Sygn. akt: KIO 1719/19

WYROK

z dnia 17 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Anna Chudzik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2019 r. przez wykonawcę ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Tramwaje Śląskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Chorzowie oraz Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie, w imieniu których działa: Tramwaje Śląskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Chorzowie
przy udziale wykonawcy Silesia Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Gliwicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 4;

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2.zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 912 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset dwanaście złotych zero groszy) tytułem zwrotu wynagrodzenia pełnomocnika strony w kwocie 3 600 zł 00 gr, kosztów związanych z dojazdem na rozprawę w kwocie 278 zł 00 gr oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw w kwocie 34 zł 00 gr.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Katowicach.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 1719/19

Tramwaje Śląskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Chorzowie działająca w ramach porozumienia zawartego dla przeprowadzenia postępowania dla wspólnych Zamawiających (dalej: „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn.zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp", w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. 3 Maja w Chorzowie" - zadanie nr 4, nr referencyjny: UE/JRP/B/165/2019 (dalej: „Postępowanie").

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 lutego 2019 r. pod numerem 2019/S 038-084534. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ") została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

Pismem z dnia 22 sierpnia 2019 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Silesia Invest Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gliwicach. W dniu 2 września 2019 r. wykonawca ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy działań i zaniechań Zamawiającego, polegających na: zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Silesia Invest Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gliwicach (dalej również jako „Silesia Invest"), dokonaniu czynności wyboru oferty Silesia Invest jako najkorzystniejszej, zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej spośród wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu, ewentualnie zaniechaniu unieważnienia postępowania, jak i ewentualnie dokonaniu nieprawidłowego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Silesia Invest z Postępowania mimo, że wykonawca ten, w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów w przedmiocie wykazania spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia, wystosowanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przedstawił zobowiązania do użyczenia mu zasobów, pochodzące od różnych podmiotów na spełnienie tego samego warunku, przy czym żaden z tych podmiotów nie spełnia tego warunku samodzielnie, podczas gdy w przypadku wymogu w zakresie doświadczenia (w postaci realizacji przynajmniej dwóch zamówień określonego rodzaju), nie sposób uznać, że wymóg ten jest spełniony, gdy wykonawca powołuje się na doświadczenia kilku różnych podmiotów, z których żaden nie posiada wymaganego doświadczenia, a posiada ewentualnie jedynie doświadczenie „cząstkowe" (w zakresie jednego zadania),

2) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Silesia Invest z

Postępowania pomimo, że wykonawca ten w wyniku wezwania nie dokonał prawidłowego uzupełnienia, a to m.in. z tego powodu, że w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia wykonawca dokonał „wielokrotnego" uzupełnienia, jak i mając na uwadze fakt, że przedłożone przez Silesia Invest dokumenty - w odniesieniu do KZN Rail - były wadliwe (co powodowało kolejne ich uzupełnienie),

3) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Silesia

Invest z Postępowania mimo faktu, że wykonawca ten w wyniku wezwania do uzupełnienia wystosowanym w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie dokonał prawidłowego uzupełnienia, bowiem z dokumentów przedłożonych jako uzupełnienie, nie wynika, aby na datę otwarcia ofert wykonawca dysponował doświadczeniem, jakie przedstawił w ramach uzupełnienia swojej oferty na wezwanie Zamawiającego,

4) art. 24 ust. 8 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy

Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Silesia Invest z

Postępowania, mimo faktu, że wykonawca ten, po wyroku KIO (który wskazywał na sposób rozumienia warunku udziału w postępowaniu w inny sposób niż prezentował to w toku postępowania przed KIO Zamawiający i Silesia Invest) nie przeprowadził procedury „samooczyszczenia" w odniesieniu do drugiego zadania DABUD (zadania w Krakowie), a tym samym nie skorzystał z procedury umożliwiającej mu uniknięcie wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, który powinien w związku z tym zostać zastosowany przez Zamawiającego,

5) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 63 ustęp drugi dyrektywy

2014/24/UE przez zaniechanie wykluczenia Silesia Invest z postępowania pomimo, że wykonawca ten dokonał nieuprawnionej zmiany oferty, gdyż w wyniku uzupełnienia oferty wykonawca Silesia Invest powołał się na doświadczenie podmiotów, które nie były przewidziane w pierwotnej treści oferty, co z kolei powoduje, że wykonawca ten nie może powoływać się na takie doświadczenie, a tym samym winien zostać wykluczony z udziału w Postępowaniu z powodu niespełnienia warunku.

Na wypadek, gdyby Izba uznała, że żaden z powyższych zarzutów nie zasługuje na uwzględnienie, z ostrożności procesowej, Odwołujący jako zarzut ewentualny wskazał naruszenie:

6) art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp przez wystąpienie przypadku niemożliwej do usunięcia wady, która to uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Następnie na wypadek gdyby Izba uznała, że także zarzut nr 6 nie zasługuje na uwzględnienie, z bardzo daleko posuniętej ostrożności procesowej, Odwołujący podniósł kolejny zarzut ewentualny, tj. zarzut naruszenia:

7) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez skierowanie do Silesia Invest nieprawidłowego wezwania z dnia 18 lipca 2019 r.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o:

1) merytoryczne rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie,

2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania,

3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i badania ofert oraz czynności polegającej na wyborze oferty Silesia Invest jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,

4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny i badania ofert i wykluczenia Silesia Invest z Postępowania (w konsekwencji odrzucenia jej oferty),

- alternatywnie, w przypadku nieuznania żadnego z zarzutów nr 1 - nr 5, w miejsce „wykluczenia Silesia Invest z Postępowania (w konsekwencji odrzucenia jej oferty)" - unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia,

- alternatywnie w przypadku nieuznania także zarzutu nr 6 w miejsce „unieważnienia postępowania (...)" - „nakazanie Zamawiającemu dokonanie Silesia Invest wezwania w trybie art. 26 ust. 3 PZP" w sposób opisany w uzasadnieniu odwołania,

5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż z rozdziałem V, pkt. II ppkt 2 lit. a tiret pierwszy SIWZ o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy legitymują się odpowiednim doświadczeniem m.in. w postaci zrealizowania w ostatnich 5-ciu latach przed upływem terminu składania ofert „co najmniej dwóch zamówień polegających na przebudowie lub budowie torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypkowej o długości min. 1000 mtp każde." Na wykazanie spełnienia warunku w postaci doświadczenia co do wykonania co najmniej dwóch zamówień polegających na przebudowie lub budowie torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypkowej o długości min. 1000 mtp każde, wykonawca Silesia Invest w ofercie powołał się na zasoby udzielone przez PPHU DABUD sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie (dalej: „DABUD"), która w swoim zobowiązaniu z dnia 8 kwietnia 2019 r., oddała Silesia Invest m.in. zasoby dotyczące doświadczenia w zakresie wykonania zamówień polegających na przebudowie lub budowie torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypkowej o długości min. 1000 mtp każda wskazując w tym zakresie, że DABUD wykonał dwa zadania, tj. zadanie:

1) „Modernizacja połączenia tramwajowego Katowic z Mysłowicami i Sosnowcem, dobudowa drugiego toru na połączeniu z Sosnowcem (zadanie nr 20), 2. Modernizacja linii tramwajowej w Sosnowcu na ul. Małachowskiego - odcinek od Ronda im. Gierka do ul. Mościckiego (zadanie nr 26), 3. Modernizacja torowiska w Sosnowcu na ul. }. Piłsudzkiego oraz na skrzyżowaniu z ul Jana Sobieskiego (zadanie nr 27), 4. Modernizacja torowiska wbudowanego w jezdnię ul Jana Sobieskiego w Sosnowcu od połączenia torowego do granic miasta z Katowicami (wraz z dobudową drugiego toru). Przebudowa sieci trakcyjnej (zadanie 27a)" (dalej: „zadanie w Sosnowcu") gdzie wedle oświadczenia nastąpiło wykonanie budowy torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypkowej o długości min. 1000 mtp,

2) pn. „Przebudowa Linii Tramwajowej na odcinku Rondo Mogilskie - Al Jana Pawła II - Płac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie" (dalej: „zadanie w Krakowie"), gdzie wedle oświadczenia nastąpiło wykonanie przebudowy torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypkowej o długości min. 1000 mtp.

Zamawiający przyjął takie oświadczenie Silesia Invest i dokonał wyboru oferty tego podmiotu jako najkorzystniejszej w Postępowaniu. Ze stanowiskiem tym nie zgodził się Odwołujący, który skierował do KIO odwołanie na czynności i zaniechania czynności Zamawiającego, wykazując przede wszystkim, że w ramach zadania w Sosnowcu DABUD nie wykonał prac wymaganych SIWZ, a tym samym nie mógł użyczyć odpowiednich referencji Silesia Invest. Odwołujący wskazywał także na zasadność wykluczenia Silesia Invest z powodu podania nieprawdziwych informacji - wskazywał bowiem, że prace na zadaniu w Sosnowcu zostały zlecone firmie DABUD przez SKANSKA, w której to imieniu (SKANSKA) działał Pan J.S., obecny prezes zarządu Silesia Invest. W konsekwencji Silesia Invest, w imieniu której działa Pan S., musiała wiedzieć jaki zakres prac był podzlecony DABUD, a tym samym, że podmiot ten nie posiadał doświadczenia, które mógłby użyczyć na rzecz Silesia Invest. W toku postępowania przed KIO Zamawiający i Silesia Invest, który przystąpił po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego zgodnie twierdzili, że przez „torowisko tramwajowe w technologii bezpodsypkowej" należy rozumieć jedynie jedną z warstw torowiska, mianowicie ułożenie szyn wraz z pracami towarzyszącymi. Wskazywali, że właśnie w taki sposób rozumieli przedmiotowy wymóg (nie jak wykonanie całego torowiska, bez warstw „dolnych", a jedynie jednej z jego części - samego ułożenia szyn). Izba oddaliła jednak zarzut związany z podaniem nieprawdy. W wyroku z dnia 27 czerwca 2019 r. sygn. KIO 1067/19 Izba uwzględniła zarzut ewentualny odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie dotychczas dokonanego wyboru, powtórzenie czynności badania ofert, a w jej ramach wezwanie Silesia Invest w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do „wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wskazanego w rozdziale V, pkt II, ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ." Zamawiający zwrócił się dnia 18 lipca 2019 r. do Silesia Invest z wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W odpowiedzi na wezwanie Silesia Invest w dniu 23 lipca 2019 r. przedłożyła zobowiązania z datą 19 lipca 2019 r. pochodzące od 3 podmiotów, tj. KZN Rail sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Z.K. działającego pod firmą Przedsiębiorstwo Tor-Kar-Sson Z.K. oraz Tor-Kar-Sson sp. z o.o. sp.k., przy czym każdy z tych podmiotów zapewnił Silesia Invest po jednej referencji (jednym zadaniu): KZN - zadanie w Olsztynie, Z.K. - zadanie w Grudziądzu, Tor-Kar-Sson sp. z o.o. sp.k. - zadanie w Warszawie.

Następnie, uzasadniając pierwszy z zarzutów, Odwołujący wskazał, iż na podstawie uzupełnionych dokumentów nastąpił wybór oferty Silesia Invest, co z uwagi na naruszenie przepisów ustawy Pzp nie powinno było mieć miejsca. W przypadku bowiem wymagania od wykonawcy by ten posiadał doświadczenie w wykonaniu przynajmniej 2 zadań określonego rodzaju (budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypkowej o długości min. 1.000 mtp każdy) - jedynym przypadkiem, gdy wykonawca taki warunek spełnia jest albo „własnoręczne" wykonanie takich dwóch inwestycji, ewentualnie powołanie się na

zasoby (w postaci doświadczenia) jednego podmiotu, który wykonałby oba zamówienia i w tym zakresie zapewnił wykonawcy stosowne doświadczenie. W innym przypadku wykonawca korzysta z „cząstkowych" doświadczeń dwóch podmiotów, którzy sami nie posiadają stosownego doświadczenia, a więc nie spełniają warunku.

Warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia obejmujący wykonanie minimum dwóch robót budowlanych jest warunkiem o tyle szczególnym, że nie sposób logicznie dokonać sumowania doświadczenia dwóch osobnych podmiotów - każdy z nich wykonał bowiem tylko jedno wymagane zadanie i w związku z tym nie ma on wymaganego „poziomu" doświadczenia, które może przekazać wykonawcy, natomiast wykonawcy ma być przekazane odpowiednie, wymagane doświadczenie, a nie jakiekolwiek.

Żaden z podmiotów „użyczających" doświadczenie na rzecz wykonawcy nie posiada wymaganego poziomu doświadczenia, a w konsekwencji żaden z nich, ani wspólnie, nie są w stanie przekazać wykonawcy doświadczenia, jakie jest wymagane w SIWZ. Użyczenie przez każdego z nich po 1 zadaniu, nie oznacza, że wykonawca ma doświadczenie w wykonaniu przynajmniej 2 zadań. Dwa podmioty, które wykonały po 1 zadaniu o długości 1.000 mtp nie mają sumarycznie doświadczenia, które może być nabyte tylko wówczas, gdy przez jednego wykonawcę zostaną wykonane przynajmniej 2 zadania o długości 1.000 mtp każde. Nie sposób bowiem nie zauważyć, że doświadczenie jest nabywane jako proces - aby nabyć doświadczenie związane z realizacją drugiego z zadań - dany podmiot musi uprzednio wykonać pierwsze zadanie. Dopiero w trakcie wykonywania drugiego może porównać swoje zachowania z czasu realizacji pierwszego, uzyskując w ten sposób lepszą wiedzę odnośnie realizacji zadań o określonym stopniu skomplikowania. Wykonawca, który korzysta z doświadczenia dwóch podmiotów, które wykonały po jednym zadaniu w żadnym wypadku nie będzie na równi z wykonawcą, który korzysta z doświadczenia jednego podmiotu który wykonał dwa zamówienia. Tylko bowiem w tym drugim przypadku wykonawca będzie mógł oprzeć się o doświadczenie podmiotu, który już zweryfikował swoje wcześniejsze doświadczenie i który pokazał, że właściwe wykonanie zamówienia nie było przypadkiem, ale rzeczywiście posiada on właściwe umiejętności pozwalające mu na należyte wykonanie zamówienia publicznego (dającego rękojmię działania, które nie spowoduje zmarnowania środków publicznych).

Odwołujący zauważył, iż zgodnie z Rozdziałem V, pkt III ppkt 5 SIWZ możliwe jest poleganie na doświadczeniu podmiotów trzecich jedynie jeżeli wykonają oni „roboty budowlane, do realizacji których zdolności te są wymagane". Wynika z tego, że stanowiące przedmiot zamówienia prace polegające na wykonaniu 3.364 mtp toru nie mogą być wykonywane przez jakikolwiek podmiot, tylko taki, który wykonał przynajmniej 2 zamówienia, każde po 1.000 mtp. Podmiot z mniejszym doświadczeniem, który ma np. doświadczenie w zakresie tylko jednego zadania na 1.000 mtp takich prac nie wykona, ponieważ nie ma właściwego doświadczenia do prowadzenia tak dużych inwestycji, a zgodnie z SIWZ ma zostać zaangażowany do realizacji tych prac jako podwykonawca. W konsekwencji nie sposób uznać, by wykonawca Silesia Invest spełniał warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V, pkt II, ppkt 2 lit. a tiret pierwszy SIWZ, a zatem powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący wskazał na wyrok SO w Szczecinie z dnia 12 listopada 2014 r., sygn. VIII Ga 327/14 oraz wyrok Izby z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. KIO 2169/16, a także stwierdził, że można też przywołać w tym zakresie orzeczenie TSUE w sprawie Esaprojekt, chociaż jest oparte na dyrektywie z 2004 r. a nie obecnie obowiązującej.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że każdy z wykonawców, którzy składali oferty w tym postępowaniu rozumieli tak samo ten wymóg, a więc, że celem wykazania spełnienia warunku związanego z torowiskiem konieczne jest wykazanie, że albo samodzielnie się takie prace wykonało, albo powołanie się tylko na jeden podmiot, który takie dwa zamówienia zrealizował. Wymóg ten identycznie zatem rozumiało wszystkich 5 oferentów, w tym także wykonawca Silesia Invest, który w pierwotnie złożonej ofercie wskazał dwa zamówienia zrealizowane przez DABUD.

Uzasadniając drugi zarzut, Odwołujący podniósł, iż wykonawca Silesia Invest wykazał wymagane doświadczenie w zakresie pkt V, pkt II, ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ przez podanie 3 „referencji" pochodzących od 3 różnych podmiotów wraz z szeregiem dokumentów, jakie są związane z przypadkiem, gdy wykonawca zamierza polegać na zasobach innego podmiotu. Jeden z tych podmiotów, tj. KZN Rail nie został uznany przez Zamawiającego za prawidłowy. W tym przypadku Zamawiający stworzył dwie wersje tego samego pisma z tej samej daty i z tym samym numerem dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej - jedno skierował do Silesia Invest, drugie, skierował do innych wykonawców (w piśmie kierowanym do Silesia Invest opisał czemu nie bierze pod uwagę referencji pochodzących od podmiotu KZN Rail, a w drugiej wersji tego pisma informacji takiej nie było.

Zdaniem Odwołującego doszło do wielokrotnego uzupełnienia przez Silesia Invest jej oferty na wezwanie wystosowane w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp. Dokonał on uzupełnienia nie w sposób pozwalający Zamawiającemu ustalić, jakie referencje należy wziąć pod uwagę celem spełnienia tego, czego żądał Zamawiający, ale w taki sposób, że przedstawił wiele referencji, a Zamawiający niejako powinien sobie wybrać te, które mu odpowiadają na potrzeby niniejszego postępowania.

Odwołujący wskazał, że referencje KZN Rail, podane jako pierwsze w uzupełnieniu, nie znalazły uznania w oczach Zamawiającego, przy czym uzasadnił to w ten sposób, że: nie musiał ich brać od uwagę, gdyż wystarczające były już 2 dalsze referencje pochodzące od Z.K. i Tor-Kar-Sson sp. z o.o. sp.k. Zdaniem Odwołującego tłumaczenie to jest nieprawidłowe, gdyż w ten sposób Zamawiający mógłby powiedzieć, że ocenia tylko jedną referencję (np. od Pana K.), ponieważ uznawał, że także druga referencja pochodząca od DABUD tj. dotycząca zadania w Krakowie jest prawidłowa. Zasoby pochodzące od KZN Rail nie mogą być brane pod uwagę, gdyż Silesia Invest w nieprawidłowy sposób dokonał uzupełnienia - nie dostarczył bowiem wraz z uzupełnieniem wszystkich wymaganych KRK, a ponadto wszystkie dokumenty zostały podpisane podpisem elektronicznym z algorytmem SHA1., nadto później ponownie dokonała uzupełnienia, co wskazuje, że nastąpiło obejście regulacji związanej z instytucją uzupełnienia przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i powszechnie uznawanym wymogiem, aby do wezwania dochodziło jednokrotnie, tj. aby wykonawca miał możliwość jednokrotnego uzupełnienia złożonej oferty. W takiej bowiem sytuacji mamy do czynienia z tym, że Zamawiający „pozwala" wykonawcy na wielokrotne uzupełnienie - w sytuacji bowiem, gdy jedna z referencji byłaby nieprawidłowa (jak zresztą się w niniejszej sprawie okazało), Zamawiający „przechodzi" do kolejnej, ustalając czy w ten sposób nastąpiło spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Dochodzi zatem do wielokrotnego uzupełnienia oferty - samodzielnie przez samego wykonawcę (gdy składa on więcej referencji na wypadek, gdyby jedna z nich okazała się nieprawidłowa), co nie jest dopuszczalne.

Powyższe pokazuje, zdaniem Odwołującego, że zarzut nr 2 jest zasadny. Dokumenty złożone w wyniku uzupełnienia powinny pozwalać Zamawiającemu ustalić, że spełniony jest warunek (bez dalszego uzupełniania oferty w tym zakresie), jak i niedopuszczalne jest, aby wykonawca mógł w wyniku otrzymania wezwania wielokrotnie uzupełnić swoją ofertę w ten sposób, że przedstawi więcej zobowiązań na wypadek gdyby któraś z nich okazała się nieprawidłowa. Prowadzi to bowiem do przypadku wielokrotnego uzupełniania niedopuszczalne jest aby w sytuacji, gdy Zamawiający nie uzna referencji podanej pod pkt 1 uzupełnienia, to winien przejść do kolejnej. Już przedstawienie nieprawidłowych, chociażby niekompletnych dokumentów winno prowadzić do wniosku, że nastąpiło nieprawidłowe uzupełnienie, a wykonawca powinien w związku z tym być wykluczony z udziału w Postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutu nr 3 Odwołujący podał, iż w przypadku uzupełnienia wykonawca musi wykazać, że posiadał określone zasoby (znajdował się w określonej sytuacji) już w dacie składania ofert. W innym przypadku wystąpiłoby nierówne traktowanie wykonawców, bowiem aprobowana byłaby sytuacja, że jeden z wykonawców nie musi spełniać wymogów w dacie składania ofert (mimo oświadczenia generalnego, że warunki takie na tą datę spełnia). Tymczasem z dokumentów przedstawionych przez Silesia Invest w wyniku uzupełnienia z dnia 23 lipca 2019 r. w żaden sposób nie wynika, aby Silesia Invest posiadała stosowne referencje w dacie otwarcia ofert. W żadnym z zobowiązań nie ma stosownego oświadczenia pochodzącego od podmiotu użyczającego zasoby. Zamiast tego jest zobowiązanie pochodzące z określonej daty (19 lipca 2019 r.). Nadto w ofercie (pkt 7 i 8) są wskazane jedynie 2 podmioty, na których zasobach wykonawca Silesia Invest będzie polegał w ramach Postępowania, przy czym w odniesieniu do robót dotyczących torowiska tramwajowego wskazał jedynie DABUD. Tym samym w ofercie nie było podanych podmiotów, których zobowiązania zostały obecnie przedłożone. Z dokumentów złożonych w wyniku wezwania do uzupełnienia, które pochodziły z daty po dniu wezwania, powinno natomiast w sposób niebudzący wątpliwości wynikać, że wykonawca dysponował wymaganym doświadczeniem już w dacie składania ofert. W niniejszej sprawie tego brak. W zobowiązaniach pochodzących od któregokolwiek z podmiotów trzecich nie ma mowy o tym, aby zobowiązanie to było aktualne na dzień składania ofert, są to jedynie zobowiązania przedstawione na określony dzień. Tym samym wykonawca Silesia Invest nie wykazał, że posiadał stosowne doświadczenie w dacie otwarcia ofert, co powoduje konieczność wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący wskazał na komentarz do art. 26 ustawy Pzp, autorstwa M. Sieradzkiej, (Warszawa 2018 r.). Odwołujący dodał, iż Silesia Invest przedstawiła w uzupełnieniu zobowiązania pochodzące od podmiotu, który sam brał udział w Postępowaniu, składając własną ofertę (Tor-Kar-Sson sp. z o.o. sp. k.), a druga referencja jest od „właściciela" ww. podmiotu - tj. od Pana K., który prowadzi swoją działalność gospodarczą pod firmą Tor-Kar- Sson.

W uzasadnieniu czwartego zarzutu Odwołujący wskazał, że na etapie poprzedniego

postępowania przed KIO, zarówno Zamawiający, jak i Silesia Invest prezentowali stanowisko, że ułożenie tylko jednej warstwy torowiska, a więc częściowe wykonanie torowiska w postaci ułożenia szyn, jest wystarczające do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Po wyroku KIO wiedzą natomiast, że twierdzenie to jest błędne. Jeżeli po wyroku KIO (który wskazywał na prawidłowy sposób rozumienia warunku) w ofercie wykonawcy istniałoby inne nieprawidłowe oświadczenie, tj. dotyczące zadania w Krakowie, to wykonawca powinien skorzystać z określonej w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp instytucji „samooczyszczenia". Skoro tego nie uczynił, to konieczne jest wykluczenie go z udziału w postępowaniu. Odwołujący podał, iż Silesia Invest składając ofertę uznawała, że warunek postawiony w SIWZ należy czytać w ten sposób, że wystarczy wykonanie tylko jednej z części torowiska dotyczącej ułożenia szyn. W związku z tym przedstawiła, celem wykazania doświadczenia w wykonaniu co najmniej dwóch zadań polegających na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego w określonej technologii i długości, dwa zadania zrealizowane przez DABUD (tj. zadanie w Krakowie i zadanie w Sosnowcu). Odwołujący wykazał w postępowaniu toczącym się przed KIO, że Silesia Invest nie posiada stosownego doświadczenia (a więc, że sposób „myślenia" prezentowany przez Silesia Invest jest nieprawidłowy) na przykładzie zadania z Sosnowca (skoro wymóg odnosił się do dwóch, a Silesia Invest przedstawiła dwa zadania, wystarczało podważenie jednego z nich celem wykazania, że Silesia Invest nie spełnia warunku). Nie zwalnia to jednak Silesia Invest z obowiązku zweryfikowania pozostałych zadań, po tym, jak ustalone zostało, że jej sposób rozumienia warunku jest błędny. Także bowiem w przypadku zadania w Krakowie DABUD nie wykonał torowiska, a jedynie jego część. W konsekwencji miało miejsce przedstawienie informacji nieprawdziwych (wprowadzających zamawiającego w błąd), które mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania (na ich podstawie bowiem Zamawiający dokonywał ustalenia, czy wykonawca spełnia konkretny warunek udziału w postępowaniu), a działanie Silesia Invest było co najmniej niedbałe. Odwołujący podkreślił, że o ile procedura samooczyszczenia może nastręczać pewnych wątpliwości interpretacyjnych (w szczególności w jakich przypadkach należy stosować ten przepis), to jednak niniejszy przypadek jest doskonałym przykładem powinności zastosowania tej instytucji. Zamawiający powinien był raz jeszcze dokonać ustaleń w zakresie tego, czy druga referencja DABUD była właściwa, natomiast wzywał w piśmie wystosowanym w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp o przynajmniej jedną referencje, a więc uznawał, że referencja DABUD dotycząca zadania w Krakowie jest prawidłowa. Gdyby nie była w jego ocenie prawidłowa i gdyby nie była brana pod uwagę przy podejmowaniu decyzji o spełnieniu warunku wzywałby o dwie. W podsumowaniu zarzutu Odwołujący podał, że: w sytuacji gdy KIO w swoim wyroku wskazała, że interpretacja Zamawiającego treści warunku udziału w postępowaniu jest nieprawidłowa, właściwe postępowanie Zamawiającego powinno sprowadzić się do oceny, czy ten sam błąd nie zaistniał w odniesieniu do innych zadań (innych referencji), ustalanie spełnienia warunków powinno bowiem następować na każdym etapie postępowania, zaś Wykonawca, który twierdził, że rozumiał ten warunek tak samo jak Zamawiający, gdyby się okazało, że także na innym zadaniu istnieje ten sam błąd, miał możliwość przyznania się do tego Zamawiającemu, a więc powinien przeprowadzić procedurę samooczyszczenia, a wtedy Zamawiający (o ile nastąpiłoby właściwe uzupełnienie) powinien zaakceptować ofertę Wykonawcy. Gdy jednak do samooczyszczenia nie doszło, Zamawiający nie ma prawa w takiej sytuacji dokonać wyboru oferty Silesia Invest, a powinien wykluczyć wykonawcę z powodu wypełnienia się przesłanek opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odwołujący dodał, że zadanie w Krakowie nie może uzasadniać spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż tak samo jak zadanie w Sosnowcu nie dotyczy całości torowiska, a jedynie jego części. Referencje dla DABUD od Budimex na zadanie w Krakowie podpisał (ze strony Budimex) Pan DB. W związku z tym Odwołujący skierował zapytanie do ww. jak należy rozumieć przedstawione przez niego referencje tj. czy nastąpiło wykonanie całości torowiska, czy jedynie jego części. Z uzyskanej odpowiedzi (e-mail z dnia 1 września 2019 r.) wynika jednoznacznie, że także na zadaniu w Krakowie DABUD wykonywał jedynie część torowiska (nie wykonywał warstw podbudów z kruszywa, warstw odsączających, drenaży, spawów, podtorza etc.). Na dowód Odwołujący załączył e-mail od Pana DB, Dyrektora Regionu Południowego Budimex S.A.

Uzasadniając zarzut nr 5 Odwołujący stwierdził, iż doszło do nieuprawnionej zmiany podmiotowej oferty. Silesia Invest na wezwanie Zamawiającego w miejsce referencji pochodzącej od DABUD przedstawiła referencje pochodzące od 3 różnych podmiotów, przy czym jeden z nich bezpośrednio uczestniczył wcześniej w postępowaniu, jako konkurent Silesia Invest, drugi w sposób pośredni ([przez struktury właścicielskie), a trzeci przedłożył nieprawidłowe dokumenty. Odwołujący przywołał wyrok Izby z dnia 23 października 2018 r., sygn. KIO 2083/18 i wskazał na konieczność prounijnej wykładni przepisu art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, który jest wynikiem implementacji do prawa krajowego art. 63 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE, oraz podkreślił, że w swojej ofercie wykonawca Silesia Invest wskazał, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia m.in. co do budowy lub przebudowy torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypkowej o długości min. 1000 mtp polega na zasobach PPHU DABUD sp. z o.o. oraz wskazał, że tylko temu podmiotowi w zakresie prac dotyczących torowiska zamierza prace takie podzlecić. Z oferty złożonej przez Silesia Invest nie wynikał zatem zamiar zaangażowania któregokolwiek z podmiotów, których referencje zostały złożone na wezwanie Zamawiającego

wystosowane w trybie art 26 ust. 3 ustawy Pzp. Uzasadnia to, zdaniem Odwołującego, twierdzenie o konieczności wykluczenia wykonawcy Silesia Invest, gdyż nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutu ewentualnego dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego unieważnienia postępowania, Odwołujący wskazał m.in., iż Zamawiający skonstruował wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w sposób wskazujący na faworyzowanie jednego wykonawcy. Treść wezwania pozwala bowiem wykonawcy uzupełnić ofertę w sposób sprzeczny z wyżej opisanymi regułami.

Przewidując sposób obrony Silesia Invest, który, zdaniem Odwołującego, będzie twierdził, że działał wedle treści wezwania, a więc nie można mu czynić w związku z tym zarzutu i go wykluczyć z tego powodu z postępowania, Odwołujący wskazał, że Silesia Invest jest podmiotem profesjonalnym i niezależnie od treści wezwania powinien wiedzieć, jakie są zasady związane z uzupełnianiem oferty. Wykonawca Silesia Invest powinien dokonać prawidłowego uzupełnienia, nie mogąc, jako podmiot profesjonalny, zasłaniać się treścią wezwania ze strony Zamawiającego. Na wypadek, gdyby jednak Izba uznała inaczej, tj. że Silesia Invest nie może podlegać wykluczeniu z postępowania z uwagi na treść wezwania, Odwołujący wniósł o unieważnienie całego postępowania. W tej bowiem sytuacji Zamawiający nie mógłby raz jeszcze wystosować wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ byłoby to sprzeczne z zasadą jednokrotności wzywania w tym trybie. W konsekwencji zaistniałby przypadek wystąpienia niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Sytuacja opisana w tym przepisie ma miejsce także wówczas, gdy aktualizuje się treść art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, a więc wystąpienie przypadku błędu po stronie zamawiającego, który chociażby potencjalnie mógł mieć wpływ na wynik postępowania (nieprawidłowe wezwanie mogło mieć wpływ na wynik postępowania). Silesia Invest gdyby wykazała, że działając zgodnie z wezwaniem uzupełniła ofertę, nie patrząc na to, że wezwanie takie pozwoliłoby jej uzupełnić ofertę niezgodnie z zasadami uzupełniania ofert, i gdyby przekonała KIO, że w związku z treścią wezwania nie powinna podlegać wykluczeniu z postępowania, byłaby wybrana z powodu nieprawidłowej treści wezwania, pozwalającego przy wykładni na korzyść wykonawcy, uzupełnić ofertę w jakikolwiek sposób. Prowadziłoby to do obejścia przepisów ustawy, z czym nie można się zgodzić i w takiej sytuacji konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Na wypadek, gdyby jednak Izba uznała, że w takiej sytuacji istnieje podstawa do kolejnego wezwania Silesia Invest do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymienionych w Rozdziale V, pkt II ppkt 2 lit. a tiret pierwsze SIWZ, Odwołujący wskazał na dalszy zarzut ewentualny (a więc, którego potrzeba rozpatrzenia wystąpi wówczas, gdy żaden z wcześniejszych zarzutów, w tym ewentualnego wcześniejszego, nie zostanie przez Izbę uwzględniony), tj. zarzut nr 7 związany z zaniechaniem wystosowania właściwego wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tj. wezwania, zgodnie z którym Silesia Invest mogłaby przedstawić na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V, pkt II ppkt 2 lit a tiret pierwsze SIWZ dwie referencje pochodzące od DABUD albo dwie referencje na zadania wykonane siłami własnymi. W takiej bowiem sytuacji Silesia Invest nie będzie mogła zasłaniać się tym, że działała zgodnie z wezwaniem, jakie otrzymała od Zamawiającego.

Pismem z dnia 5 września 2019 r. swoje zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Silesia Invest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Gliwicach (w treści uzasadnienia także: „Przystępujący") wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Na posiedzeniu Przystępujący złożył pismo zawierające jego stanowisko odnośnie zarzutów i argumentacji zawartych w odwołaniu, w którym wskazał na bezzasadność zarzutów. W piśmie tym zostały również - przedstawione na marginesie w odniesieniu do pierwszego z zarzutów odwołania - stwierdzenia, iż jeśliby nawet przyjąć argumentację i interpretację Odwołującego, opierającą się o faktycznie wykazywane przez Wykonawcę (posiadane przez podmiot trzeci) doświadczenie, to również należałoby uznać, iż Uczestnik postępowania wykazał się wymaganą zdolnością techniczną i zawodową. Zamówienia, na które powołuje się w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu zostały wykonane przez TOR-KAR-SSON spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. oraz Przedsiębiorstwo TOR- KAR-SSON Z.K., które zostały założone przez tego samego właściciela. Spółki prawa handlowego stanowią wynik rozwoju działalności prowadzonej przez tego samego właściciela i niezależnie od tego, która z nich jest podmiotem kontraktującym, spółki te korzystają z tych samych zasobów kadrowych i rzeczowych. Oznacza to, iż podmioty te posiadają de facto wspólne know-how i doświadczenie, których nośnikiem jest kadra zarządzająca i zespół pracowników (posiadających zatrudnienie i pracujących równolegle dla każdego z tych podmiotów), a których zachowanie jest zapewnione przez ciągłość działalności

tych powiązanych ze sobą podmiotów (przy sukcesywnym wygaszaniu działalności jednoosobowej). Przy zachowaniu zgodności z prawem wzajemnych rozliczeń obowiązujących w ramach grupy, podmioty te faktycznie dzielą to samo doświadczenie, gdyż zdolności techniczne i zawodowe nie są powiązane z nazwą podmiotu kontraktującego, a z jego przedsiębiorstwem - zasobami rzeczowo-kadrowymi zaangażowanymi w realizację przedsięwzięcia. Zatem doświadczenie uzyskane przez ten zespół przy realizacji pierwszego zadań zostało zweryfikowane przy realizacji kolejnego (niezależnie od zmian formalnoprawnych) - tak jak domaga się tego Odwołujący. Pierwsze z zadań, tj. „Modernizacja sieci tramwajowej w Grudziądzu" realizowane było przez konsorcjum podmiotów, w skład którego wchodziły TOR-KAR-SSON spółka komandytowa oraz TOR-KAR-SSON Z.K. działalność gospodarcza. Podmiotem udostępniającym było Przedsiębiorstwo TOR-KAR-SSON Z.K., gdyż zgodnie z umową konsorcjum zawartą na potrzeby realizacji tamtego zamówienia, to ten podmiot odpowiadał za zakres robót, którego dotyczyło udostępnienie zasobów. Udostępnienie zasobów w ramach niniejszego postępowania ma przy tym charakter realny i gwarantuje udział obu podmiotów - a więc całości dostępnych im zasobów kadrowych, rzeczowych i organizacyjnych będących nośnikiem doświadczenia - w realizacji przedmiotowego zamówienia w charakterze podwykonawców. Oba podmioty podlegały również weryfikacji pod kątem braku podstaw do wykluczenia. Zatem rozdzielenie zasobów pomiędzy dwa podmioty nie prowadzi w żaden sposób do ominięcia przepisów, jak również nie wpływa na rzeczywiste zapewnienie, że Wykonawca w toku realizacji zamówienia będzie posiadać realny dostęp do wymaganych zasobów zdolności technicznej i zawodowej, w praktyce w taki sposób jak chciałby widzieć to Odwołujący, tj. doświadczenia w dwukrotnym zrealizowaniu zadań określonego rodzaju. Do pisma zostało załączone oświadczenie TOR-KAR-SSON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa

Pismem z dnia 16 września 2019 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., iż w opisie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz w wyjaśnieniach nie posłużył się jakimikolwiek określeniami mającymi świadczyć o wykładni tego warunku w sposób prezentowany przez Odwołującego. Wbrew stanowisku Odwołującego z Rozdziału V cz. II ppkt 2 lit. a) tiret pierwszy SIWZ, jak i pozostałych postanowień SIWZ, nie wynika, aby wykonawca w celu spełnienia warunku w nim określonego zobowiązany był do wykazania się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej dwóch zadań określonego rodzaju wyłącznie poprzez wykonanie tych zadań samodzielnie lub powołanie się na zasoby jednego podmiotu trzeciego tj. takiego, który wykonał oba zadania. Nie wyłączył bowiem w SIWZ możliwości sumowania doświadczenia przez wykonawców i dopuścił tym samym możliwość spełnienia tego warunku przez wykonawcę poprzez:

1) wykazanie wykonania samodzielnie przez wykonawcę co najmniej dwóch zadań określonego rodzaju (w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia poprzez wykonanie przez jednego z nich co najmniej dwóch takich zadań albo co najmniej przez dwóch wykonawców co najmniej po jednym takim zadaniu), albo

2) wykazanie wykonania samodzielnie przez wykonawcę (w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przez co najmniej jednego z nich) co najmniej jednego zadania określonego rodzaju i powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego, który wykonał co najmniej jedno zadanie określonego rodzaju — użyczenie jednego zadania, albo

3) powołanie się na zasoby jednego podmiotu trzeciego, który wykonał co najmniej dwa zadania określonego rodzaju albo powołanie się na zasoby co najmniej dwóch podmiotów trzecich, z których każdy wykonał co najmniej po jednym zadaniu określonego rodzaju — użyczenie dwóch zadań.

Zamawiający oświadczył, że gdyby jego zamiarem było określenie tego warunku w sposób interpretowany przez Odwołującego dokonałaby w SIWZ stosownego zastrzeżenia poprzez wyłączenie możliwości powołania się na zasoby różnych podmiotów trzecich i wskazanie, że warunek ten zostanie spełniony wyłącznie, gdy samodzielnie wykonawca albo samodzielnie podmiot trzeci, na zasoby którego się on powołuje wykonawca, wykonali co najmniej dwa zadania określonego rodzaju. Zamawiający nie posłużył się jednak w opisie warunku i wyjaśnieniach jakimikolwiek określeniami mającymi świadczyć o wykładni tego warunku w sposób prezentowany przez Odwołującego. Powodem braku dokonania przez Zamawiającego takiego zastrzeżenia jest okoliczność, że wystarczającym dla niego było wykazanie się przez wykonawcę doświadczeniem w jeden z ww. sposobów. Zamawiający stawiał na równi wszystkie wymienione w tym punkcie sposoby wykazania doświadczenia. Gwarancją należytego wykonania zamówienia było powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie co najmniej dwóch podmiotów trzecich, z których każdy wykonał co najmniej jedno zadanie

określonego rodzaju. Możliwość spełnienia tego warunku w jeden z ww. sposobów wynika nie tylko z braku odmiennego zastrzeżenia w SIWZ, ale również z Rozdziału V pkt 5 ppkt 3 SIWZ, w którym Zamawiający' wprost dopuścił, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunki określone w Rozdziale V pkt II SIWZ będą oceniane łącznie dla wszystkich podmiotów. Zamawiający potwierdził tym samym, że również w przypadku konsorcjum warunek dotyczący doświadczenia może być spełniony łącznie tj. doświadczenie tych wykonawców podlega sumowaniu. Wobec tego przyjęcie wykładni prezentowanej przez Odwołującego rozróżniałoby ocenę tego warunku w odniesieniu do wykonawców składających samodzielnie ofertę i korzystających z zasobów podmiotów trzecich, od wykonawców składających ofertę wspólnie. Zamawiający podkreślił, że był uprawniony do takiego sformułowania warunku, ponieważ w jego ocenie pozostają spełnione zamierzenia wynikające z realizacji przedmiotu zamówienia, jest to zgodne z jego potrzebami, przy zachowaniu zasad zawartych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a żaden przepis ustawy Pzp nie zabrania dopuszczenia możliwości sumowania doświadczenia w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wobec jednoznacznego opisu warunku określonego w Rozdziale V cz. II ppkt 2 lit. a) tiret pierwszy SIWZ dokonanie jego wykładni przez Zamawiającego w sposób reprezentowany przez Odwołującego stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (faworyzowania wykonawców samodzielnie spełniających ten warunek, takich jak Odwołujący), gdyż Przystępujący, jak każdy wykonawca, był uprawniony do takiego zinterpretowania opisanego przez Zamawiającego warunku, że wykazanie doświadczenia mogło nastąpić w jeden z ww. wymienionych sposobów, w tym m.in. poprzez powołanie się na zasoby co najmniej dwóch podmiotów trzecich, z których każdy wykonał co najmniej jedno zadanie określonego rodzaju — użyczenie dwóch zadań. Dokonanie oceny oferty Przystępującego w sposób żądany przez Odwołującego, doprowadziłoby nie tylko do naruszenia równego traktowania pozostałych wykonawców, ale również zasady obiektywizmu. Zamawiający postępując arbitralnie dokonałby wykluczenia Wykonawcy, mimo, że ten wykazał doświadczenie spełniające warunek określony w SIWZ.

Nadto Zamawiający wskazał, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego nie wszyscy wykonawcy biorący udział w Postępowaniu zinterpretowali opis warunku w ten sam sposób. Oprócz Przystępującego, inaczej niż Odwołujący, uczynili to wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: PB JAEKEL-BUD-TECH Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Chorzowie i TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie. Zdaniem Zamawiającego o zasadności zarzutów Odwołującego nie może świadczyć również przywołany w odwołaniu wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 12 listopada 2014 r. sygn. akt VIII Ga 327/14, ponieważ stan faktyczny będący podstawą tego orzeczenia był odmienny od okoliczności stanowiących podstawę zarzutów Odwołującego i nie może mieć zastosowania do niniejszej sprawy. Odwołujący pominął okoliczność, że w przywołanej sprawie Sąd Okręgowy w Szczecinie, a wcześniej KIO, oparł swoje rozstrzygnięcie na treści SIWZ, w której zamawiający wprost wyłączył możliwość sumowania doświadczenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Takiej możliwości Zamawiający nie wyłączył w Postępowaniu. Również przywołany wyrok KIO z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2169/16 odnoszący się do doświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie wyklucza co do zasady, że warunki mogą być spełnione łącznie. W szczególności w sytuacji, gdy możliwość taka zostanie dopuszczona w SIWZ, tak jak uczynił to Zamawiający.

Zamawiający stwierdził, że opis warunku w Rozdziale V cz. II ppkt 2 lit. a) tiret pierwszy SIWZ nie stanowił przedmiotu wątpliwości wykonawców, jak również nie był przedmiotem zaskarżenia do Krajowej Izby Odwoławczej na etapie prowadzonego postępowania przetargowego oraz był stosowany również w innych prowadzonych przez mego postępowaniach przetargowych w ramach projektu „Zintegrowany projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko-Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego”- Etap I. W SIWZ dla tych postępowań wykonawcy składający oferty uprawnieni byli, analogicznie jak w przedmiotowym postępowaniu, do wykazania doświadczenia w ww. sposób i w żadnym z tych postępowań, zarówno sposób opisu tego warunku, jak również sposób jego oceny przez Zamawiającego, nie budził wątpliwości wykonawców oraz nie był przedmiotem zaskarżenia do KIO.

Następnie, odnosząc się do twierdzeń odwołania dotyczących numeracji pism zawiadamiających o wyborze najkorzystniejszej oferty, Zamawiający wyjaśnił, że oznacza taką samą numeracją pisma wysyłane do uczestników Postępowania, które odnoszą się do tej samej czynności, oraz, że w obu wersjach pisma z dnia 22 sierpnia 2019 r. wskazał w sposób niebudzący wątpliwości, że Przystępujący spełnia warunki określone w SIWZ. Nadto Zamawiający podał, że nie wziął pod uwagę zdolności KZN Rail Sp. z o.o., co wynika jednoznacznie z treści wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 1 sierpnia 2019 r.

Za bezpodstawny Zamawiający uznał również zarzut dotyczący dokonania przez Przystępującego uzupełnienia dokumentów w sposób uniemożliwiający ocenę spełnienia

warunków. Z opisu warunku wynika, że wykonawca powinien wykazać jego spełnienie poprzez wskazanie co najmniej dwóch określonych zadań. Przystępujący zobowiązany był tym samym do wykazania co najmniej dwóch takich zadań, niemniej jednak uprawniony był jednocześnie do wskazania większej ilości takich zadań. Przedłożenie większego doświadczenia, niż wymagane przez Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie mogło być podstawą do wykluczenia Przystępującego, skoro wykazał on w terminie doświadczenie w wykonaniu co najmniej dwóch zadań określonego w SIWZ rodzaju. Nie nakazuje tego żaden przepis ustawy Pzp czy postanowienie SIWZ. Natomiast na skutek niezałączenia przez Przystępującego do odpowiedzi z dnia 23 lipca 2019 r. zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla członka rady nadzorczej podmiotu trzeciego KZN Rail Sp. z o.o. dla Pana JR, a co za tym idzie niewykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, Zamawiający nie był uprawniony do wzięcia pod uwagę, przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, tego podmiotu, gdyż brak ten nie podlegał uzupełnieniu. Wynika to jednoznacznie z treści wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 1 sierpnia 2019 r. Uzupełnienie przez Wykonawcę zaświadczenia z KRK nie mogło być brane pod uwagę przez Zamawiającego, gdyż zostało złożone po terminie. Bez znaczenia przy tym dla oceny spełnienia warunku postępowania przez Przystępującego pozostaje okoliczność niewskazania przez Zamawiającego wprost na ww. okoliczność w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, skoro Zamawiający wskazał na spełnienie tego warunku przy pomocy doświadczenia pozostałych podmiotów trzecich.

Zamawiający nie zgodził się również z zarzutem dotyczącym potrzeby posiadania już w dacie składnia ofert, uzupełnionych pismem z dnia 23 lipca 2019 r. zdolności podmiotów trzecich. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący bezzasadnie twierdzi, że wykazanie aktualności tych dokumentów na dzień składania ofert polega na zamieszczeniu w ich treści stosownego oświadczenia. Przystępujący składając ofertę oświadczył w JEDZ, że spełnia warunki określone w SIWZ na dzień składania oferty i nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz będzie polegał na zdolności podmiotów trzecich. Wykonując natomiast wezwanie Zamawiającego przedłożył aktualne na dzień ich złożenia dokumenty, w tym zobowiązania podmiotów trzecich z dnia 19 lipca 2019 r. tj. Przedsiębiorstwa TOR-KAR-SSON Z.K. i TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie, potwierdzając spełnienie tego warunku na dzień składania ofert. Zobowiązania te pozostają w zgodności z jego deklaracją złożoną przez niego w JEDZ. Co prawda warunki udziału w postępowaniu bezwzględnie muszą być spełnione na dzień składania ofert, nie mniej jednak dokumenty składane na potwierdzenie spełnienia tych warunków mają być aktualne na dzień ich złożenia, co oznacza, iż mają odnosić się do aktualnego stanu faktycznego i potwierdzać wstępne oświadczenie. Taka wykładnia aktualności dokumentów składanych przez wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału reprezentowana jest jednolicie w orzecznictwie KIO. Przyjmując pogląd Odwołującego za zasadny, każdy wykonawca składający ofertę w postępowaniu przetargowym prowadzonym na podstawie ustawy Pzp z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej, pomimo wstępnego oświadczenia o spełnieniu warunków, zobowiązany byłby wskazywać w ofercie nie tylko podmioty trzecie na zasobach których zamierza polegać, ale również inne podmioty, z których zasobów mógłby skorzystać gdyby zdolność tych pierwszych nie została uwzględniona przez zamawiającego. KIO w wyroku z dnia 3 września 2018 r. sygn. akt KIO 1643/18 uznała takie stanowisko za bezpodstawne.

Zamawiający nie zgodził się również z zarzutem dotyczącym samooczyszczenia Przystępującego po wyroku KIO z dnia 27 czerwca 2019 r. w sprawie sygn. akt KIO 1067/19, stwierdzając, iż Ustawodawca nie zobowiązał wykonawców do przeprowadzenia takiej procedury w przypadku, gdy doświadczenie na które się oni powołują nie spełnia warunków określonych przez zamawiających. Instytucja ta może być zastosowana wyłącznie w przypadkach określonych w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Wynika to z literalnej wykładni tego przepisu. Instytucją służącą natomiast wykonawcom do uzupełnienia na wezwanie zamawiających dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia warunków jest procedura określona w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Mając powyższe na uwadze, jak również ww. wyrok, w którym KIO uznała, że zadanie w Sosnowcu nie spełnia warunku określonego w Rozdziale V cz. II ppkt 2 lit. a) tiret pierwszy SIWZ, a jednocześnie Przystępujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez powołanie się na to doświadczenie, brak było podstaw do jego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z uwagi na powołanie się w ofercie na zadanie w Krakowie. Zadanie to, niekwestionowane przez Odwołującego we wcześniejszym odwołaniu, analogicznie jak zadanie w Sosnowcu, powołane zostało w celu wykazania spełnienie ww. warunku oraz potwierdzało wykonanie jedynie jednego z elementów torowiska. Zamawiający będąc zobowiązanym do uwzględnia wytycznych wynikających z ww. wyroku KIO wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do wykazania spełnienia tego warunku i nie wziął pod uwagę przy jego ocenie zarówno zadania w Sosnowcu, jak i w Krakowie. Co prawda Zamawiający omyłko w wezwaniu z dnia 18 lipca 2019 r. wezwał Przystępującego do spełnienia tego warunku wyłącznie poprzez zastąpienie doświadczenia w zakresie jednego zadania (zadania w Sosnowcu), niemniej jednak Przystępujący w odpowiedzi na to wezwanie przedstawił trzy nowe zadania, z których dwa — Zadanie w

Warszawie (udostępnione przez TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie) i Zadanie Grudziądzu (udostępnione przez Przedsiębiorstwo TOR-KAR-SSON Z.K.) spełniają ten warunek. Nieścisłość w wezwaniu nie miała zatem wpływu na prawidłowe uzupełnienie doświadczenia i ocenę spełnienia warunku, skoro Przystępujący przedstawił dwa nowe zadania spełniające ten warunek. Przystępujący nie musiał tym sam korzystać z procedury określonej w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp skoro KIO wykluczyło możliwość wprowadzenia przez Zamawiającego w błąd co do tego warunku.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu dotyczącego nieuprawnionej zmiany podmiotowej oferty, Zamawiający zwrócił uwagę, że stanowisko reprezentowane przez Odwołującego w tym zakresie jest sprzeczne nie tylko z literalną i celowościową wykładnią art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, orzecznictwem KIO, ale też z opinią Urzędu Zamówień Publicznych.

Za bezzasadny Zamawiający uznał również zarzut zaniechania unieważnienia postępowania z uwagi na sposób sformułowania przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie zgodził się również ze stwierdzeniem, aby treść tego wezwania faworyzowała Przystępującego. Pomimo wskazanej powyżej omyłki tj. wezwania Przystępującego do przedstawienia doświadczenia wyłącznie w zakresie jednego zadania, Przystępujący dokonał prawidłowej interpretacji wyroku KIO z dnia 27 czerwca 2019 r. i dokonał uzupełnienia doświadczenia poprzez powołanie się na zasoby dwóch podmiotów spełniających ten warunek.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania złożoną przez Zamawiającego oraz ww. dowody złożone przez Odwołującego i Przystępującego, odniesienie do których znajduje się w dalszej części uzasadnienia.

Po zapoznaniu się z treścią dokumentacji postępowania, po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy oraz wysłuchaniu stanowisk Stron i Przystępującego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do wniesienia odwołania Odwołujący wskazał, iż ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku nieprawidłowych działań Zamawiającego doznał uszczerbku związanego z niemożliwością realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, a w konsekwencji osiągnięcia z tego tytułu zysku (co jest szkodą). Zamawiający bezpodstawnie wybrał bowiem ofertę Silesia Invest, mimo tego, iż wykonawca ten powinien zostać wykluczony z udziału w Postępowaniu. Gdyby Zamawiający postąpił w sposób prawidłowy - wykluczył Silesia Invest, to oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, a w konsekwencji to Odwołujący powinien uzyskać zamówienie publiczne. W wyniku błędnych czynności oraz zaniechań Zamawiającego Odwołujący został pozbawiony możliwości wykonywania zamówienia, co oznacza naruszenie jego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz powstanie po jego stronie szkody w postaci niemożliwości osiągnięcia zysku z tytułu realizacji zamówienia. Oferta wykonawcy Silesia Invest uzyskała 100,00 punktów i została wybrana do realizacji przedmiotowego Zamówienia, natomiast Odwołujący otrzymał 83,91 punktów, co spowodowało uplasowanie jego oferty na drugim miejscu.

Izba stwierdziła, że zaistniały przesłanki dla wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, Odwołujący miałby szansę uzyskania zamówienia i korzyści płynących z realizacji umowy zawartej w jego wyniku.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania od zamawiającego kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. Wykonawca Silesia Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Gliwicach (dalej również: „Przystępujący”) wypełnił

przesłanki wymienione w tym przepisie, w związku z czym skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się jego uczestnikiem.

W ocenie Izby zarzut nr 4, tj. zarzut naruszenia art. 24 ust. 8 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Silesia Invest z Postępowania, bowiem nie przeprowadził on procedury samooczyszczenia w odniesieniu do zadania w Krakowie wskazanego przez pierwotnie podany w ofercie podmiot trzeci tj. DABUD i tym samym nie skorzystał z procedury umożliwiającej mu uniknięcie wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, jest spóźniony.

Jak zostało przedstawione na rozprawie, okoliczności wskazujące na brak spełnienia wymogów SIWZ przez zadanie w Krakowie, są analogiczne, jak te dotyczące zadania w Sosnowcu, zaskarżonego w odwołaniu rozpatrywanym przez Izbę w sprawie KIO 1067/19. Oznacza to, że Odwołujący mógł je podnieść w już pierwszym odwołaniu. Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, że na tamtym etapie postępowania podniesienie zarzutu w zakresie tylko jednego zadania było wystarczające. O ile wystarczało to do podważenia czynności Zamawiającego dotyczących oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, to jednak rezygnując wówczas z zaskarżenia również zadania w Krakowie Odwołujący pozbawił się na przyszłość możliwości skutecznego podniesienia zarzutu w tym zakresie. To, że Izba w sprawie KIO 1067/19 uznała, że sposób rozumienia warunku udziału w postępowaniu jest inny, niż prezentował Przystępujący i odnosi się to zarówno do zakwestionowanego w odwołaniu zadania w Sosnowcu, jak i do zadania w Krakowie, nie oznacza, że rozpoczął swój bieg nowy termin do wniesienia odwołania w odniesieniu do zadania w Krakowie.

Z tych względów, wobec merytorycznego rozpatrzenia pozostałych zarzutów, mając na uwadze przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji.

Niezależnie od ww. względów formalnych, skutkujących brakiem merytorycznego rozpoznania ww. zarzutu, ubocznie zauważenia wymaga, iż przedmiotem rozpoznania przez KIO w sprawie sygn. KIO 1067/19 był m.in. zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z uwagi na powołanie się przez niego na doświadczenie podmiotu trzeciego tj. PPHU DABUD Sp. z o.o. dotyczące zadania w Sosnowcu. Izba oddaliła ten zarzut. Ponadto, zauważenia wymaga, iż obecnie Przystępujący wykazuje spełnianie warunku udziału w Postępowaniu wskazując na inne podmioty i inne zadania.

Izba uznała, iż dowód złożony przez Odwołującego, w postaci e-maila od przedstawiciela Budimex p. DB z dnia 1 września 2019 r. jest nieprzydatny dla rozpoznania sprawy. Jest on złożony na okoliczność niesporną (nie ma sporu pomiędzy stronami, że zadanie w Krakowie nie odpowiada opisowi warunku udziału w postępowaniu), nadto dotyczy zarzutu spóźnionego.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Stosownie do postanowień SIWZ przedmiotem zamówienia jest modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul 3 Maja w Chorzowie w ramach realizacji Projektu: „Zintegrowany projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko-Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego"- Etap I, współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału V SIWZ, określającego warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, wykonawcy winni wykazać się wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie m.in. co najmniej dwoma zamówieniami polegającymi na przebudowie lub budowie torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypkowej o długości min. 1000 mtp każde (pkt II ppkt 2 lit. a tiret pierwszy).

Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (pkt III ppkt 2).

W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty

te zrealizują roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane (pkt III ppkt 5).

W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunki udziału w postępowaniu będą oceniane łącznie dla wszystkich podmiotów (pkt V ppkt 3).

Pismem z dnia 18 lipca 2019 r., wystosowanym w trybie art. 26 ust. 3 w związku z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał wykonawcę Silesia Invest do uzupełnienia dokumentów potwierdzających wymagane doświadczenie, wskazując: „Mając na uwadze treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 czerwca 2019 r. (sygn. akt KIO 1067/19), Zamawiający informuje, że w toku ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Modernizacja infrastruktury torowo - sieciowej w ciągu ul. 3 Maja w Chorzowie"- zadanie nr 4 w ramach realizacji Projektu: „Zintegrowany projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko-Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego - etap I", współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, stwierdził, że zakres robót wykonanych w ramach zadania pn.: „Modernizacja połączenia tramwajowego Katowic z Mysłowicami i Sosnowcem, dobudowa drugiego toru na połączeniu z Sosnowcem (zadanie nr 20), 2. Modernizacja linii tramwajowej w Sosnowcu na ul. Małachowskiego - odcinek od Ronda im. Gierka do ul. Mościckiego (zadanie nr 26), 3. Modernizacja torowiska w Sosnowcu na ul. J. Piłsudzkiego oraz na skrzyżowaniu z ul. Jana Sobieskiego (zadanie nr 27), 4. Modernizacja torowiska wbudowanego w jezdnię ul. Jana Sobieskiego w Sosnowcu od połączenia torowego do granic miasta z Katowicami (wraz z dobudową drugiego toru). Przebudowa sieci trakcyjnej (zadanie 27a)", wykazany przez podmiot PPHU DABUD Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, na zasoby, którego powołali się Państwo w ofercie, nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V pkt II, ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ. W związku z powyższym, działając na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 22a ust. 6 p.z.p., w celu potwierdzenia spełniania przez Państwa warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V, cz. II, ppkt 2 lit. a) tiret pierwszy SIWZ, wzywany Państwa do:

1) złożenia dokumentów potwierdzających, że podmiot trzeci - PPHU DABUD Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie posiada zdolność (doświadczenie) spełniającą warunek określony wr rozdziale V, cz. II, ppkt 2 lit. a) tiret pierwszy SIWZ tj. że wykonał on poza zamówieniem pn. „Przebudowa Linii Tramwajowej na odcinku Rondo Mogilskie - Al. Jana Pawła II - Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie" również inne co najmniej jedno zamówienie polegające na przebudowie lub budowie torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypkowej o długości 1.000 mtp w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert; lub

2) zastąpienia podmiotu trzeciego - PPHU DABUD Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie w zakresie zdolności (doświadczenia) co do wykonania co najmniej jednego zamówienia polegającego na przebudowie lub budowie torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypkowej o długości 1.000 mtp w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, innym podmiotem lub podmiotami, których zdolność (doświadczenie) potwierdza spełnienie przez Państwa warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V, pkt II, ppkt 2 lit a) tiret pierwsze SIWZ, lub

3) zobowiązania się przez Państwa do osobistego wykonania zamówienia w zakresie w jakim powoływali się Państwo na zdolność (doświadczenie) podmiotu trzeciego - PPHU DABUD Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, pod warunkiem wykazania, że samodzielnie spełniają Państwo warunek udziału w postępowaniu określony w Rozdziale V. pkt II, ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ, co do wykonania co najmniej jednego zamówienia polegającego na przebudowie lub budowie torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypkowej o długości 1.000 mtp w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert (...)"

W zakreślonym terminie, pismem z dnia 23 lipca 2019 r., wykonawca Silesia Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. złożył dokumenty dotyczące trzech podmiotów, na których zasoby się powołuje, tj. KZN Rail Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Półłanki 25, którego zobowiązanie do oddania niezbędnych zasobów wskazuje na doświadczenie w wykonaniu zadania: „Realizacja w formule zaprojektuj i wybuduj zajezdni tramwajowej przy ulicy Kołobrzeskiej w Olsztynie", TOR-KAR-SSON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Marymoncka 42, którego zobowiązanie do oddania niezbędnych zasobów wskazuje na doświadczenie w wykonaniu zadania: „Przebudowa torowiska tramwajowego na Rondzie Stefana Starzyńskiego w Warszawie" i Przedsiębiorstwo Tor-Kar-SSon Z.K. w Warszawie, ul. Marymoncka 42, którego zobowiązanie do oddania niezbędnych zasobów wskazuje na doświadczenie w wykonaniu zadania: „Modernizacja sieci tramwajowej w Grudziądzu". Za

podstawę badania i oceny w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu uwzględnione zostały przyjęte przez Zamawiającego dokumenty dotyczące TOR-KAR-SSON Spółka z ograniczona odpowiedzialnością spółka komandytowa i Przedsiębiorstwo Tor-Kar-SSon Z.K. .

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Zgodnie z art. 22a ust 6 ustawy Pzp jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

W myśl art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, iż dla oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu kluczowe znaczenie mają postanowienia SIWZ obowiązującej w danym postępowaniu. W myśl zasad przejrzystości postępowania, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wymogi w tym zakresie muszą być bowiem znane wykonawcom od wszczęcia postępowania i przestrzegane w jego toku. Wymagania zamawiającego winny być określone w SIWZ w sposób jasny i precyzyjny, z poszanowaniem ww. zasad. Skutkami niedociągnięć w tym zakresie nie mogą być obciążani wykonawcy.

Przechodząc na grunt analizowanej spraw, zauważenia wymaga, iż ww. postanowienia SIWZ wprowadzają wymóg wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w wykonaniu co najmniej dwóch zamówień polegających na przebudowie lub budowie torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypkowej o długości min. 1000 mtp każde i jednocześnie zawierają wyraźne wskazanie, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunki udziału w postępowaniu będą oceniane łącznie dla wszystkich podmiotów. Brak jest natomiast postanowień odnoszących się w tym aspekcie do wykonawców korzystających z zasobów podmiotów trzecich.

W odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, co do zasady, stosuje się te same reguły, co do wykonawców korzystających z potencjału podmiotu trzeciego, co wynika m.in. z art. 63 ust.1 in fine dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym: w odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 3, oraz kryteriów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 4, wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. W odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych, określonych w załączniku XII część II lit. f), lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą jednak polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. W przypadku gdy wykonawca chce polegać na zdolności innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. Instytucja zamawiająca sprawdza, zgodnie z art. 59, 60 i 61, czy podmioty, na których zdolności wykonawca zamierza polegać, spełniają odpowiednie kryteria kwalifikacji, i czy istnieją podstawy wykluczenia na mocy art. 57. Instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego

kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia. Instytucja zamawiająca może wymagać lub może być zobowiązana przez państwo członkowskie do wymagania, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją

nieobowiązkowe podstawy wykluczenia.(...) Na tych samych warunkach grupa wykonawców, o której mowa w art. 19 ust. 2, może polegać na zdolności członków tej grupy lub innych podmiotów.

Skoro zatem Zamawiający jednoznacznie zaznaczył w SIWZ, iż w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie mogą oni legitymować się wykonaniem po jednym

zadaniu i będzie to podlegało sumowaniu, to w świetle ww. zasad przejrzystości postępowania, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wykonawców, którzy korzystają z potencjału podmiotów trzecich, nie można traktować bardziej restrykcyjnie i wymagać od nich doświadczenia w większym zakresie, niż od członków konsorcjum, korzystając z tego, że SIWZ w odniesieniu do wykonawców korzystających z zasobów podmiotów trzecich nie zawiera informacji w tym zakresie. Nadto Zamawiający dał wyraz rozumienia postanowień SIWZ w wyżej przedstawionym wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 18 lipca 2019 r., gdzie wobec zakwestionowania w odwołaniu, rozpatrywanym przez Izbę w sprawie sygn. akt KIO 1067/19, tylko jednego z dwóch zadań wykonanych przez zgłoszony przez Przystępującego podmiot trzeci tj. PPHU DABUD Sp. z o.o., wezwał do złożenia dokumentów dotyczących co najmniej jednego zamówienia. Treść tego wezwania wskazuje, że korzystający z zasobów podmiotów trzecich w zakresie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, są traktowani przez Zamawiającego na takich samych zasadach jak wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, co należy uznać za prawidłowe.

W ocenie Izby zgodzić się należy ze stanowiskiem, prezentowanym przez Odwołującego, z którego wynika, że zsumowanie doświadczeń dwóch odrębnych podmiotów nie oznacza, że wspólnie odpowiadają oni w zakresie doświadczenia wykonawcy, który wykonał dwukrotnie wymagane roboty budowlane. Jednakże, jak słusznie zauważył Zamawiający, ustawa Pzp nie zakazuje określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób wskazujący na sumowanie potencjału podmiotów trzecich. Jak wyżej zaznaczono, kluczowa dla stwierdzenia istnienia warunku udziału w postępowaniu i jego rozumienia, jest treść SIWZ, obowiązująca zarówno Zamawiającego, jak i Wykonawców. Postanowień SIWZ nie można uzupełniać na etapie oceny ofert o treści w niej niezapisane i z niej niewynikające, ani interpretować ewentualnych jej niedociągnięć na niekorzyść wykonawców. W sytuacji zatem, gdy w Postępowaniu w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zamawiający w SIWZ wyraźnie zaznaczył, że przedmiotowe warunki udziału w postępowaniu będą oceniane łącznie dla wszystkich podmiotów, to te same zasady należy stosować w odniesieniu do wykonawców korzystających w tym zakresie z zasobów podmiotów trzecich, pomimo iż w odniesieniu do nich Zamawiający nie poczynił analogicznego (ani żadnego innego) zastrzeżenia. Skoro zatem Zamawiający uznał, iż zsumowany potencjał w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, pozwala na stwierdzenie zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością, to to samo powinno dotyczyć wykonawcy, który polega na doświadczeniu podmiotów trzecich, które mają być podwykonawcami przy realizacji zamówienia.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, z którego wynika, że w analizowanym postępowaniu dla wykazania potrzebnego potencjału konieczne jest zrealizowanie najpierw pierwszego, a następnie kolejnego zadania. Z uwagi na treść SIWZ za wystarczające bowiem należy uznać połączenie doświadczenia podmiotów nabytego przez nie wobec należytego wykonania dwóch zadań wymaganego rodzaju, niezależnie od tego, czy zadania te były wykonywane w tym samym czy czasie, czy jedno wcześniej, a drugie później.

W tych okolicznościach, w sytuacji zastosowania się Przystępującego do wezwania Zamawiającego i zastąpienia podmiotu trzeciego wskazanego w ofercie innymi podmiotami, oraz złożenia dokumentów potwierdzających, że co najmniej dwa podmioty trzecie wykonały co najmniej po jednym wymaganym zamówieniu, należy uznać, iż Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z Postępowania z uwagi na niewykazanie się spełnianiem warunku zdolności technicznej i zawodowej określonego w Rozdziale V, pkt II ppkt 2 lit. a tiret pierwszy SIWZ.

Izba uznała, iż dowód złożony na posiedzeniu przez Przystępującego w postaci oświadczenia TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp. k., dotyczący ścisłych powiązań tej spółki z Przedsiębiorstwem TOR-KAR-SSON Z.K. jest nieprzydatny dla rozpoznania sprawy. Z uwagi na treść SIWZ, z której wynika możliwość legitymowania się przez wykonawców korzystających z zasobów podmiotów trzecich doświadczeniem dwóch podmiotów, to czy istnieją powiązania pomiędzy tymi podmiotami nie ma znaczenia.

Również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez dopuszczenie do wielokrotnego uzupełnienia przez Silesia Invest dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie potwierdził się. Jak wynika ze stanowiska Przystępującego oraz z dokumentacji postępowania, Zamawiający jednokrotnie, ww. pismem z dnia 18 lipca 2019 r. wezwał go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania ww. warunku w zakresie doświadczenia i dokonał oceny wyłącznie w zakresie jednego kompletu dokumentów złożonych przez tego Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, pomijając w ocenie uzupełniony w terminie późniejszym dokument w postaci zaświadczenia z KRK KZN Rail Sp. z o.o. i uznał, iż w stosunku do tego podmiotu (jednego z trzech udostępniających zasoby), nie zostało wykazane, że podmiot ten nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.1 pkt 14 ustawy Pzp. W związku z tym przesłanie przez Silesia Invest dodatkowych dokumentów po upływie terminu wynikającego z wezwania, nie stanowi podstawy do wykluczenia tego Wykonawcy na podstawie ww. przepisu ustawy Pzp. Również takiej podstawy do wykluczenia tego Wykonawcy nie stanowi przedstawianie większej ilości zamówień na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu niż ilość minimalna określona jako wymagana dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Skoro zgodnie z SIWZ istniała potrzeba wykazania się wykonaniem co najmniej dwóch wskazanych zamówień, to wykazywanie się większą liczbą zamówień, tj. trzema, nie jest niezgodne z SIWZ i nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Pzp. To, że ostatecznie tylko dwa zostały uwzględnione przez Zamawiającego, nie zmienia tej oceny. Minimalny wymóg został spełniony przez Przystępującego, a zatem nie podlegał on wykluczeniu na podstawie ww. przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie znajdują także potwierdzenia zarzuty nr 3 i 5 odwołania, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 w zw. art. 24 ust. 1 pkt 12 z ustawy Pzp w zw. z art. 63 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE poprzez zaniechanie wykluczenia Silesia Invest z postępowania, w sytuacji gdy z dokumentów złożonych przez tego Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego, wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie wynika, aby na datę otwarcia ofert dysponował on doświadczeniem, przedstawionym w ramach uzupełnienia oraz dokonał nieuprawnionej zmiany oferty, powołując się na doświadczenie podmiotów, które nie były przewidziane w pierwotnej treści oferty. Ww. przepisy nie zawierają wymagania, aby składane na wezwanie dokumenty potwierdzające legitymowanie się wymaganym doświadczeniem przez zastępowany podmiot trzeci wykazywały udostępnienie zasobów na dzień składania ofert. Przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp stanowi natomiast podstawę wprowadzenia, w trakcie prowadzonej przez zamawiającego procedury weryfikującej spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, zmiany podmiotu trzeciego zgłoszonego na etapie składania oferty. Z istoty tego przepisu wynika zatem, że udostępnienie wykonawcy odpowiednich zasobów następuje, gdy zasoby podmiotu trzeciego pierwotnie wskazanego w ofercie nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, czy też gdy wobec podmiotu trzeciego zachodzą podstawy wykluczenia. Jest zatem oczywiste, że w przypadku zmiany przez wykonawcę podmiotu trzeciego w tym trybie, udostępnienie wykonawcy odpowiednich zasobów przez nowy podmiot następuje już po upływie terminu składania ofert.

Ponadto, jak słusznie stwierdził Przystępujący, zauważenia wymaga, iż w terminie składania ofert zadeklarował on sposób realizacji zamówienia, polegający na udziale podwykonawców. Zatem istotne oświadczenie woli w tym zakresie pozostało niezmienione.

Określenie kto konkretnie będzie podwykonawcą (i zarazem udostępniającym zasoby) jest okolicznością, która podlega zmianie również niezależnie od woli Wykonawcy. Z tego względu za uzasadnione należy uznać umożliwienie Wykonawcy zmiany w toku postępowania podmiotu udostępniającego zasoby, o ile taki nowy podmiot wykazuje brak podstaw do wykluczenia i spełnia dotyczące go warunki udziału w postępowaniu. Interpretacja Odwołującego zastosowana w odniesieniu do korzystania z zasobów podmiotu trzeciego uniemożliwiałaby zmianę takiego podmiotu, dopuszczoną ww. przepisem art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Wykonawca, który w toku badania i oceny ofert na wezwanie Zamawiającego dokonuje zmiany podmiotu, na którego zasobach polega, nie podlega wykluczeniu, jeśli przedstawione przez niego dokumenty potwierdzają dysponowanie wymaganym w SIWZ doświadczeniem.

Zarzuty ewentualne podnoszone w odwołaniu również nie zasługują na uwzględnienie. Jak zostało wyżej podniesione, wezwanie do uzupełnienia dokumentów wystosowane przez Zamawiającego do wykonawcy Silesia Invest w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, stanowiło wyraz interpretacji postanowień SIWZ w sposób zgodny z zasadami określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wbrew stanowisku Odwołującego nie wskazywało ono na faworyzowanie tego wykonawcy, lecz na równe traktowanie wykonawców korzystających z zasobów podmiotów trzecich i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W związku z tym w ocenie Izby nie zaistniała przesłanka unieważnienia postępowania określona w art. 93 ust.

1 pkt 7 ustawy Pzp, który stanowi, iż zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Za niezasadny należy zatem uznać zarzut zaniechania unieważnienia postępowania przez Zamawiającego na tej podstawie.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W sprawie nie zostało wykazane, że doszło do naruszenia przepisów, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w pkt 2 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony w kwocie 3 600 zł 00 gr, kosztów związanych z dojazdem na rozprawę w kwocie 278 zł00 gr oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw w kwocie 34 zł 00 gr na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....