

WYROK
z dnia 15 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Agata Mikołajczyk

Aneta Młacka

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2020 r. przez odwołującego: E. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. E. Zakład Transportowy i Ogólnobudowlany w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Abramss Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, POLBUD Partners Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Romil Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień w zakresie określonym w pkt VI uzasadnienia odwołania pozostawia bez rozpoznania.
2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Abramss Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, POLBUD Partners Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Romil Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Catoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze Rejon w Żarach wraz ze wszystkimi jej elementami”. Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 6 lutego 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 026-059107.

I. W dniu 21 grudnia 2020 r. wykonawca E. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. E. Zakład Transportowy i Ogólnobudowlany wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności i zaniechanie podjęcia czynności przez zamawiającego w ww. postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Abramss Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, POLBUD Partners Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Romil Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako

„Konsorcjum Abramss” lub przystępujący) - pomimo tego, że Konsorcjum Abramss nie spełniło warunków udziału w postępowaniu;

- 2) art. 23 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez naruszenie zasady jednokrotności wezwania Konsorcjum Abramss do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, gwarantującej równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp - poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Abramss, które nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) wykluczenia Konsorcjum Abramss z postępowania.

Odwołujący, powołując się na dotychczasowy przebieg postępowania, wskazał, że nie kwestionuje czynności zamawiającego polegającej na wezwaniu Konsorcjum Abramss do udzielenia wyjaśnień, lecz nie zgadza się z oceną tych wyjaśnień. Ponadto odwołujący kwestionuje czynność zamawiającego polegającą na ponownym wezwaniu Konsorcjum Abramss do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W odniesieniu do tej czynności odwołujący podniósł, że wezwanie w trybie tego przepisu ma co do zasady charakter jednorazowy, natomiast uzupełnienie dokumentu zawierającego zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby miało już miejsce w odpowiedzi na wcześniejsze wezwanie zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (wezwanie z dnia 11 sierpnia 2020 r.). Mając to na uwadze odwołujący stwierdził, że zamawiający nie powinien brać pod uwagę dokumentu zawierającego zobowiązanie podmiotu udostępniającego swoje zasoby (Hucz Sp. z o.o. Sp.k.), złożonego w odpowiedzi na kolejne wezwanie zamawiającego do uzupełniania dokumentu (wezwanie z dnia 1 grudnia 2020 r.), jak również innych dokumentów, które nie zostały złożone w odpowiedzi na pierwsze wezwanie - m.in. pisemnego oświadczenia przedstawiciela Hucz Sp. z o.o. Sp.k. z dnia 29 września 2020 r. Odwołujący podniósł, że treść zobowiązania Hucz Sp. z o.o. Sp.k. z dnia 17 sierpnia 2020 r., złożonego w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiającego z dnia 11 sierpnia 2020 r. nie potwierdza udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia w zakresie letniego utrzymania dróg. Zdaniem odwołującego zakres „robót nawierzchniowych” nie pokrywa się z zakresem prac składających się na „letnie utrzymanie dróg”. Odwołujący powołał się w tym zakresie na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia – pkt 7.2.3 Instrukcji dla Wykonawców (IDW), pkt 10.9 IDW, pkt 28 oraz 33-37 słowniczka zamieszczonego w pkt B Opisu przedmiotu zamówienia (OPZ), pkt III.1, III.2, III.3, III.6, III.8 OPZ oraz załącznik nr 1.1a OPZ [pkt III i IV uzasadnienia odwołania].

Następnie odwołujący podniósł, że w wyniku udzielenia przez przystępującego odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp (jedno z dwóch wezwań z dnia 1 grudnia 2020 r.) doszło do kolejnej zmiany wykazu usług -nieuprawnionego uzupełnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Odwołujący wskazał, iż powołanie się na okoliczność realizacji usługi również w Rejonie w Mławie miało miejsce dopiero w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do udzielenia wyjaśnień z dnia 1 grudnia 2020 r. [pkt V uzasadnienia odwołania].

Ponadto odwołujący podniósł, że nie zostało w postępowaniu wykazane, aby udział wykonawcy Abramss Sp. z o.o. (w ramach konsorcjum) w realizacji usługi zimowego utrzymania dróg w Rejonie w Przasnyszu był wystarczający dla nabycia przez tego wykonawcę doświadczenia wymaganego w ramach postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia – pkt 7.2.3 lit. a) IDW (pkt VI uzasadnienia odwołania).

Dodatkowe stanowisko w sprawie odwołujący przedstawił w piśmie z dnia 8 stycznia 2021 r. (wniesionym w dniu 11 stycznia 2021 r.).

II. Pismem z dnia 11 stycznia 2021 r. (wniesionym w dniu 11 stycznia 2021 r.) zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie w całości.

Zamawiający nie zgodził się z odwołującym, że Konsorcjum Abramss w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień z dnia 1 grudnia 2020 r. dokonało modyfikacji wykazu usług. Zamawiający wskazał, że z treści pisma Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (GDDKiA) Oddział w Warszawie z dnia 19 listopada 2020 r. wynika, że realizacja usługi zimowego utrzymania dróg w Rejonie w Mławie miała miejsce w ramach wykonywania umowy nr 34/2018 z dnia 8 marca 2018 r. [dot. pkt V uzasadnienia odwołania].

