzielnego wykonania całego zakresu zamówienia. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, Zamawiający winien był stwierdzić brak spełnienia warunku przez Konsorcjum MADROCAR i wykluczyć wykonawcę w oparciu o treść art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że niezwykle istotne jest ustalenie, czy Zamawiający oceniając już po raz drugi w przedmiotowym postępowaniu spełnienie warunku z pkt 7.2.2.a SIWZ dokonał faktycznego badania przedłożonego Wykazu usług, w szczególności przez pryzmat znajdujących się w jego posiadaniu dokumentów z aktualnie jeszcze realizowanego Zamówienia (umów zawartych przez Konsorcjum z podwykonawcami). Negatywna odpowiedź potwierdziłaby, że nie nastąpiło samodzielnie spełnienie warunku, co skutkować winno wykluczeniem Konsorcjum MADROCAR na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, akta postępowania przetargowego nie zawierają śladu przeprowadzenia przez Zamawiającego takich analiz, czy też badań samodzielnego spełnienia warunku z pkt 7.2.2.a SIWZ przez ww. Konsorcjum. Co za tym idzie, Zamawiający mimo że posiada obszerną dokumentację realizacji umowy nr I/5/ZZ/Z-1/2015 z 20 stycznia 2015 (obejmującej lata 2014-2018), nie podjął żadnych kroków mających na celu weryfikację przekazanych danych, gdyż analiza taka niewątpliwie znalazłaby odzwierciedlenie w okazanych do wglądu materiałach z przeprowadzonego postępowania. Odwołujący wskazał, że udostępnienie akt postępowania nastąpiło w odpowiedzi na wniosek o przedstawienie wszystkich dokumentów wygenerowanych przez Zamawiającego oraz przedłożonych przez wykonawcę po wyroku Izby z 22 marca 2018 r. Odwołujący podniósł, że ponieważ zasadą jest pisemne prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to należałoby uznać, że Zamawiający nie dysponuje innymi dokumentami postępowania, niż te okazane pracownikowi Odwołującego 30 kwietnia 2018 r. Mając na uwadze praktykę Zamawiającego z postępowania KIO 326/18, z ostrożności procesowej podkreślił, że z uwagi na brzmienie uwzględnionego w całości wniosku oraz fakt okazania do wglądu wszystkich dokumentów postępowania, za niedopuszczalne należałoby uznać składanie jakichkolwiek dodatkowych, nieprzekazanych uprzednio Odwołującemu materiałów dotyczących prowadzonego postępowania.

3. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 22d ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp (alternatywnie art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 22d ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp)

Odwołujący wskazał, że gdyby Izba potwierdziła zasadność zarzutu zaniechania zastosowania przez Zamawiającego art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na m.in. na :

- okoliczność niewykonywania prac polegających na utrzymywaniu obiektów mostowych,
- brak samodzielnego potwierdzenia warunku z pkt 7.2.2a SIWZ,

konsekwencją winno być potwierdzenie naruszenia norm z pkt 16 lub 17 ust 1 art. 24 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że celowe wprowadzenie w błąd związane jest m.in. z przedstawieniem informacji o spełnianiu warunków w postępowaniu, zatajeniem informacji o nich lub niemożnością przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków. Z kolei nieumyślne wprowadzenie w błąd dotyczy informacji mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego w przedmiotowej sprawie o ile można uznać, że trudne może być wykazanie winy umyślnej, czy nawet rażącego niedbalstwa, to niewątpliwie problemy takie nie wystąpią przy niedbalstwie i lekkomyślności, do których referuje pkt 17 ust 1 art. 24 ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczył, że w kontekście art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy Pzp, oceny, czy zachowanie miało znamiona lekkomyślności/niedbalstwa, należy dokonywać w odniesieniu do dyspozycji art. 355 § 2 Kc, tj. zawodowej staranności. Profesjonalizm dłużnika powinien przejawiać się w dwóch podstawowych cechach jego zachowania: postępowaniu zgodnym z regułami fachowej wiedzy oraz sumienności. Powołując tezy z orzecznictwa Odwołujący wskazał, że wzorzec należytej staranności musi uwzględnić zwiększone oczekiwania co do zawodowych kwalifikacji dłużnika-specjalisty co do jego wiedzy, jak i praktycznych umiejętności skorzystania z niej, a także znajomości obowiązującego prawa i następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.

Zdaniem Odwołującego trudno przypuszczać by członkowie Konsorcjum nie wiedzieli, że w ramach realizacji zamówienia 1 Konsorcjum MADROCAR utrzymywało jedynie czystość na obiektach inżynierskich (a więc także mostowych), a nie całe obiekty mostowe. Nie sposób również przyjąć, by przedsiębiorcy wchodzący w skład Konsorcjum nie odróżniali, jako profesjonalisci, utrzymania czystości obiektów od utrzymania obiektów mostowych. Skoro zaś wiedzę taką Konsorcjum posiada lub przynajmniej powinno posiadać, a w Wykazie usług wykazano utrzymanie obiektów mostowych, to zastosowanie w tej sytuacji znajduje przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp. Przy przyjęciu, że mamy do czynienia z pkt. 17 trzeba podkreślić, że przedmiotowe informację mają istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, albowiem w oparciu o nie dokonał on wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego podobna argumentacja winna znaleźć zastosowanie w sytuacji, gdy potwierdzi się niewykazanie samodzielnego spełniania warunku z pkt 7.2.2a SIWZ z uwagi np. na niewystarczający zakres usługi, kwotę czy udział podwykonawców lub partnerów konsorcjum przy realizacji zamówienia.

4. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 96 ust. 3 oraz art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że działania Zamawiającego są poważnym naruszeniem przepisów ustawy Pzp, wpływającym na naruszenie fundamentalnych zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 i 3 i art. 8 ust. 1, a także utrudniają korzystanie ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty 27 kwietnia 2018 r. (piątek) o godz. 14:43, mając zdaniem Odwołującego się pełną świadomość, że kolejne dni, tj. 28 i 29 kwietnia oraz 1, 3, 5 i 6 maja 2018 r. są dniami wolnymi od pracy, w których Zamawiający, ale i wykonawca nie pracuje. Już w oparciu o te dane z łatwością można obliczyć, że z 10 dni terminu wskazanego w ustawie Pzp na wniesie odwołania do Izby na dzień wyboru najkorzystniejszej oferty (27.04.2018), przez co najmniej 6 dni kontakt z Zamawiającym będzie niemożliwy. Dodatkowo pracownik Zamawiającego odpowiedzialny za przedmiotowe postępowanie (pani B.K.) był na urlopie przez cały tzw. długi weekend majowy, tj. od dnia 30 kwietnia do dnia 6 maja 2018 r. Pełnomocnik Odwołującego w dniu wyboru najkorzystniejszej oferty telefonicznie próbował ustalić, czy możliwe jest otrzymanie skanów dokumentów w tymże dniu, co okazało się niemożliwe z uwagi na kończący się dzień pracy Zamawiającego. Tego samego dnia Odwołujący wystąpił o wgląd do dokumentów postępowania w dniu 30 kwietnia 2018 r., otrzymując zgodę na analizę dokumentacji. Jednocześnie podczas czynności sporządzania fotokopii dokumentów przez pracownika Odwołującego obecny był pracownik Zamawiającego (pani M. P.), która nie wchodzi w skład Komisji przetargowej, przez co z oczywistych względów nie posiada pełnej wiedzy na temat postępowania. Jednocześnie w dniu 30 kwietnia 2018 r. drogą elektroniczną pracownik Odwołującego ponownie wniósł o wgląd do dokumentów w dniu 4 maja 2018 r. Dodatkowo w tym samym mailu poprosił o wskazanie, kto zastępuje osobę wskazaną do kontaktów w SIWZ. Do dnia wniesienia odwołania odpowiedź na te ostatnie pytania nie wpłynęła do Odwołującego, a on sam dowiedział się, że w dniu 4 maja 2018 r. krakowski Oddział GDDKiA nie pracował.

W ocenie Odwołującego wskazana wyżej praktyka jest szczególnie naganna i szkodliwa, trudno, bowiem przypuszczać, że data wyboru najkorzystniejszej oferty była przypadkowa. Odwołujący o dokonanie przez Izbę oceny takiego zachowania w kontekście potencjalnego wpływu czynności Zamawiającego na wynik postępowania, bo ten był

niewątpliwie znaczący, miał wpływ na treść Odwołania i postawione zarzuty. Zamawiający mógł i najpewniej przyjął, że nie wszystkie podmioty pracują podczas długiego weekendu majowego. Okoliczność zapewnienia ciągłości pracy (w okresie potencjalnie wolnym od niej) i odbierania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty leży po stronie Odwołującego, niemniej jednak nie można godzić się na ograniczenie lub brak kontaktu ze strony Zamawiającego, który powinien brać pod uwagę potrzeby wykonawców pojawiające się w trakcie terminu na wnoszenie odwołania. Zamawiający musiał wiedzieć o urlopach swoich pracowników, braku członków komisji mogących udzielić kompetentnych informacji, wolnym dla całego Oddziału dniu 4 maja 2018 r., czy braku osób zastępujących panią B. K. podczas urlopu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej, wykluczenia Konsorcjum MADROCAR z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą, powtórzenia badania ofert i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum: R.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PUH MADROCAR R.M., ReDrog s.c. B.K. i W.K., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba nie rozpoznała merytorycznie zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na zakres przedmiotowy i charakterystykę usługi nr 1 wskazanej na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 7.2.2. lit. a Tomu I SIWZ oraz powierzenie tej usługi do realizacji podwykonawcom. W ocenie Izby zarzuty te są na obecnym etapie postępowania spóźnione, zatem odwołanie podlega w tym zakresie odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący zakwestionował bowiem te aspekty realizacji usługi wskazanej przez Przystępującego w poz. 1 Wykazu usług, które były znane i możliwe do zakwestionowania już po pierwszym wyborze najkorzystniejszej oferty.

Izba ustaliła w tym zakresie następujący stan faktyczny:

W punkcie 7.2.2. lit. a Tomu I SIWZ (Instrukcja dla Wykonawców) Zamawiający określił warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy w zakresie wykazania się wiedzą i doświadczeniem, w następujący sposób: *Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – to w tym okresie: a) 1, 2 lub 3 zadań polegających na bieżącym utrzymaniu/utrzymywaniu dróg klasy min. GP oraz b) 1,2, lub 3 zadań polegających na zimowym utrzymaniu/utrzymywaniu dróg klasy min. GP o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 20 mln PLN brutto. Przez bieżące utrzymanie rozumie się wykonywanie usług utrzymania drogi w zakresie co najmniej utrzymania: drogi, obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych, zieleni oraz czystości, wykonywanych przez cały rok kalendarzowy. Przez zimowe utrzymanie rozumie się wykonywanie usług w zakresie odśnieżania, zapobiegania powstawaniu śliskości i likwidowania śliskości na drodze wykonywanych w sezonie zimowym – zakłada się okres od 1 października do 30 kwietnia. Zgodnie z art. 23 ust. 5 ustawy Pzp warunek opisany w pkt. 7.2.2.a IDW nie podlega sumowaniu. Oznacza to, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jeden z wykonawców musi się wykazać całym wymaganym doświadczeniem (warunek nie będzie spełniony, jeżeli wszyscy Wykonawcy w sumie wykazali się wymaganym doświadczeniem, ale żaden z nich samodzielnie nie wykazał się całym wymaganym doświadczeniem).*

W odpowiedzi na wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Przystępujący przedłożył Zamawiającemu, na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 7.2.2. lit. a Tomu I SIWZ, Wykaz usług, w którym wskazał usługę pn. *Kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Tarnów w latach 2014-2018*. W kolumnie *Nazwa wykonawcy (podmiotu) wykazującego posiadane doświadczenie* Przystępujący podał: *ReDrog s.c. B.K., W.K., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Madrocar*.

W dniu 12 lutego 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący w dniu 22 lutego 2018 r. wniósł odwołanie, podnosząc szereg zarzutów dotyczących tej czynności, przy czym w zakresie spełniania warunku z punktu 7.2.2. lit. a IDW Odwołujący zakwestionował tylko zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia Wykazu usług w sytuacji, gdy nie potwierdziło samodzielnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Odwołujący podniósł wówczas, że Przystępujący podał w Wykazie usługę, co do której jako wykonawcę wykazującego doświadczenie podał wszystkich członków Konsorcjum, z czego Odwołujący wywiódł, że żaden z konsorcjantów, wbrew treści warunku, nie wykazał się całym wymaganym

doświadczeniem, lecz dokonano zsumowania doświadczenia wykonawców wspólnie realizujących usługę.

Wyrokiem z 22 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 326/18) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w powyższym zakresie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu usług potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 7.2.2.a IDW oraz ponowne badanie i ocenę ofert. W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała, że rozstrzygnięcie o zarzucie odwołania wymagało przesądzenia, czy *możliwe jest ustalenie, że jeden z podmiotów wskazanych w wykazie zrealizował opisane w nim zamówienie w stopniu umożliwiającym samodzielne wykazanie spełniania warunku udziału w Postępowaniu. (...) Izba stwierdziła, że materiał dowodowy nie pozwala stwierdzić, który z członków konsorcjum spełnia samodzielnie warunek. W konsekwencji Izba doszła do wniosku, że Zamawiający nieprawidłowo uznał wykazanie przez Konsorcjum M spełniania warunku udziału w Postępowaniu opisanego w pkt 7.2.2.a SIWZ-IDW.*

Przedmiotem zarzutu odwołania, a w konsekwencji orzekania Izby, była więc kwestia spełniania tego elementu warunku udziału w postępowaniu, który nakazywał w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, aby jeden z wykonawców wykazał się całym wymaganym doświadczeniem i nie dopuszczał wykazania warunku przez zsumowanie doświadczenia konsorcjantów.

Wykonując wyrok Izby Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia wykazu, wskazując m.in., że informacje zawarte w wykazie winny odnosić się do doświadczenia danego wykonawcy zdobytego w ramach konsorcjum, a nie do doświadczenia całego konsorcjum oraz do faktycznie wykonanych czynności, które pozwoliły mu nabyć doświadczenie. W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący złożył Wykaz usług, w którym podał trzy usługi:

1. *Kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Tarnów w latach 2014-2018, zrealizowane na zlecenie Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie,*
2. *Kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie części nr 1 obejmującej kompleksowe utrzymanie dróg krajowych Rejonu Nowy Sącz w latach 2014-2018, zrealizowane na zlecenie ZABERD S.A.,*
3. *Kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w latach 2008-2011 – część IV obejmująca kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie drogi krajowej nr 7, zrealizowane na zlecenie POLDIM S.A.*

W odniesieniu do każdej z ww. usług w kolumnie *Nazwa wykonawcy (podmiotu) wykazującego posiadane doświadczenie* Przystępujący podał: ReDrog s.c. B.K., W.K..

Odnosząc się do powyższego stanu faktycznego należy zauważyć, że w pierwszym Wykazie usług i w poz. 1 uzupełnionego Wykazu Przystępujący podał to samo zadanie, tj. *Kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Tarnów w latach 2014-2018*, realizowane na podstawie umowy nr I/5/ZZ/Z-1/2015 z 20 stycznia 2015 r. Uzupełnienie wykazu w odniesieniu do tego zadania polegało na doprecyzowaniu, który z członków Konsorcjum składającego ofertę w niniejszym postępowaniu, wykazuje to doświadczenie jako doświadczenie jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zatem nową okolicznością, która mogła być przedmiotem zarzutu na obecnym etapie postępowania, była kwestia dotycząca tego, czy Przystępujący wykazując doświadczenie wspólników spółki cywilnej wykazał doświadczenie zdobyte samodzielnie przez jednego z wykonawców. W odniesieniu natomiast do charakterystyki zadania z poz. 1 Wykazu usług (tj. takich kwestii, jak objęcie tą usługą utrzymania obiektów mostowych, czy całorocznego świadczenia usługi) nie nastąpiła w wyniku uzupełnienia zmiana usprawiedliwiająca podniesienie zarzutów na obecnym etapie postępowania. Skoro w obu wykazach zostało wskazane to samo zadanie, to jego charakter i elementy składowe – ustalone w przeszłości – są takie same i nie mogły ulec zmianie, nie było więc żadnych przeszkód, aby zarzuty odnoszące się do wskazanych wyżej kwestii podnieść już w odwołaniu z 22 lutego 2018 r. Podobnie należy ocenić kwestię powierzenia przez Przystępującego realizacji tego zadania podwykonawcom. Skoro Odwołujący już z pierwszego wykazu wiedział, na jakie zadanie powołuje się Przystępujący wykazując warunek doświadczenia, to już po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej powinien zakwestionować ten aspekt. Zlecenie usług podwykonawcom – jako że związane jest z określonym stanem faktycznym z przeszłości – jest bowiem okolicznością, która nie uległa zmianie po złożeniu oferty. Tymczasem w pierwszym odwołaniu Odwołujący całkowicie pominął te kwestie, nie były one więc objęte wyrokiem Izby i podstawą nakazania Zamawiającemu określonych tym wyrokiem czynności. Dopiero po powtórny wyborze oferty Przystępującego zdecydował się na podniesienie w tym zakresie zarzutów. Nie sposób więc zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, jakoby wszelkie zarzuty podnoszone w przedmiotowym odwołaniu dotyczyły nowych okoliczności faktycznych i prawnych, które powstały po wydaniu wyroku przez KIO w dniu 22 marca 2018 r. Nie jest argumentem potwierdzającym to stanowisko fakt, że wezwanie do uzupełnienia wykazu nakazane wyrokiem Izby było nową czynnością w postępowaniu, dokonanie tej czynności nie usprawiedliwia bowiem podniesienia zarzutów opartych na takich okolicznościach faktycznych, które były znane już w dacie pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołanie podlegało oddaleniu.

Zarzuty dotyczące wykazania warunku doświadczenia przez wspólników spółki cywilnej wchodzących w skład konsorcjum

Zgodnie z art. 23 ust. 5 ustawy Pzp zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne. Uprawnienie to ma służyć uzyskaniu rękojmi należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie będą zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający, powołując się na przepis art. 23 ust. 5 ustawy Pzp, postanowił, że *warunek opisany w pkt. 7.2.2.a IDW nie podlega sumowaniu. Oznacza to, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jeden z wykonawców musi się wykazać całym wymaganym doświadczeniem (warunek nie będzie spełniony, jeżeli wszyscy Wykonawcy w sumie wykazali się wymaganym doświadczeniem, ale żaden z nich samodzielnie nie wykazał się całym wymaganym doświadczeniem)*. Celem tak opisanego warunku jest zapewnienie rzeczywistego dysponowania przez wykonawców doświadczeniem odpowiadającym zakresowi i skomplikowaniu udzielanego zamówienia oraz niedopuszczenie do sytuacji, że wykonawcy nieposiadający takiego doświadczenia mogliby składać oferty wspólne, sumując doświadczenie w realizacji wielu zadań o takiej skali i charakterystyce, które nie odpowiadają przedmiotowi obecnie udzielanego zamówienia. Tak określony warunek zapobiega sytuacji, w której żaden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie legitymuje się doświadczeniem niezbędnym do należytej realizacji zamówienia.

Ocena zasadności podniesionego zarzutu wymaga odpowiedzi na pytanie, czy wykazanie doświadczenia nabytego przez wspólników spółki cywilnej (tak, jak to uczyniono w rozpoznawanej sprawie) może być uznane za samodzielne wykazanie doświadczenia przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Jest to więc zagadnienie natury prawnej, które musi zostać ocenione z uwzględnieniem charakteru prawnego spółki cywilnej oraz celu, jaki przyświecał Zamawiającemu przy opisie warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby doświadczenie wspólników spółki cywilnej może być uznane za doświadczenie jednego wykonawcy, w tym znaczeniu, że nośnikiem doświadczenia zdobytego w ramach umowy spółki są niepodzielnie wspólnicy tej spółki, zatem – z punktu widzenia dysponowania tym zasobem – mogą oni być traktowani jak jeden podmiot.

Nie ulega wątpliwości, że spółka cywilna jest stosunkiem zobowiązaniowym wspólników dążących do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego (art. 860 § 1 Kc) i nie ma podmiotowości prawnej. Nie oznacza to jednak, że wspólników realizujących określone przedsięwzięcia w ramach umowy spółki należy w każdym aspekcie postrzegać odrębnie, istnieją bowiem między nimi tego rodzaju więzy, które – w zakresie dysponowania takim zasobem, jakim jest wspólnie zdobyte doświadczenie – pozwalają postrzegać ich łącznie, jako jeden „podmiot”. Mimo występujących podobieństw między spółką cywilną a konsorcjum, nieuprawnione jest utożsamianie tych dwóch form działalności. Zwrócić należy uwagę chociażby na fakt, że konsorcjum często zawiązywane jest dla potrzeb udziału w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia i nie charakteryzuje się takimi więzami prawnymi i takim sposobem działania, jaki charakteryzuje wspólników spółki cywilnej.

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z Kodeksem cywilnym przez umowę spółki wspólnicy zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów (art. 860 § 1 Kc), a w wyniku umowy spółki powstaje majątek wspólny wspólników (art. 863 Kc). Kodeks cywilny ustanawia też solidarną odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki (art. 864 Kc), prawo i obowiązek prowadzenia spraw spółki oraz sposób ich wykonywania (art. 865 Kc) sposób reprezentowania spółki (art. 866 Kc) oraz zasady ustalania udziału w zyskach i stratach (art. 867, art. 868 Kc). Spółka może być więc postrzegana – mimo braku podmiotowości prawnej – jako swego rodzaju „jednostka organizacyjna”, będąca formą prowadzenia działalności gospodarczej i realizacji wspólnych celów, charakteryzująca się pewną trwałością i ustalonymi więzami organizacyjnymi.

Jednocześnie trzeba odróżnić postrzeganie spółki cywilnej pod względem formalnym, z punktu widzenia procedury udzielania zamówień publicznych, od oceny zasobów, jakimi wspólnicy w ramach tej spółki dysponują. O ile należy zgodzić się z Odwoływającym, że przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej na gruncie ustawy Pzp należy traktować jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, to podkreślenia wymaga aspekt, w jakim podejście takie jest w orzecznictwie prezentowane. Związane jest to z faktem, że oświadczenie woli, jakim jest złożenie oferty, jest składane nie przez spółkę cywilną, a przez jej wspólników, to oni bowiem, a nie spółka, mogą zaciągać zobowiązania. Z tych samych powodów w odniesieniu do każdego ze wspólników, nie zaś spółki, oceniane jest istnienie podstaw do wykluczenia, z czego wynika podkreślana przez Odwoływającego okoliczność, że wspólnicy odrębnie składają wymagane oświadczenia oraz dokumenty JEDZ. Czym innym są natomiast kwestie związane z realizacją kontraktów w ramach umowy spółki, tj. z realizacją zobowiązań odrębnych od zobowiązań osobistych wspólników (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie

z 7 stycznia 2015 r., sygn. akt I ACa 1021/14, wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 21 kwietnia 2016 r., sygn. akt I ACa 1045/15) i nabywanie związanego z tym doświadczenia. W ocenie Izby, jeżeli wspólnicy spółki cywilnej w ramach działalności tejże spółki, zgodnie z jej istotą – dążąc do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, zrealizowali określone zadanie, którym następnie legitymują się w innym postępowaniu przetargowym, to nie można twierdzić, że sumują oni doświadczenie każdego z nich, omijając w ten sposób warunek udziału w postępowaniu, którego osobno nie spełniają. To bowiem spółka, czyli wspólnicy łącznie, są nabywcami tego doświadczenia, jako że zrealizowali umowę działając w celu osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, przy wykorzystaniu majątku wspólnego, współdziałając przy prowadzeniu spraw spółki. Nie następuje tu sumowanie doświadczenia odrębnych wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia i poprzez połączenie doświadczenia nabytego przez każdego z nich z osobna próbują wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu – a niedopuszczeniu do takich właśnie sytuacji służy „zaostrenie” warunku przez Zamawiającego.

Zauważenia wymaga również, że w świetle orzecznictwa spółka cywilna może być pracodawcą. Taki pogląd został niejednokrotnie wyrażony przez Sąd Najwyższy (wyrok z 7 listopada 1995 r., I PRN 84/95, wyrok z 10 maja 1996 r., I PRN 63/95, wyrok z 6 lutego 1997 r., I PKN 77/96), a w nowszym orzecznictwie został potwierdzony w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 lutego 2011 roku (II FSK 838/2010), w którym wskazano, że *artykuł 3 Kodeksu pracy jednoznacznie określa, że pracodawcą mogą być jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Na gruncie tej ustawy to spółka cywilna jako organizacja wspólników, a nie sami wspólnicy, jest pracodawcą.(...) Dodatkowym argumentem przemawiającym za uznaniem spółki cywilnej, a nie jej wspólników, za pracodawcę jest to, że osoby zatrudnione realizują cel gospodarczy, dla jakiego spółka została utworzona. Tym samym świadczą pracę na rzecz spółki, a nie jej poszczególnych wspólników. Wejście w życie od 1 stycznia 2001 r. Prawa o działalności gospodarczej, według którego nie spółka cywilna, a wspólnicy mają status przedsiębiorców, nie spowodowało zmiany w prawie pracy. Na gruncie ustawy Kodeks pracy pracodawcą nadal może być spółka cywilna, a zatem do niej kierowane muszą być decyzje dotyczące publicznoprawnych obowiązków pracodawcy.* Oznacza to, że wspólnicy spółki cywilnej mogą realizować umowy przez wspólnych pracowników, co tym bardziej potwierdza, że wyodrębnienie doświadczenia poszczególnych wspólników i przypisanie im konkretnych wartości i zakresów wykonanych usług byłoby po pierwsze bezzasadne, po drugie niemożliwe.

W związku z powyższym Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby dla powołania się na doświadczenie nabyte w spółce cywilnej, każdy ze wspólników

zobowiązany był „wyodrębnić swoje własne doświadczenie” i dopiero doświadczenie jednego wspólnika byłoby potwierdzeniem spełniania warunku udziału w postępowaniu. Jak już wyżej wskazano, doświadczenie to jest doświadczeniem wszystkich wspólników łącznie, a wyodrębnienie go co do wartości i zakresu w odniesieniu do każdego ze wspólników, byłoby sztuczne, a wręcz niemożliwe. Nie do przyjęcia jest natomiast sytuacja (która byłaby konsekwencją zaakceptowania stanowiska Odwołującego), że na całe doświadczenie zdobyte w ramach umowy spółki nie może powołać się ani spółka (tj. obaj wspólnicy łącznie), ani poszczególni wspólnicy z osobna. Prowadziłoby to do stawiania wobec takich podmiotów niezasadnie wygórowanych wymagań, nie służąc jednocześnie realizacji celów, jakim służą warunki udziału w postępowaniu.

Wobec ustalenia, że doświadczenie nabyte przez wspólników spółki cywilnej działających w ramach umowy spółki może być uznane za samodzielne doświadczenie jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, bezprzedmiotowe pozostaje rozstrzygnięcie, czy każdy ze wspólników odrębnie zrealizował zadanie o wymaganej wartości i uwzględniające wymagane przez Zamawiającego elementy. Tym samym bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostają zgłoszone przez Odwołującego twierdzenia i dowody mające wykazywać, że żaden ze wspólników odrębnie nie wykonał zakresu wymaganego przez Zamawiającego. Jak bowiem wyżej wskazano, doświadczenie nabyte przez dwóch wspólników działających w ramach umowy spółki należy rozumieć jako doświadczenie jednego wykonawcy, w tym znaczeniu, że zostało nabyte niepodzielnie w ramach działalności spółki.

Wobec powyższego, Przystępujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp) oraz z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd (art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp). W konsekwencji Zamawiający nie naruszył również wskazanych przez Odwołującego przepisów art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzuty dotyczące niewykazania, że zadania wskazane w poz. 2 i 3 Wykazu usług obejmowały wszystkie wymagane elementy

W pierwszej kolejności, wobec niezasadności lub nieterminowego podniesienia zarzutów dotyczących usługi wskazanej w poz. 1 Wykazu, stwierdzić należy, usługa ta wykazywała spełnianie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie 7.2.2. lit. a IDW. W związku z tym kwestie dotyczące usług nr 2 i 3 nie mogły mieć wpływu na czynności Zamawiającego i na wynik postępowania przetargowego.

Niezależnie od powyższego zarzuty te nie mogły być uznane za zasadne, jako że zostały oparte jedynie na twierdzeniach, że Przystępujący nie wskazał w wykazie, by zamówienie obejmowało wszystkie elementy definicji bieżącego utrzymania oraz że nie potwierdzają tego załączone referencje (Zamawiający wskazał w SIWZ, że przez bieżące utrzymanie rozumie się wykonywanie usług utrzymania drogi w zakresie co najmniej utrzymywania: drogi, obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych, zieleni oraz czystości, wykonywanych przez cały rok kalendarzowy). Odnosząc się do tych twierdzeń podkreślić należy, że z samego faktu niewpisania do Wykazu usług każdego z elementów określonej przez Zamawiającego definicji bieżącego utrzymania dróg z osobna, nie można wnioskować o tym, że usługa tego elementu nie obejmowała. Podobnie nie może być rozstrzygającym dowodem treść referencji, które są dokumentami potwierdzającymi należytą realizację zamówienia i nie muszą odpowiadać w swej treści wszystkim elementom wymaganym w aktualnie prowadzonym postępowaniu przetargowym. Tymczasem dowodami powołanymi przez Odwołującego w odniesieniu do usług nr 2 i 3 były właśnie Wykaz usług i załączone do niego referencje.

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

działaniem racjonalnym i wynika z praktyki GDDKiA dyktowaną także dbałością o finanse publiczne. (...) Przedmiotowe zamówienie obejmuje bowiem ten sam zakres prac na obiektach mostowych, jakie zawierała umowa na kompleksowe utrzymanie w latach 2014-2018. Przystępujący natomiast w odniesieniu do usługi nr 2 przedstawił dowody w postaci faktur VAT, zbiorczych zestawień kosztów, protokołów odbioru prac utrzymaniowych, tabel elementów rozliczeniowych, poleceń wykonania robót utrzymaniowych. Odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu, nie przedstawił argumentów i dowodów podważających wskazane wyżej wyjaśnienia i dowody, nie wykazał również swoich twierdzeń w odniesieniu do usługi nr 3.

W odniesieniu do kwestii okresu, w jakim realizowana była usługa nr 3, Odwołujący nie przedstawił żadnego wywodu na potwierdzenie tezy, że znaczenie ma cały okres wykonywania zadania, nie zaś data jego zakończenia, która przypadała w ustalonym przez Zamawiającego 7-letnim okresie poprzedzającym składanie ofert. Tymczasem w orzecznictwie Izby prezentowany jest pogląd przeciwny stanowisku Odwołującego (np. wyroki w sprawach: KIO 2563/11, KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16). Niezależnie od tego zauważyć należy, że ocena usługi nr 3 nie ma znaczenia dla oceny spełniania warunku, który został wykazany usługą nr 1.

Zarzuty dotyczące terminu poinformowania o wyborze oferty najkorzystniejszej

W ocenie Izby okoliczność, że Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 27 kwietnia 2018 r., który poprzedzał tzw. długi weekend majowy, nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Pzp. Trudno czynić Zamawiającemu zarzut naruszenia tych przepisów na podstawie tego, że po dniu wyboru oferty najkorzystniejszej miało miejsce skumulowanie dni wolnych od pracy. Działanie takie można ewentualnie poddać ocenie pod kątem dobrej praktyki, co jednak nie jest zadaniem Izby, która orzeka w przedmiocie zgodności działań i zaniechań zamawiających z przepisami prawa. Zauważyć również należy, że Odwołujący uzyskał wgląd w dokumentację przetargową w dniu 30 kwietnia br. i – jak sam przyznał – wykonał fotokopie tej dokumentacji. Nie jest więc tak, że Odwołujący został pozbawiony możliwości terminowego wniesienia odwołania, możliwość taka nie jest z pewnością warunkowana zapewnieniem kontaktu z Zamawiającym w całym okresie poprzedzającym wniesienie odwołania. Nie wiadomo też, jakim naruszeniem przepisów ustawy miałyby być to, że podczas czynności sporządzania fotokopii dokumentów przez pracownika Odwołującego obecna była osoba, która nie wchodzi w skład komisji przetargowej.

Wobec powyższego, w zakwestionowanym działaniu Zamawiającego nie można dopatrzeć się naruszenia przepisów ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: