

Sygn. akt: KIO 2231/20

WYROK

z dnia 1 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2020 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Abramss Sp. z o.o., ul. Zgoda 13 lok. 62, 00-012 Warszawa, Polbud Partners Sp. z o.o., ul. Ratuszowa 11 lok. 213, 03-450 Warszawa i „ROMIL” Sp. z o.o., ul. Polskie Drogi 6 lok. 31, 02-775 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, ul. Boh. Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra**

przy udziale wykonawcy **E. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. E. Zakład Transportowy i Ogólnobudowlany, ul. Przemysłowa 62, 68-300 Lubsko** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze unieważnienie czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Abramss Sp. z o.o., Polbud Partners Sp. z o.o. i „ROMIL” Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu i ponowne dokonanie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Abramss Sp. z o.o., Polbud Partners Sp. z o.o. i „ROMIL” Sp. z o.o.,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, ul. Boh. Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców**

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Abramss Sp. z o.o., ul. Zgoda 13 lok. 62, 00-012 Warszawa, Polbud Partners Sp. z o.o., ul. Ratuszowa 11 lok. 213, 03-450 Warszawa i „ROMIL” Sp. z o.o., ul. Polskie Drogi 6 lok. 31, 02-775 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, ul. Boh. Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra** na rzecz wykonawców **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Abramss Sp. z o.o., ul. Zgoda 13 lok. 62, 00-012 Warszawa, Polbud Partners Sp. z o.o., ul. Ratuszowa 11 lok. 213, 03-450 Warszawa i „ROMIL” Sp. z o.o., ul. Polskie Drogi 6 lok. 31, 02-775 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze.

Przewodniczący :

U z a s a d n i e n i e

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze Rejon w Żarach wraz ze wszystkimi jej elementami”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 lutego 2020 r. pod pozycją 2020/S 026-059107.

W dniu 7 września 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Abramss Sp. z o.o., Polbud Partners Sp. z o.o. i „ROMIL” Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez jego niezasadne zastosowanie pomimo, że złożone przez Odwołującego dokumenty potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym poprzez zaniechanie dokonania badania i oceny doświadczenia własnego Odwołującego;
2. art. 22a ust. 6 ustawy Pzp poprzez jego niezasadne zastosowanie, w tym pominięcie, że Odwołujący samodzielnie wykazał posiadanie doświadczenia w zakresie doświadczenia wymaganego w ramach zimowego utrzymania dróg, a wskazanie nowego podmiotu trzeciego nastąpiło jedynie dodatkowo i nie służyło ani nie skutkowało zmianą oświadczenia Odwołującego o samodzielnym spełnianiu warunku udziału w postępowaniu,
3. innych przepisów wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego

z postępowania,

3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, stosując procedurę z art. 24aa ustawy Pzp, pismem z dnia 20 kwietnia 2020 r. wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi Odwołujący na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 7.2.3. a) IDW złożył wykaz, w którym wskazał m.in. na doświadczenie nabyte przy realizacji kontraktu na rzecz GDDKiA O/Warszawa (Zadanie nr 11 - Rejon w Przasnyszu, pkt 2 Tabeli). Składając ww. wykaz usług Odwołujący wskazał jednocześnie Zamawiającemu, że w jego posiadaniu są dokumenty potwierdzające należyłą realizację ww. zadania.

Jak zauważył Odwołujący, Zamawiający nie miał wątpliwości, że realizując usługę w Rejonie Przasnysz Odwołujący nabył wymagane doświadczenie w zakresie zimowego utrzymania dróg. Zastrzeżenia w tym względzie nie były też zgłoszone w ramach odwołania rozpoznanego przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 1335/20. W sprawie o sygn. akt KIO 1335/20 zarzuty wykonawcy E. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. E. Zakład Transportowy i Ogólnobudowlany dotyczyły względem zamówienia dla Rejonu w Przasnyszu wyłącznie doświadczenia w zakresie letniego utrzymania dróg. Podstawą zarzutu było zakwestionowanie nabycia w ramach tego kontraktu doświadczenia w utrzymaniu barier drogowych, co dotyczyło wyłącznie letniego utrzymania dróg. W tej sprawie, co wynika z uzasadnienia wyroku z dnia 28 lipca 2020 r., Izba nie zgodziła się z interpretacją wymagania dotyczącego utrzymania barier drogowych. Jak wskazano na str. 7 uzasadnienia „nie można zgodzić się z ze stanowiskiem prezentowanym przez zamawiającego i przystępującego, że skoro w treści postanowień SIWZ-IDW nie określono dokładnego zakresu pojęcia <utrzymania barier drogowych> to zamawiający winien uznać realizację jakichkolwiek prac dotyczących barier drogowych”. W konsekwencji powyższej oceny, Izba doszła do przekonania o konieczności nakazania Zamawiającemu wystosowania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Dla potwierdzenia ww. faktów Odwołujący wniósł o dołączenie do postępowania akt sprawy o sygn. akt KIO 1335/20, w tym wydanego w tej sprawie wyroku wraz z uzasadnieniem.

Odwołujący podkreślił, że doświadczenie z kontraktu w Rejonie Przasnysz zostało zakwestionowane jedynie w części dotyczącej letniego utrzymania dróg.

Odwołujący podał, że wykonując wyrok Izby, Zamawiający pismem z dnia 11 sierpnia 2020 r. wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu z pkt 7.2.3. a) IDW.

W odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący złożył Wykaz usług, w którym przedstawił:

1. względem wymogu związanego z letnim utrzymaniem dróg - doświadczenie udostępnione przez Hucz Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Częstochowie, zdobyte na kontrakcie „Roboty drogowe i utrzymaniowe na terenie administrowanym przez GDDKiA O/Katowice w Lublińcu” (pkt 1 Tabeli).
2. względem wymogu związanego z zimowym utrzymaniem dróg - doświadczenie podmiotu trzeciego PHU U. Z. U. (pkt 2-4 Tabeli).

Odwołujący stwierdził, że ze względu na fakt, że wezwanie Zamawiającego w sposób ogólny odnosiło się do warunku z pkt 7.2.3. lit a) IDW, a nie tylko do letniego utrzymania dróg (co było przedmiotem sprawy o sygn. akt KIO 1335/20) Odwołujący niejako z ostrożności, do przedstawionego we wcześniejszym wykazie usług doświadczenia nabytego na kontrakcie Rejon w Przasnyszu, dodał dodatkowo doświadczenie udostępnione przez PHU U. Z. U. z siedzibą w Makowie Mazowieckim (pkt 2-4 Tabeli).

Jak zauważył Odwołujący, z uzasadnienia wykluczenia wynika, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z uwagi na sposób wykazania warunku udziału z pkt 7.2.3. lit. a) IDW, w zakresie związanym z zimowym utrzymaniem dróg. W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający nie zakwestionował wykazania doświadczenia w zakresie letniego utrzymania dróg. Przeciwnie, Zamawiający dał jasny wyraz temu, że nie jest to podstawą wykluczenia, gdyż w tym zakresie mógłby przyjąć, iż firma Hucz jest podmiotem uzupełnionym względem podmiotu firmy Rector Sp. z o.o. Jak wynika z uzasadnienia wykluczenia, powodem decyzji Zamawiającego było powołanie się na doświadczenie PHU Z. U., a więc doświadczenie dotyczące zimowego, a nie letniego utrzymania dróg. Zdaniem Odwołującego, jasno wynika to ze sformułowania użytego w uzasadnieniu wykluczenia, gdzie wskazano „(...) nawet gdyby przyjąć, iż podmiot firma Hucz Spółka z o.o. jest podmiotem uzupełnionym względem podmiotu firmy Rector Sp. z o.o. (z zobowiązania wynika także realizacja przez cały okres trwania umowy jedynie robot nawierzchniowych) to już w przypadku podmiotu firmy

Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe U. Z. U. (z zobowiązania wynika realizacja zadania w zakresie zwalczania śliskości dróg przez cały okres trwania umowy) - mamy do czynienia z zupełnie „nowym podmiotem” wprowadzonym de facto w późniejszym terminie. W momencie złożenia zarówno „zobowiązanie” jak i inne niezbędne dokumenty podmiotu trzeciego w zakresie rzeczywistego wykazania dysponowania potencjałem, na który powołuje się Wykonawca przy realizacji zamówienia (usługi zimowego utrzymania dróg) nie zostało złożone przez Wykonawcę wraz z ofertą - nie istniało”.