W odpowiedzi na wątpliwości odwołującego dotyczące doświadczenia zawodowego Abramss Sp. z o.o. zamawiający wskazał, że zarówno z wyjaśnień Konsorcjum Abramss udzielonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, jak i z pism GDDKiA Oddział w Warszawie wynika, że Abramss Sp. z o.o. realizowała usługę zimowego utrzymania dróg [dot. pkt VI uzasadnienia odwołania].

Odnosząc się do pozostałych zarzutów odwołania zamawiający stwierdził, że w ugruntowanym orzecznictwie sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej dominuje pogląd o jednokrotnym (co do zasady) charakterze wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, natomiast problemem jest właściwe stosowanie tej zasady przy uwzględnieniu indywidualnych stanów faktycznych. W ocenie zamawiającego dla zachowania zasady jednokrotności wezwania konieczne jest, by zamawiający nie wzywał dwukrotnie (i więcej) do uzupełnienia tego samego dokumentu (oświadczenia). Zamawiający stwierdził, że uprawnione jest kolejne wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu, o ile dotyczy ono innych okoliczności niż wskazane w uprzednim wezwaniu. Kierując się powyższym, zdaniem zamawiającego należy uznać, że zasada jednokrotności wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie została w przedmiotowym postępowaniu naruszona.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 23 grudnia 2020 r. Konsorcjum Abramss zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Stanowisko w sprawie przystępujący przedstawił w piśmie z dnia 11 stycznia 2021 r. (wniesionym w dniu 11 stycznia 2021 r.). W pierwszej kolejności przystępujący podniósł, że zarzuty wskazane w pkt V i VI uzasadnienia odwołania powinny zostać uznane za spóźnione i w związku z tym pozostawione bez rozpoznania. Przystępujący podał, że doświadczenie zdobyte w ramach umowy nr 34/2018 z dnia 8 marca 2018 r. zostało wskazane w wykazie usług złożonym za pismem z dnia 30 kwietnia 2020 r. Zdaniem przystępującego, odwołujący miał zatem możliwość

podniesienia zarzutów dotyczących ww. doświadczenia – w tym w odniesieniu do wartości usługi (pkt V uzasadnienia odwołania) oraz zakresu udziału Abramss sp. z o.o. w konsorcjum realizującym usługę zimowego utrzymania dróg w ramach ww. umowy (pkt VI uzasadnienia odwołania) – w odniesieniu do pierwszego rozstrzygnięcia zamawiającego, a zatem w ramach odwołania, które zostało rozstrzygnięte wyrokiem Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1335/20. Zdaniem przystępującego zarzut dotyczący wartości usługi wskazywanej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu Izba powinna pozostawić bez rozpoznania także z powodu poddania tych kwestii pod rozstrzygnięcie sądu okręgowego w ramach wniesionej skargi na orzeczenie Izby w sprawie KIO 2231/20. Takie samo stanowisko przystępujący przedstawił w odniesieniu do zarzutu dotyczącego treści zobowiązania podmiotu udostępniającego swoje zasoby w zakresie udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia.

Niezależnie od powyższego, działając z ostrożności procesowej, przystępujący przedstawił stanowisko na potwierdzenie braku zasadności zarzutów odwołania. Przystępujący stwierdził, że wezwanie zamawiającego z dnia 1 grudnia 2020 r. wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zostało przez niego potraktowane jako wezwanie do udzielenia wyjaśnień, a nie do uzupełnienia dokumentu. W konsekwencji nie doszło do naruszenia zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący udzielił wyjaśnień wraz dowodami potwierdzającymi te wyjaśnienia (umowa przedwstępna zawarta z Hucz Sp. z o.o. Sp.k. oraz oświadczenie Hucz Sp. z o.o. Sp.k.). Zdaniem przystępującego nawet pominięcie treści poprawionego zobowiązania podmiotu udostępniającego swoje zasoby nie powoduje zasadności zarzutu odwołania, albowiem udzielone wyjaśnienia odnośnie zakresu udziału Hucz Sp. z o.o. Sp.k. w realizacji zamówienia są wystarczające dla stwierdzenia wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przystępujący wskazał, że w ramach przeprowadzonej procedury wyjaśniającej zostało wykazane, że sformułowanie „roboty nawierzchniowe” oznacza udział Hucz Sp. z o.o. Sp.k. w letnim utrzymaniu dróg w zakresie utrzymania nawierzchni dróg oraz odwodnienia, a także barier drogowych, zieleni [dot. pkt III i IV uzasadnienia odwołania].

Przystępujący nie zgodził się z odwołującym, że w wyniku udzielenia wyjaśnień dotyczących usługi zimowego utrzymania dróg doszło do modyfikacji wykazu. Wyjaśnił, że usługi w Rejonie w Mławie zostały zrealizowane w ramach umowy podanej w pierwotnym wykazie, a zatem nie można w tym przypadku mówić o modyfikacji treści wykazu usług. Z ostrożności wskazał, że wartość usługi zrealizował w samym Rejonie w Przasnyszu (nie uwzględniając Rejonu w Mławie) przekracza wymaganą wartość 2 000 000 zł – przystępujący powołał się na treść pisma GDDKiA Oddział w Warszawie z dnia 4 stycznia 2021 r. załączonego do pisma przystępującego z dnia 11 stycznia 2021 r. [dot. pkt V uzasadnienia odwołania].

Ponadto przystępujący stwierdził, że treść aneksu nr 2 z dnia 20 lutego 2018 r. do umowy konsorcjum potwierdza dokonanie zmiany zakresu obowiązków Abramss Sp. z o.o. z „utrzymania oznakowania pionowego” na „zimowe utrzymanie dróg wraz z chodnikami, ścieżkami rowerowymi i pracami przygotowawczymi”. W ocenie przystępującego z odwołania nie wynika, że odwołujący kwestionuje treść ww. aneksu, a jedynie zarzuca nieprzekazanie go GDDKiA Oddział w Warszawie, co jednak nie ma żadnego znaczenia w kontekście rzeczywistego wykonywania usług zimowego utrzymania dróg przez Abramss Sp. z o.o. [dot. pkt VI uzasadnienia odwołania].

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba uznała za zasadne stanowisko przedstawione przez przystępującego (poparte przez zamawiającego) odnośnie późnionego charakteru zarzutu opisanego w pkt VI uzasadnienia odwołania i w konsekwencji konieczności pozostawienia tego zarzutu bez rozpoznania. Zarzut ten dotyczył udziału Abramss Sp. z o.o. w usłudze zimowego utrzymania dróg w ramach usługi całorocznego kompleksowego utrzymania dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie wraz ze wszystkimi jej elementami w podziale na 14 zadań (Rejonów) – Zadanie nr 11 – Rejon w Przasnyszu (dalej jako „Usługa całorocznego kompleksowego utrzymania dróg – Rejon w Przasnyszu”). Skoro usługa zimowego utrzymania dróg wchodziła w zakres ww. usługi całorocznego kompleksowego utrzymania dróg, która została wskazana w pierwszym wykazie usług złożonym przez przystępującego, to zarzut dotyczący niewystarczającego zakresu udziału Abramss Sp. z o.o. w realizacji tej usługi winien zostać podniesiony w odwołaniu wniesionym na pierwsze rozstrzygnięcie zamawiającego (sprawa o sygn. akt KIO 1335/20). Ww. zarzut należało zatem ocenić jako późniony, tj. podniesiony po upływie terminu określonego w ustawie (zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp termin upłynął w dniu 15 czerwca 2020 r.) – co odpowiada przesłance odrzucenia odwołania wskazanej w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W przypadku, gdy przesłanka wskazana w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zostanie stwierdzona nie w odniesieniu do całego odwołania, lecz w odniesieniu do jednego lub kilku zarzutów wymienionych w odwołaniu, Izba postanawia o odrzuceniu tego zarzutu lub zarzutów lub pozostawieniu go/ich bez rozpoznania (równoważne rozstrzygnięcia wywołujące identyczne skutki, tj. nieobjęcie danych zarzutów zakres rozpoznania Izby). Mając zatem na uwadze wskazaną powyżej argumentację, uznając zasadność stanowiska przedstawionego przez przystępującego i zamawiającego, zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie określonym w pkt VI uzasadnienia odwołania Izba postanowiła pozostawić bez rozpoznania.

Izba nie znalazła natomiast podstaw do pozostawienia bez rozpoznania zarzutu dotyczącego wartości usługi zimowego utrzymania dróg wskazanej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia oraz zarzutu dotyczącego treści zobowiązania podmiotu udostępniającego swoje zasoby w zakresie udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia. W odniesieniu do przedstawionej przez przystępującego argumentacji co do poddania ww. kwestii pod rozstrzygnięcie sądu okręgowego, należy wskazać, że na chwilę rozpoznawania sprawy przez Izbę losy postępowania sądowego nie były znane. W szczególności nie było możliwe stwierdzenie, że z całą pewnością ww. kwestie zostaną ostatecznie objęte zakresem rozpoznania sądu okręgowego. W ustawie Pzp brak jest przepisu uprawniającego Izbę do odrzucenia lub pozostawienia zarzutów bez rozpoznania w takiej sytuacji, a zatem – skoro zarzuty te zostały podniesione w odwołaniu i nie występują przesłanki do ich pozostawienia bez rozpoznania lub odrzucenia – Izba obowiązana jest do ich rozpoznania. Z faktu podtrzymania ww. zarzutów w postępowaniu odwoławczym wynika, że odwołujący zdecydował się ostatecznie na poddanie ww. kwestii pod rozstrzygnięcie Izby. Należy jednak zwrócić uwagę, że to odwołujący, jako dysponent przedmiotu sporu, obowiązany jest przedsięwziąć niezbędne czynności, aby nie doszło do orzekania w tym samym zakresie przez dwa odrębne organy. Izba nie podzieliła również poglądu przystępującego co do późnionego charakteru zarzutu dotyczącego wartości usługi zimowego

utrzymania dróg. Jak bowiem wynika z dokumentacji postępowania pierwotnej czynności weryfikacji spełnienia przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu podlegała wartość usługi całorocznego kompleksowego utrzymania dróg. W ramach tej wartości przystępujący nie wskazywał (i nie miał takiego obowiązku) wartości wchodzących w skład ww. usługi: usług letniego oraz zimowego utrzymania dróg. Konieczność jak i możliwość wyodrębnienia wartości usługi zimowego utrzymania dróg pojawiła się dopiero w związku z wyrokiem Izby wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2231/20. Informacje w tym zakresie zostały podane przez przystępującego w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień z dnia 1 grudnia 2020 r. i podlegały ocenie przez zamawiającego w ramach powtórnej czynności badania i oceny ofert zakończonej czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 10 grudnia 2020 r.

Izba ustaliła, że odwołujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp (podlegającą badaniu na dzień jego złożenia).

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej [7.2.3) lit. a) IDW] zamawiający sformułował w następujący sposób: *Zamawiający uzna, iż Wykonawca zdolny do należytego wykonania udzielanego zamówienia, to taki, który wykaże się doświadczeniem, w należytych wykonaniu lub wykonywaniu w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:*

1.1.- 1 usługi polegającej na letnim utrzymaniu dróg klasy co najmniej G o wartości tej usługi co najmniej 1.250.000,00 zł brutto, oraz*

- 1 usługi polegającej na zimowym utrzymaniu dróg klasy co najmniej G o wartości tej usługi co najmniej 2.000.000,00 zł brutto, lub*

1.2.1 usługi (kompleksowej) polegającej na zimowym i letnim utrzymaniu dróg klasy co najmniej G (w ramach których wykonywane były również remonty nawierzchni dróg) o wartości tej usługi co najmniej 3.200.000,00 zł brutto.*

UWAGA!

W przypadku pkt. 1.1. tiret 1 i 2 jako 1 usługę Zamawiający rozumie wykonanie zadania w okresie jednego sezonu zimowego lub letniego.

W przypadku pkt. 1.2. jako 1 usługę Zamawiający rozumie wykonanie zadania w okresie jednego roku.

Jako sezon zimowy określa się okres co najmniej 5 m-cy w roku obejmujący okres z przedziału od października do kwietnia.

Jako sezon letni określa się okres co najmniej 5 m-cy w roku obejmujący okres z przedziału od kwietnia do października.

Przez letnie utrzymanie drogi rozumie się wykonywanie usług utrzymania drogi w zakresie co najmniej utrzymywania nawierzchni dróg oraz odwodnienia, a także barier drogowych, zieleni.

Przez zimowe utrzymanie drogi rozumie się wykonywanie usług utrzymania drogi w zakresie odśnieżania, zapobiegania powstawania śliskości, likwidowanie śliskości na drodze.

W pierwotnie złożonym wykazie usług przystępujący wskazał dwie usługi, w tym Usługę całorocznego kompleksowego utrzymania dróg – Rejon w Przasnyszu. Z treści referencji (z dnia 5 maja 2020 r.) dotyczących tej usługi wynika, że chodzi o usługę wykonywaną na podstawie umowy nr 34/2018 z dnia 8 marca 2018 r. W sprawie o sygn. akt KIO 1335/20 Izba ustaliła, że przystępujący nie wykazał spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia i w związku z tym wyrokiem z dnia 28 lipca 2020 r. nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do wykazania spełnienia tego warunku.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 11 sierpnia 2020 r., wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przystępujący złożył nowy wykaz usług, w którym w odniesieniu do usługi letniego utrzymania dróg powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego Hucz Sp. z o.o. Sp. z o.o. (w tym zakresie nastąpiła zamiana podmiotu trzeciego), a w odniesieniu do usługi zimowego utrzymania dróg powołał się na doświadczenie podmiotu Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe U. Z. U. . Pismem z dnia 28 sierpnia 2020 r. zamawiający wykluczył przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, stwierdzając brak dopuszczalności powołania się na doświadczenie podmiotów trzecich (w przypadku usługi letniego utrzymania dróg stanowisko zamawiającego było niejednoznaczne). Na czynność wykluczenia z postępowania przystępujący wniósł odwołanie do Prezesa Izby.

Wyrokiem z dnia 1 października 2020 r. sygn. akt KIO 2231/20 Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia przystępującego z postępowania i ponowne dokonanie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez przystępującego. Jak wynika z uzasadnienia ww. wyroku Izba uznała, że w zakresie usługi letniego utrzymania dróg zamiana podmiotu trzeciego była dopuszczalna, natomiast niedozwolone było powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego w odniesieniu do usługi zimowego utrzymania dróg. Jednakże w odniesieniu do drugiej z ww. usług Izba dopuściła możliwość powołania się przez przystępującego na usługę zimowego utrzymania wchodzącą w skład Usługi całorocznego kompleksowego utrzymania dróg – Rejon w Przasnyszu. Izba uznała bowiem, że zgodnie z wyrokiem w sprawie o sygn. akt KIO 1335/20 przyczyny uznania Usługi całorocznego kompleksowego utrzymania dróg – Rejon w Przasnyszu jako niepotwierdzającej spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnosiły się wyłącznie do części letniego utrzymania dróg. W uzasadnieniu wyroku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 2231/20 Izba wskazała między innymi: „(...)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.” Co równie istotne w kontekście obecnej sprawy w uzasadnieniu wyroku Izba wyjaśniła, że rozpoznając 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.” Zakres rozpoznania Izby w sprawie o sygn. akt KIO 2231/20 dotyczył zatem wyłącznie dopuszczalności powołania się przez przystępującego na zasoby podmiotów trzecich, a nie oceny

poszczególnych oświadczeń i dokumentów złożonych przez przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia.

W dniu 1 grudnia 2020 r. zamawiający wystosował do przystępującego dwa wezwania (odrębne pisma):

- na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wezwał przystępującego do złożenia dokumentu, o którym mowa w art. 22a ustawy Pzp oraz 10.2 IDW, tj. „Zobowiązania podmiotu trzeciego w przypadku, gdy Wykonawca polega na zdolnościach innych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia oraz w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”. W treści ww. wezwania zamawiający wskazał między innymi, że złożone uprzednio w postępowaniu zobowiązanie dotyczy wyłącznie robót nawierzchniowych, a nie letniego utrzymania drogi.
- na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2.3 a) IDW, tj. dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. wykazu usług wraz z dowodami określającymi czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Jak wynika z dalszej treści wezwania wyjaśnienia miały dotyczyć następujących kwestii: czy Abramss Sp. z o.o. w ramach umowy kompleksowej realizuje usługę zimowego utrzymania dróg klasy co najmniej G, czy wartość brutto tej usługi w jednym sezonie zimowym, tj. 2018/2019 wynosi co najmniej 2.000.000,00 zł, czy zakres usługi zimowego utrzymania drogi obejmował co najmniej odśnieżanie, zapobieganie powstawania śliskości, likwidowanie śliskości na drodze.

W odpowiedzi na wezwanie wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przystępujący złożył poprawione zobowiązanie Hucz Sp. z o.o. Sp.k. z dnia 7 grudnia 2020 r., umowę przedwstępną wraz z kosztorysem ofertowym (zastrzeżonym jako dokument zawierający informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) oraz oświadczenie Hucz Sp. z o.o. Sp.k. z dnia 29 września 2020 r. Przystępujący wskazał między innymi, że wezwanie zamawiającego rozumie jako wezwanie do poprawienia lub udzielenia wyjaśnień, a poprawiony dokument zobowiązania nie stanowi zobowiązania o nowej treści, lecz wyartykułowanie *expressis verbis* treści, która została już zawarta w pierwotnym dokumencie zobowiązania do udostępnienia zasobów.

W odpowiedzi na wezwanie wystosowane na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przystępujący wyjaśnił między innymi, że Abramss Sp. z o.o. w ramach podanej w Wykazie usług umowy nr 34/2018 z dnia 8 marca 2020 r. realizuje usługę zimowego utrzymania dróg klasy co najmniej G, a wartość tej usługi w sezonie zimowym 2018/2019 przekroczyła kwotę 2 000 000,00 zł brutto. Przystępujący wskazał, że celem potwierdzenia ww. wyjaśnień przedkłada pisma GDKKiA Oddział w Warszawie (z dnia 12 oraz 29 października 2020 r.), w których wskazano, że w ramach jednej umowy, tj. podanej w Wykazie usług umowy nr 34/2018 z dnia 8 marca 2018 r. w sezonie zimowym 2018/2019 wykonane zostały usługi w zakresie zimowego utrzymania dróg o wartości 2.863.507,65 zł.

Pismem z dnia 10 grudnia 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W dokumentacji postępowania znajdują się między innymi następujące pisma GDDKiA Oddział w Warszawie:

- pismo z dnia 12 października 2020 r. zawierające informację, że Konsorcjum (P.H.U. U. Z. U., Wiestar Sp. z o.o. oraz Abramss Sp. z o.o.) realizując umowę nr 34/2028 z dnia 8 marca 2018 r. w sezonie zimowym 2018/2019 wykonało usługi w zakresie zimowego utrzymania o wartości 1 653 120,00 zł, oraz informację, że zimowe utrzymanie dróg realizowane było tylko na terenie Rejonu w Przasnyszu (informacja, że wykonawca nie wykonywał usług zimowego utrzymania dróg w innych Rejonach została zawarta również w piśmie z dnia 9 października 2020 r. stanowiącym odpowiedź na wniosek odwołującego w trybie dostępu do informacji publicznej);
- pismo z dnia 19 października 2020 r. zawierające informację, że wynagrodzenie z tytułu zimowego utrzymania dróg krajowych objętych nadzorem Rejonu Przasnysz w okresie od 10.2018 r. do 04.2019 r. wyniosło 1 653 120 zł (236 160,00 zł miesięcznie), z kolei za okres od 10.2019 r. do 04.2020 r. wynagrodzenie z tego tytułu opiewało na wartość 1 679 569,92 zł (miesięczna kwota 239 938,56 zł), kwoty wypłacane były Wykonawcy w ramach całorocznego kompleksowego utrzymania dróg;
- pismo z dnia 29 października 2020 r. zawierające informację, że Konsorcjum w ramach umowy nr 34/2018 z dn. 08.03.2018 r. w sezonie zimowym 2018/2019 wykonało usługi w zakresie zimowego utrzymania na terenie Rejonu w Mławie o wartości 1 210 387,65 zł;
- pismo z dnia 19 listopada 2020 r. (pismo przewodnie z 20 listopada 2020 r.), w treści którego wyjaśniono, że w ramach umowy nr 34/2018 z dn. 08.03.2018 r. GDDKiA Oddział w Warszawie miał możliwość skierowania wykonawcy do realizacji usługi również na teren innego Rejonu. Z tej możliwości skorzystał w odniesieniu do Rejonu w Mławie, który był przez pewien czas bez umowy z powodu toczącego się postępowania przetargowego. W konsekwencji tego w ramach ww. umowy nr 34/2018 w sezonie zimowym 2018/2019 Konsorcjum wykonało usługi w zakresie zimowego utrzymania dróg również na terenie Rejonu w Mławie o wartości 1 210 387,65 zł (brutto). W piśmie tym przyznano, że we wcześniejszych pismach nieświadomie wprowadzono w błąd – kwestia realizacji usługi także w Rejonie w Mławie umknęła uwadze. Ponadto wskazano, że zgodnie z zapisami umowy nr 34/2018 zimowe utrzymanie dróg wchodziło w zakres utrzymania rutynowego i rozliczane było co miesiąc w ramach miesięcznego (cyklicznego) wynagrodzenia (ryczałt). W związku z powyższym Wykonawcy zostało wypłacone wynagrodzenie w nw. okresach: VI-XII 2018 – 1 653 120,00 zł (brutto), I – XII 2019 – 2 860 797,96 zł (brutto), I-X 2020 – 2 471 297,83 zł (brutto).

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentów załączonych przez przystępującego do pisma procesowego z dnia 11 stycznia 2021 r. (nie dot. pisma GDDKiA Oddział w Warszawie z dnia 4 stycznia 2021 r.) oraz wniosku o udostępnienie informacji z dnia 21 grudnia 2020 r. wraz z odpowiedzią GDDKiA z dnia 5 stycznia 2021 r. załączonych do pisma procesowego odwołującego z dnia 8 stycznia 2021 r. - z uwagi na fakt, że zostały one powołane na potwierdzenie zarzutu, który nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę (zarzut opisany w pkt VI uzasadnienia odwołania). Izba pominęła również pozostałe dokumenty załączone przez odwołującego do pisma z dnia 8 stycznia 2021 r. (za wyjątkiem pisma GDDKiA Oddział w Zielonej Górze z dnia 17 listopada 2020 r. oraz pisma GDDKiA Oddział w Warszawie z dnia 19 listopada 2020 r., które wchodziły w zakres dokumentacji postępowania) – z uwagi na fakt, że zostały powołane na potwierdzenie zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, lecz dopiero w ww. piśmie procesowym z dnia 8 stycznia 2021 r. (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Należy w tym miejscu przypomnieć, że pod pojęciem zarzutu podlegającego rozpoznaniu w postępowaniu odwoławczym rozumie się przede wszystkim wskazane przez odwołującego okoliczności faktyczne świadczące o naruszeniu przez zamawiającego określonych przepisów ustawy

Pzp. Natomiast do pisma GDDKiA Oddział w Warszawie z dnia 4 stycznia 2021 r., załączonego przez przystępującego do pisma procesowego z dnia 11 stycznia 2021 r., Izba odniosła się w dalszej części uzasadnienia.

Izba zwążyła, co następuje:

Odwolanie (w zakresie podlegającym rozpoznaniu) zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów okręgowych instytucja uregulowana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp winna być przez zamawiających stosowana z zachowaniem zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, tj. jednokrotnego uprawnienia (jak i obowiązku) zamawiającego wystosowania do wykonawcy tego rodzaju wezwania oraz jednokrotnego uprawnienia wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o którym mowa w ww. przepisie. Obowiązki wykonawcy ww. zasady na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie było pomiędzy stronami sporne i z tego powodu Izba pominie w niniejszym uzasadnieniu szczegółowe opisanie tej zasady jako niekwestionowanej przez uczestników postępowania odwoławczego. Wymaga jednak podkreślenia, że jej przestrzeganie przez zamawiających ma fundamentalne znaczenie w kontekście naczelną zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Sporne pomiędzy stronami było natomiast to, czy w postępowaniu doszło do naruszenia tej zasady przez zamawiającego na skutek wystosowania do przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwania z dnia 1 grudnia 2020 r., w sytuacji gdy na wcześniejszym etapie postępowania miało już miejsce skierowanie do przystępującego wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (wezwanie z dnia 11 sierpnia 2020 r.). Wymaga zauważenia, że stanowisko zamawiającego i przystępującego po stronie zamawiającego nie było ze sobą spójne. W ocenie zamawiającego dopuszczalne było skierowanie do przystępującego kolejnego wezwania do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia. Natomiast przystępujący podkreślał, że wezwanie zamawiającego z dnia 1 grudnia 2020 r. wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp rozumiał nie jako wezwanie do uzupełnienia dokumentu zobowiązania, lecz wezwanie do poprawienia lub udzielenia wyjaśnień i w ten również sposób przedstawiał swoją odpowiedź na to wezwanie, tj. jako udzielenie wyjaśnień. Stanowisko zamawiającego co do przysługującego mu uprawnienie do wezwania przystępującego do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego swoje zasoby Izba uznała za nieprawidłowe. W sprawie o sygn. akt KIO 1335/20 Izba uznała, że oświadczenia i dokumenty złożone przez przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia warunku tego nie potwierdzają i związku z tym – wobec stwierdzenia, iż w tym zakresie nie miała jeszcze miejsce zastosowania instytucja wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów uregulowana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – w wyroku z dnia 28 lipca 2020 r. nakazała zamawiającemu wystosowanie do przystępującego wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wyrok Izby został przez zamawiającego wykonany (wezwanie z dnia 11 sierpnia 2020 r.) i tym samym przystępujący otrzymał drugą (i ostatnią) szansę na złożenie oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia. Umożliwienie przystępującemu kolejnego uzupełnienia dokumentów, co nastąpiło na podstawie wezwania z dnia 1 grudnia 2020 r., było zatem niedopuszczalne. Należy wyjaśnić, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 11 sierpnia 2020 r. przystępujący przedstawił całkowicie zmieniony wykaz usług wraz z załącznikami w postaci nowych referencji i zobowiązania (oświadczenia) podmiotu udostępniającego swoje zasoby. Zatem wszystkie oświadczenia i dokumenty złożone na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 11 sierpnia 2020 r., miały status oświadczeń i dokumentów uzupełnionych i w konsekwencji nie podlegały one dalszej procedurze uzupełniania. Takim uzupełnionym oświadczeniem było między innymi zobowiązanie podmiotu udostępniającego swoje zasoby, tj. oświadczenie Hucz Sp. z o.o. Sp.k. z dnia 17 sierpnia 2020 r. Zamawiający nie był zatem uprawniony do wystosowania do przystępującego kolejnego wezwania do uzupełnienia tego dokumentu (wezwanie z dnia 1 grudnia 2020 r.). Mając na uwadze powyższe podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (w odwołaniu omyłkowo art. 23 ust. 3 ustawy Pzp) należało uznać za zasadny.

W związku z tym, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego swoje zasoby niewątpliwie nie podlegało uzupełnieniu, nie budzi zdziwienia stanowisko zaprezentowane przez przystępującego już na etapie udzielania odpowiedzi na wezwanie z dnia 1 grudnia 2020 r., polegające na traktowaniu ww. pisma zamawiającego nie jako wezwania do uzupełnienia dokumentu, lecz wezwania do wyjaśnień, a odpowiedzi udzielonej przez przystępującego – jako złożonych wyjaśnień. Stanowisko przystępującego pozostaje jednak w oczywistej sprzeczności z treścią wezwania zamawiającego z dnia 1 grudnia 2020 r., gdzie w sposób wyraźny i jednoznaczny wskazano, że zamawiający wzywa przystępującego do uzupełnienia dokumentu, a nie do udzielenia wyjaśnień. W związku z niedopuszczalnością wezwania do uzupełnienia dokumentu z dnia 1 grudnia 2020 r. oświadczenia i dokumenty złożone przez przystępującego w odpowiedzi na to wezwanie nie podlegały ocenie w ramach czynności badania i oceny ofert. Natomiast dokonana przez zamawiającego ocena treści pierwszego zobowiązania podmiotu trzeciego (oświadczenia Hucz Sp. z o.o. Sp.k. z dnia 17 sierpnia 2020 r.) była prawidłowa. Treść tego zobowiązania nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Zgodnie bowiem z przepisem art. 22a ust. 4 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wymagane przez zamawiającego zdolności wyrażone warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym doświadczenia polegały na posiadaniu określonego doświadczenia w realizacji usługi zimowego utrzymania dróg i usługi letniego utrzymania dróg. Zdolności te wymagane są do zrealizowania przedmiotu zamówienia w zakresie odpowiednio: usługi zimowego utrzymania dróg oraz usługi letniego utrzymania dróg. Jeżeli zatem w odniesieniu do warunku posiadania doświadczenia w realizacji usługi letniego utrzymania dróg przystępujący powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, to przedmiot zamówienia polegający na usłudze letniego utrzymania dróg musi być realizowany przez ten podmiot, a okoliczność ta w sposób jednoznaczny winna wynikać z treści złożonego oświadczenia tego podmiotu o udostępnieniu swoich zasobów. Tymczasem z treści oświadczenia Hucz Sp. z o.o. Sp.k. z dnia 17 sierpnia 2020 r. wynika, że podmiot ten zobowiązał się do realizacji tylko części prac wchodzących w zakres letniego utrzymania dróg, tj. jedynie robót nawierzchniowych. Jako roboty nawierzchniowe niewątpliwie można rozumieć prace dotyczące nawierzchni dróg, ale z pewnością nie pozostałe prace wchodzące zgodnie z treścią OPZ w zakres letniego utrzymania dróg, a dotyczące innych elementów niż nawierzchnia, tj. prace dotyczące odwodnienia, barier drogowych czy zieleni (pkt III.1, III.2, III.3, III.6 III.8 OPZ, pkt 7.2.3 lit. a) IDW). Ww. oświadczenie Hucz Sp. z o.o. Sp.k. nie tylko nie podlegało uzupełnieniu, ale również nie podlegało wyjaśnieniu. Uznanie ewentualnych wyjaśnień przystępującego, iż pod pojęciem roboty nawierzchniowe tak

naprawdę rozumiał pełny zakres letniego utrzymania dróg oznaczałoby dopuszczenie sytuacji, w której oświadczenia wykonawców lub podmiotów udostępniających swoje zasoby składane w postępowaniu nie miałyby żadnego znaczenia, gdyż podmioty te uprawnione byłyby do twierdzenia, że tak naprawdę miały na myśli coś innego niż wynika ze złożonych przez nich oświadczeń. W ocenie Izby treść oświadczenia Hucz Sp. z o.o. Sp.k. z dnia 17 sierpnia 2020 r. w zakresie jego udziału w realizacji przedmiotu zamówienia była jednoznaczna, tj. dotyczyła jedynie robót nawierzchniowych, a nie pełnego zakresu letniego utrzymania dróg (tj. także odwodnienia, barier drogowych czy zieleni). Mając na uwadze powyższe ww. zakres udziału Hucz Sp. z o.o. Sp.k. w realizacji zamówienia należało uznać za niewystarczający na gruncie regulacji art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji należało stwierdzić, że przystępujący nie wykazał warunku udziału postępowaniu dotyczącego doświadczenia w zakresie letniego utrzymania dróg.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wartości usługi zimowego utrzymania dróg należy wskazać, że w wyroku z dnia 1 października 2020 r. wydanym w sprawie KIO 2231/20 Izba dopuściła możliwość uwzględnienia w ramach ponownej czynności badania i oceny ofert usługi zimowego utrzymania dróg wchodzącej w skład Usługi całorocznego kompleksowego utrzymania dróg – Rejon w Przasnyszu, wskazanej w pierwszym wykazie usług złożonym przez przystępującego. W uzasadnieniu ww. wyroku Izba wskazała między innymi, że „(...) 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.” Izba wskazała zatem na możliwość zastosowania przez zamawiającego instytucji wyjaśnień w odniesieniu do usługi zimowego utrzymania dróg. Nie kwestionując w żadnym zakresie ww. stanowiska Izby, należy jednak podkreślić, że zastosowanie przez zamawiającego instytucji wyjaśnień winno mieć miejsce z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Kierując się zatem tą zasadą, jak i treścią uzasadnienia wyroku Izby w sprawie KIO 2231/20 należy stwierdzić, że weryfikacji pod kątem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji procedurze wyjaśnień, podlegała usługa zimowego utrzymania dróg wyłącznie w zakresie – w tym pod względem jej wartości – który został uwzględniony w ramach Usługi całorocznego kompleksowego utrzymania dróg – Rejon w Przasnyszu, wskazanej w pierwszym wykazie złożonym przez przystępującego. Bezsporne pomiędzy stronami było to, że Usługa całorocznego kompleksowego utrzymania dróg – Rejon w Przasnyszu zawarta w pierwszym wykazie nie uwzględniała zakresu i wartości usługi wykonanej w Rejonie w Mławie – wynika to także z przywołanych powyżej pism GDDKiA Oddział w Warszawie, a w szczególności pisma z dnia 19 listopada 2020 r. A zatem zakres i wartość tych prac nie mogły zostać uwzględnione w ramach powtórzonej czynności badania i oceny ofert, gdyż oznaczałoby to kolejną zmianę treści wykazu usług. Mając na uwadze fakt, że przystępujący dokonał już zmiany wykazu usług w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 11 sierpnia 2020 r. – kolejną zmianę wykazu usług dokonaną w ramach ponownej czynności badania i oceny ofert po wyroku Izby z dnia 1 października 2020 r. sygn. akt KIO 2231/20 – należało uznać za niedopuszczalną. Uwzględnieniu podlegała zatem jedynie podana przez przystępującego wartość usługi zimowego utrzymania dróg w Rejonie w Przasnyszu, tj. 1 653 120 zł. Jest to zatem wartość niewystarczająca dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (wymóg co do wartości: co najmniej 2 000 000 zł). Należy również dodać, że uwzględnieniu w ramach oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie podlegają nowe informacje zawarte w piśmie GDDKiA Oddział w Warszawie z dnia 4 stycznia 2020 r., załączonym do pisma procesowego przystępującego z dnia 11 stycznia 2021 r. Jako wartość usługi w Przasnyszu należy brać pod uwagę kwotę, która została podana przez przystępującego w toku czynności badania i oceny ofert przeprowadzonej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, tj. kwotę 1 653 120 zł, a nie inną kwotę podaną w ramach postępowania odwoławczego. Ponadto uwzględnienie kwoty wskazanej w ww. piśmie z dnia 4 stycznia 2021 r. stanowiłoby kolejną niedopuszczalną zmianę treści wykazu usług przez przystępującego.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia (pkt 7.2.3 lit. a) IDW) zarówno w odniesieniu do usługi letniego utrzymania dróg jak i usługi zimowego utrzymania dróg. W konsekwencji powyższego zarzuty odwołania dotyczące zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu Izba uznała za zasadne.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie drugim sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 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), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....
.....