Ujmując syntetycznie powód wykluczenia Odwołującego z postępowania, Odwołujący podał, że jak wynika z uzasadnienia wykluczenia, powodem tym jest przyjęcie przez Zamawiającego, że Odwołujący po terminie składania ofert powołał się na niezgłoszony wcześniej podmiot trzeci w zakresie wykazania doświadczenia związanego z zimowym utrzymaniem dróg.

Odwołujący stwierdził, że powyższa okoliczność nie może stanowić podstawy wykluczenia, gdyż Odwołujący w całości spełnił warunek z pkt 7.2.3. a) IDW. I tak:

W zakresie letniego utrzymania dróg:

Na wypadek, gdyby Zamawiający na etapie rozprawy twierdził, iż kwestie związane z doświadczeniem wymaganym w zakresie letniego utrzymania dróg miały także stanowić podstawę wykluczenia, Odwołujący z daleko posuniętej ostrożności wskazał, co następuje:

’ W odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust 3 ustawy Pzp Odwołujący powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego. Doświadczeniem tym Odwołujący potwierdził spełnianie warunku z pkt 7.2.3. lit a) pkt 1.1 tiret pierwszy IDW.

Odwołujący na etapie składania oferty powołał się na zasoby podmiotu trzeciego - doświadczenie Rector Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Okoliczność, iż na etapie uzupełnienia dokumentów na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący na ówczesny moment zdecydował się w Wykazie usług przedstawić doświadczenie własne, nie powoduje, w ocenie Odwołującego, że Odwołujący stracił prawo do posiłkowania się na dalszym etapie uzupełniania dokumentów doświadczeniem podmiotu trzeciego dla wykazania warunków udziału w postępowaniu. Stwierdzenie Zamawiającego, iż celem wykazania doświadczenia Odwołujący „wskazał ostatecznie zadania własne” pozostaje, zdaniem Odwołującego, bez znaczenia. Jak zaznaczył Odwołujący, wykonawca, który od początku powołał się przed Zamawiającym na potencjał podmiotu trzeciego, nie traci prawa do posługiwania się tym

potencjałem tylko z uwagi na fakt, że uzupełniając dokumenty w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zdecydował się na przedstawienie na tym etapie postępowania, jedynie doświadczenia własnego.

Odwołujący podkreślił, że w zakresie wymaganego doświadczenia dotyczącego letniego utrzymania drogi Odwołujący powołał się już przy ofercie na doświadczenie podmiotu trzeciego.

Odwołujący podał, że na skutek wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1335/20 rozumienie warunku udziału w postępowaniu w części dotyczącej letniego utrzymania dróg uległo diametralnej zmianie. Uzupełniając dokumenty na wezwanie z art 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący musiał brać pod uwagę, iż ten zakres warunku udziału w postępowaniu nie może być już rozumiany tak, jak wcześniej przyjmował to Zamawiający, a więc, że wystarczającym było wykazanie się jakimkolwiek czynnościami wchodzącymi w zakres utrzymania barier drogowych. Dopiero po wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 1335/20, w uzasadnieniu którego Izba wskazała, jak należy rozumieć utrzymanie barier drogowych, Odwołujący posiadał wiedzę, iż nie może polegać już na doświadczeniu własnym, ani nie może skutecznie powoływać się na doświadczenie Rector Sp. z o.o. Uzupełniając dokumenty na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący musiał przedstawić doświadczenie odpowiadające wykładni warunku udziału w postępowaniu dokonanej przez Izbę w ww. sprawie. Mając na uwadze, iż doświadczenie firmy Rector Sp. z o.o. nie potwierdzałoby warunku udziału w postępowaniu w zakresie letniego utrzymania dróg, Odwołujący skorzystał z prawa do zamiany tego podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci - firmę Hucz Sp. z o.o. Odwołujący wyraził przekonanie, że jego działanie znajdowało oparcie w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Jak zaznaczył Odwołujący, w tym zakresie nie doszło do modyfikacji pierwotnego oświadczenia Odwołującego, tj. oświadczenia o poleganiu na potencjale podmiotu trzeciego. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, tezy wynikające z przywołanego orzeczenia w sprawie Esaprojekt nie mają w tym przypadku zastosowania.

Odwołujący podkreślił, że w związku z wyrokiem KIO o sygn. akt KIO 1335/20 Odwołujący musiał przedstawić doświadczenie w zakresie letniego utrzymania dróg obejmujące utrzymanie barier drogowych w rozumieniu, jakie zostało podane przez Izbę. Odwołujący zwrócił uwagę, że zakres udziału firmy Hucz Sp. z o.o. wskazany w zobowiązaniu dotyczący robót nawierzchniowych odnosi się do utrzymania barier drogowych. Odwołujący stwierdził, że oświadczenie woli, w tym przypadku zobowiązanie Hucz Sp. z o.o., zostało złożone w konkretnych okolicznościach wynikających z ww. sprawy

i powinno być wykładane w związku z tymi okolicznościami (art. 65 § 1 Kc). Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie miał wątpliwości, iż obejmuje ono także utrzymanie barier drogowych – Zamawiający nie kierował w tym zakresie do Odwołującego wezwania, nie zakwestionował też tego w uzasadnieniu wykluczenia.

Zdaniem Odwołującego, bez znaczenia dla możliwości potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu doświadczeniem firmy Hucz Sp. z o.o. pozostają kwestie związane z zakresem podwykonawstwa wskazanym w treści oferty. Odwołujący wskazał, że podwykonawstwo stanowi element informacyjny, co potwierdza orzecznictwo Izby. Ponadto, jak zauważył Odwołujący, utrzymanie barier drogowych wchodzi w zakres robót nawierzchniowych wskazanych w treści oferty. W ocenie Odwołującego, nawet gdyby przyjąć, że miałyby tu dojść do poszerzenia zakresu podwykonawstwa, to i tak nie stanowi to podstawy do wykluczenia z postępowania czy odrzucenia oferty. Odwołujący podał, że w orzecznictwie Izby wskazuje się, że „Oświadczenie o udziale podwykonawcy w realizacji części umowy jest powiązane z potrzebą wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a zatem odnosi się do oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, a nie treści oferty stanowiącej odpowiedź na potrzeby Zamawiającego. Takie rozróżnienie jest niezbędne, w szczególności jeżeli uwzględni się zmiany wprowadzone w Ustawie dotyczące sposobu weryfikacji oferty najwyższej ocenionej, co obecnie może poprzedzać wezwanie do zastąpienia zasobu podmiotu trzeciego innym, spełniającym warunki udziału w postępowaniu (art 22a ust 6 p.z.p.). Taka zmiana prowadzić musi zatem do modyfikacji oświadczenia złożonego pierwotnie w ofercie co do udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu części zamówienia w części do której realizacji potrzebne są zdolności podmiotu trzeciego. Powyższe wskazuje zatem, iż oświadczenia dotyczącego udziału podmiotu trzeciego mogą ulegać korekcie w toku badania spełniania warunku udziału w postępowaniu, czego nie należy utożsamiać z prowadzeniem negocjacji zmierzających do ustalenia nowej treści oferty” - wyrok KIO z 22 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1618/17.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że na etapie wezwania z art 26 ust. 3 ustawy Pzp miał prawo do zastąpienia podmiotu trzeciego i powołania się na doświadczenie firmy Hucz Sp. z o.o.

W zakresie zimowego utrzymania dróg:

Odwołujący podał, że posiada własne doświadczenie zgodne z treścią warunku - jest to doświadczenie nabyte na kontrakcie Rejon w Przasnyszu. Zdaniem Odwołującego,

okoliczność, iż wskutek odwołania ze sprawy o sygn. akt KIO 1335/20 uznano, że kontrakt ten nie potwierdza doświadczenia w zakresie letniego utrzymania dróg (z uwagi na kwestie związane z utrzymaniem barier drogowych) nie oznacza, iż podana w Wykazie usług inwestycja w całości przestała mieć znaczenie prawne, a tym samym, że nie potwierdza doświadczenia wymaganego w zakresie zimowego utrzymania dróg. Odwołujący podkreślił, że to, że wskutek sprawy o sygn. akt KIO 1335/20 Izba uznała, iż ww. zadanie nie potwierdzało spełnienia warunku usługą kompleksową obejmującą zimowe i letnie utrzymanie dróg (z uwagi na zakwestionowanie części obejmującej wyłącznie letnie utrzymanie dróg) nie oznacza, iż zdobyte w ramach tego kontraktu doświadczenie dotyczące zimowego utrzymania dróg przestało istnieć i przestało mieć znaczenie.

Odwołujący podniósł, że podał ww. zadanie w Wykazie usług i Zamawiający powinien wziąć je pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący składając drugi Wykaz usług dodał jedynie, jako dodatkowe i niejako z ostrożności, doświadczenie podmiotu trzeciego, obok wcześniej już podanego doświadczenia z kontraktu na Rejonie w Przasnyszu. Odwołujący zaznaczył, że nie wycofał doświadczenia z Rejonu w Przasnyszu. Jak wskazał Odwołujący, w świetle art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art 61 § 1 Kc, wykonawca nie miałby nawet możliwości cofnięcia oświadczenia o powołaniu się na doświadczenie nabyte na Rejonie w Przasnyszu. W ocenie Odwołującego, Zamawiający winien ocenić, czy doświadczenie nabyte w ramach tego kontraktu potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zimowego utrzymania dróg, nie traktować je jako niebyłe i niepodlegające ocenie.

Jak wskazał Odwołujący, z brzmienia pkt 7.2.3. lit. a) IDW wynika, że Zamawiający dopuścił możliwość wykazania warunku:

1. doświadczeniem zdobytym w ramach usług jednostkowych (usługa dotycząca zimowego utrzymania dróg; usługa dotycząca letniego utrzymania dróg)
2. doświadczeniem zdobytym w ramach usługi kompleksowej (usługa obejmująca zimowe i letnie utrzymanie dróg).

Jednocześnie Zamawiający .posłużył się spójnikiem „lub”, a więc dopuścił alternatywę nierozłączną pozwalającą na wybranie pierwszego sposobu (posłużenie się usługami jednostkowymi), drugiego sposobu (posłużenie się usługą kompleksową), albo posłużenie się dwoma tymi sposobami naraz. Odwołujący wskazał, że z opisu warunku udziału w postępowaniu wynika, iż usługą kompleksową można było posłużyć się dla potwierdzenia

warunku dotyczącego usługi jednostkowej, w tym przypadku dla potwierdzenia warunku z pkt 7 pkt 3 lit. a) pkt 1.1. tiret drugi.

W ocenie Odwołującego, w tym stanie rzeczy fakt, że Rejon w Przasnyszu został zakwestionowany, jako usługa kompleksowa obejmująca letnie utrzymanie dróg, nie powoduje, iż usługa ta nie może służyć potwierdzeniu spełniania warunku udziału polegającego na wykazaniu doświadczenia w realizacji „1 usługi* polegającej na zimowym utrzymaniu dróg klasy co najmniej G o wartości tej usługi co najmniej 2.000.000,00 zł brutto”. Zdaniem Odwołującego, przyjęcie odmiennej interpretacji nie dałoby się pogodzić z wymogiem proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu oraz z zasadami określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jak zauważył Odwołujący, doświadczenie w zimowym utrzymaniu dróg zdobyte w ramach kontraktu kompleksowego nie jest w żadnym razie doświadczeniem gorszym, czy dającym mniejszą gwarancję należytej realizacji zamówienia.

Odwołujący zaznaczył, że analiza IDW prowadzi do wniosku, że Zamawiający wprost dopuścił posługiwanie się doświadczeniem zdobytym w ramach usługi kompleksowej dla wykazania doświadczenia opisanego w pkt 7.2.3. lit a) pkt 1.1. IDW. Pod zwrotem „UWAGA” Zamawiający wskazał, że usługi mogą być wykonywane w ramach jednego zamówienia długoterminowego rozliczanego etapami, np. w ramach wieloletniej umowy obejmującej:

- sezonowo usługę zimowego utrzymania dróg,
- sezonowo usługę letniego utrzymania dróg,
- sezonowo usługę zimowego i letniego utrzymania dróg.

określonej jako „etap”, który rozliczany jest odrębnie. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, każdy z etapów należy rozumieć jako 1 usługę o ile wartość i przedmiot danej usługi odpowiada opisanemu warunkowi.

Odwołujący podał, że w ramach kontraktu na Rejonie w Przasnyszu element dotyczący zimowego utrzymania dróg rozliczany jest odrębnie. Wartość i przedmiot zimowego utrzymania dróg odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu. W konsekwencji, doświadczenie z Rejonu w Przasnyszu potwierdza wszystkie wymagania dotyczące doświadczenia w zakresie zimowego utrzymania dróg. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, okoliczność, iż Odwołujący niejako z ostrożności powołał się na etapie

wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp na doświadczenie podmiotu trzeciego, pozostaje bez znaczenia, bowiem Odwołujący samodzielnie posiada doświadczenie własne spełniające wymagania zawarte w treści warunku. W ocenie Odwołującego, jeżeli Zamawiający uznał, iż na tym etapie nie jest możliwe „wprowadzenie” nowego podmiotu dla wykazania doświadczenia w zakresie zimowego utrzymania dróg, to złożone przez Odwołującego dokumenty dotyczące nowego podmiotu trzeciego powinien pominąć i ograniczyć badanie do oceny, czy doświadczenie wykazane na Rejonie w Przasnyszu, jako doświadczenie własne Odwołującego, jest wystarczające do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący stwierdził, że dopiero w sytuacji, gdyby Zamawiający uznał, iż doświadczenie to nie odpowiada warunkowi, mógłby podjąć decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający zaniechał tego badania błędnie przyjmując, iż doświadczenie własne Odwołującego zostało w całości zakwestionowane w sprawie o sygn. akt KIO 1335/20. Odwołujący podkreślił, że w tej sprawie zakwestionowane zostało tylko doświadczenie dotyczące letniego utrzymania dróg.

Odwołujący zwrócił uwagę, że jak wynika z uzasadnienia wykluczenia, Zamawiający skupił się jedynie na kwestii formalnej, dotyczącej nowo wskazanego podmiotu trzeciego, pomijając w całości kwestie kluczowe i merytoryczne, tj. dotyczące tego, że doświadczenie własne Odwołującego jest wystarczające na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zimowego utrzymania dróg. W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający w żadnym miejscu nie wskazał merytorycznej argumentacji, z której wynikałoby, że doświadczenie nabyte przez Odwołującego na kontrakcie Rejon w Przasnyszu jest nieodpowiednie dla potwierdzenia doświadczenia dotyczącego zimowego utrzymania dróg. Z powyższego wynika, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający w ogóle nie przeprowadził merytorycznej oceny doświadczenia nabytego na Rejonie w Przasnyszu.

Odwołujący podniósł, że argumentacja Zamawiającego dotycząca stosowania art. 22a ust. 6 ustawy Pzp pozostaje w całości bez znaczenia dla sprawy i nie może skutkować wykluczeniem Odwołującego z postępowania i uznaniem oferty Odwołującego za odrzuconą. Odwołujący zaznaczył, że w sytuacji, gdy Odwołujący wykazał własne doświadczenie w zakresie zimowego utrzymania dróg, to złożenie dodatkowego zobowiązania podmiotu trzeciego pozostaje bez znaczenia. Jak zauważył Odwołujący, dokumenty złożone w wyniku wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie mogły zmienić ani cofnąć oświadczenia Odwołującego o samodzielnym posiadaniu doświadczenia w zimowym utrzymaniu dróg oraz

samodzielnej realizacji tego elementu zamówienia. W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien przeprowadzić ocenę spełniania warunku w oparciu o wskazane przez Odwołującego doświadczenie własne, a nie ograniczyć się do stwierdzenia, że Odwołujący powołał się na dodatkowe doświadczenie podmiotu trzeciego. Odwołujący wskazał, że czynności tych Zamawiający zaniechał, czym naruszył przepisy ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca E. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. E. Zakład Transportowy i Ogólnobudowlany.

W dniu 28 września 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Rozstrzygając przedmiotowy spór Izba miała na uwadze podane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 28 sierpnia 2020 r. podstawy wykluczenia Odwołującego. W piśmie tym Zamawiający uznał, że Odwołujący wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2.3. a) IDW polegał na własnych zdolnościach, zaś uzupełniając dokumenty na wezwanie Zamawiającego Odwołujący wprowadził nowy potencjał, co Zamawiający uznał za niezgodne z przepisami ustawy Pzp.

Treść pisma Zamawiającego wskazuje na okoliczność, że Zamawiający za dopuszczalną uznał zmianę podmiotu Rector Sp. z o.o. na podmiot Hucz Sp. z o.o.

Jednocześnie, za niedopuszczalne Zamawiający uznał wprowadzenie podmiotu Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe U. Z. U. z uwagi na fakt, że w momencie składania oferty zarówno zobowiązanie, jak i inne niezbędne dokumenty podmiotu trzeciego w zakresie rzeczywistego wskazania dysponowania potencjałem, na który się powołuje wykonawca przy realizacji zamówienia, nie istniały. Wymienione powyżej okoliczności Zamawiający uczynił podstawą wykluczenia Odwołującego i te okoliczności, jako objęte czynnością Zamawiającego, Izba mogła objąć zakresem rozpoznania przy ocenie zasadności zarzutów podniesionych przez Odwołującego.

Izba stwierdziła, że zmiana Rector Sp. z o.o. na Hucz Sp. z o.o. była zgodna z przepisami ustawy Pzp. Izba zważyła, że w treści oferty Odwołujący złożył oświadczenie, że zamierza powierzyć podwykonawcy Rector Sp. z o.o. wykonanie części zamówienia w postaci robót nawierzchniowych (pkt 5 Formularza oferty). Ponadto, Odwołujący złożył wraz z ofertą zobowiązanie Rector Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W zobowiązaniu tym Rector Sp. z o.o. oświadczył, że udostępni Odwołującemu zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia określając zakres i okres swojego udziału przy wykonywaniu zamówienia jako roboty nawierzchniowe przez cały okres trwania umowy.

Oświadczenie złożone w ofercie, a także dołączone do oferty dokumenty dotyczące Rector Sp. z o.o. uprawniały Odwołującego do złożenia na dalszym etapie postępowania oświadczenia o zmianie podmiotu trzeciego, na zasobach którego polega Odwołujący. Izba stwierdziła zatem, że w zakresie warunku dotyczącego letniego utrzymania drogi Odwołujący mógł powołać się na doświadczenie Hucz Sp. z o.o., którego zakres i okres udziału przy wykonywaniu zamówienia pokrywa się z okresem i zakresem deklarowanym przez Rector Sp. z o.o. Zmiana ta jest zgodna z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, zmianie tej nie sprzeciwia się także orzeczenie Trybunału w sprawie Esaprojekt (wyrok z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14). Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku Izby z dnia 7 listopada 2019 r., zgodnie z którym w obecnym stanie prawnym nie można wykonawcom odmówić skorzystania z uprawnienia w sposób jednoznaczny uregulowanego w przepisie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, który wyraźnie przewiduje możliwość zastąpienia jednego podmiotu innym podmiotem trzecim, a nawet kilkoma takimi podmiotami, na etapie badania i oceny ofert (sygn. akt KIO 2153/19). Należy zwrócić uwagę, że istotne znaczenie w odniesieniu do procedury udzielania zamówień publicznych ma zasada pewności prawa (patrz: wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 15 kwietnia 2008 r. w sprawie C-268/06; podobnie w wyroku z dnia 16 czerwca 2005 r. w sprawie C-105/03). W jej świetle, nie można

kwestionować stosowania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego instytucji w sposób jednoznaczny uregulowany w przepisach ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła uprawnienia Odwołującego do powołania się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie zimowego utrzymania drogi, jako że w pierwotnej treści oferty Odwołujący nie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego w tym zakresie. Umożliwienie Odwołującemu powołania się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie zimowego utrzymania drogi stałoby w sprzeczności z poglądem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażonym w ww. wyroku w sprawie Esaprojekt.

Bezsporna w przedmiotowej sprawie była okoliczność, że warunek udziału w postępowaniu sformułowany w pkt 7.2.3. a) IDW można interpretować w ten sposób, że dopuszczalne było wykazanie się przez wykonawcę usługami jednostkowymi (polegającymi na letnim oraz zimowym utrzymaniu dróg), usługą kompleksową, lub też wykazanie się przez wykonawcę usługą kompleksową na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego usługi jednostkowej.

Izba uznała, że brak jest przeszkód do wzięcia pod uwagę przy ocenie spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2.3. a) IDW pierwotnego wykazu usług. Okoliczność, że na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący złożył nowy wykaz, nie skutkuje nieważnością oświadczenia złożonego przez Odwołującego w pierwotnym wykazie. Odwołujący nie utracił doświadczenia tam wykazanego.

Izba stwierdziła, że doświadczenie nabyte przez Odwołującego na zadaniu „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie wraz ze wszystkimi jej elementami w podziale na 14 zadań (Rejonów) – Zadanie nr 11 – Rejon w Przasnyszu” zostało zakwestionowane w sprawie toczącej się przed Izbą o sygn. akt KIO 1335/20 w zakresie utrzymania barier drogowych, które stanowi element letniego utrzymania drogi. Orzeczenie to nie może zatem stać się podstawą do uznania, że realizując usługę dla Rejonu w Przasnyszu Odwołujący nie posiadał własnego doświadczenia odpowiadającego warunkowi udziału w postępowaniu w zakresie zimowego utrzymania dróg. Z uwagi na powyższe, Zamawiający powinien poddać analizie oświadczenie Odwołującego złożone w pierwotnym wykazie. W tym zakresie Zamawiający powinien być w posiadaniu informacji o zakresie i wartości zrealizowanych na tym kontrakcie usług. Gdyby jednak Zamawiający

nie dysponował niezbędnymi informacjami, Zamawiający jest uprawniony do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba nie badała czy wskazane przez Odwołującego usługi potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu, jak też nie badała realności złożonych zobowiązań podmiotów trzecich. Analiza tych zagadnień nie została objęta czynnością Zamawiającego, Zamawiający nie uczynił ich podstawą wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, a zatem kwestie te nie mogą być weryfikowane przez Izbę. W zakresie kognicji Izby leży zgodność czynności i zaniechań Zamawiającego z przepisami ustawy Pzp. Z uwagi na powyższe, Izba nie wzięła pod uwagę przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy dokumentów złożonych przez strony i uczestnika postępowania dotyczących przebiegu realizacji usług, na które powołał się Odwołujący i ich zakresu, jak też wykładni oświadczeń woli złożonych w zobowiązaniach podmiotów trzecich.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :