

WYROK
z dnia 17 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Małgorzata Matecka
Agata Mikołajczyk
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2020 r. przez wykonawcę: **Plus Inwest P. Ż. sp.j. ul. Kolejowa 11a, 55-010 Żerniki Wrocławskie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w ramach **Konsorcjum: B. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ORFIX Zakład Usługowy B. O., D. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D. O. DANTEINFO, Tyniec nad Słężą ul. Leśnia 18, 55-040 Kobierzyce** głaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) powtórzenie czynności oceny badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w ramach Konsorcjum: **B. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ORFIX Zakład Usługowy B. O., D. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D. O. DANTEINFO, Tyniec nad Słężą ul. Leśnia 18, 55-040 Kobierzyce** do wykazania samodzielnego posiadania zdolności technicznej i zawodowej, zgodnie z warunkiem opisanym w rozdziale 7 pkt. 3 lit. a dla zadania 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

3) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław, i:**

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Plus Inwest P. Ż. sp.j., ul. Kolejowa 11a, 55-010 Żerniki Wrocławskie** tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186 53-139 Wrocław** na rzecz wykonawcy: **Plus Inwest P. Ż. sp.j. ul. Kolejowa 11a, 55-010 Żerniki Wrocławskie** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu, Rejon we Wrocławiu w latach 2020-2021 z podziałem na zadania.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 150-368227 w dniu 5 sierpnia 2020 r.

W dniu 23 listopada 2020 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum firm: **ORFIX Zakład Usługowy B. O., Danteinfo D. O.** z siedzibą lidera konsorcjum w Tyńcu nad Słężą (dalej zwane „Konsorcjum ORFIX”), jako oferty najkorzystniejszej w części nr 4 zamówienia.

Wykonawca, **PLUS INWEST P. Ż. Sp. Jawna** z siedzibą w Żernikach Wrocławskich wniósł odwołanie wobec:

1. dokonania przez Zamawiającego w części 4 zamówienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum ORFIX,

2. zaniechania wykluczenia z postępowania w części 4 zamówienia i odrzucenia oferty Konsorcjum ORFIX, z powodu nie wykazania spełnienia warunku posiadania zdolności technicznej i zawodowej do realizacji przedmiotu zamówienia - Rozdział 7 pkt. 3 lit. a dla zadania 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

3. zaniechania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, pomimo iż oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum ORFIX jako najkorzystniejszej,
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania i zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ORFIX, gdyż nie wykazał on spełnienia warunku posiadania zdolności technicznej i zawodowej do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogiem - rozdział 7 pkt. 3 lit. a dla zadania 4 SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum ORFIX,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia Konsorcjum ORFIX z postępowania i uznania jego oferty jako odrzuconą,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert, i dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej,
- zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

Odwołujący podniósł, iż gdyby Konsorcjum ORFIX zostało wykluczone z postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą, to Odwołujący uzyskałaby największą ilość punktów, gdyż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą, i Odwołujący uzyskałby zamówienie.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w rozdziale 7 pkt. 3 lit. a SIWZ określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej dla zadania nr 4 na poziomie posiadania wiedzy i doświadczenia w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie ;

a) zadań polegających na sprzątaniu pasa drogowego o łącznej powierzchni nie mniejszej niż 25 ha. Wyżej wymieniony warunek może być spełniony w ramach 1,2 lub 3 zadań łącznie, oraz

b) zadań polegających na wycince drzew w pasie drogowym w ilości łącznej nie mniejszej niż 50 szt. Wyżej wymieniony warunek może być spełniony w ramach 1 lub 2 zadań łącznie, oraz

c) zadań polegających na koszeniu traw w pasie drogowym w łącznej ilości nie mniejszej niż 400 ha. Wyżej wymieniony warunek może być spełniony w ramach 1,2 lub 3 zadań łącznie, oraz

d) zadań polegających na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w łącznej ilości nie mniejszej niż 3 000 szt. Wyżej wymieniony warunek może być spełniony w ramach 1,2 lub 3 zadań łącznie.

Odwołujący zarzucił, że Konsorcjum ORFIX nie posiada samodzielnie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej na poziomie wymaganym przez Zamawiającego. Jak wynika ze złożonych dokumentów, tj. JEDZ Lidera i partnera Konsorcjum ORFIX w części II Informacje dotyczące wykonawcy lit. c Konsorcjum polega na zdolności innych podmiotów w celu wykazania spełnienia warunków dotyczących posiadania zdolności technicznej lub zawodowej. Na potwierdzenie tego faktu Konsorcjum ORFIX przedłożyło JEDZ podmiotu trzeciego F.H.U. „KUBA” P. P. z siedzibą w Imbranowicach, na którego zasoby się powołuje. Jak wynika z JEDZ ww. podmiotu trzeciego, na pytanie „Czy wykonawca bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi wykonawcami?” odpowiedział „NIE” oraz wskazał, że jako podmiot trzeci oddaje do dyspozycji Konsorcjum ORFIX swoją wiedzę i doświadczenie oraz osoby. Na potwierdzenie oświadczeń złożonych w JEDZ przez F.H.U. „KUBA” P. P. Konsorcjum ORFIX złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego, z którego wynika, że F.H.U. „KUBA” P. P. zobowiązuje się do oddania wiedzy i doświadczenia i potencjału kadrowego na potrzeby wykonania przedmiotowego zamówienia i jednocześnie oświadcza, iż;

„a) udostępniam wykonawcy ww. zasoby w następującym zakresie:

Wiedza i doświadczenie (sprzątanie pasa drogowego, wycinka drzew i mycie znaków) oraz osoby uczestniczące w wykonaniu zamówienia (kierownik i majster robót)

b) sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów będzie następujący; bezpośrednie kierowanie i nadzorowanie robót przez kierownika i majstra robót oraz doradztwo, konsultacje, przez co należy rozumieć ogół działań podejmowanych przez firmę F.H.U. „KUBA” P. P. w Imbranowicach, która od wielu lat wykonuje zadania przy utrzymaniu dróg publicznych. Przygotowanie pracowników oraz pomoc Konsorcjum firm w wykonaniu prac utrzymaniowych na drogach krajowych przez stałe wsparcie, w celu osiągnięcia jak najefektywniejszego działania przy bieżącym utrzymaniu dróg, przy użyciu określonych instrumentów.”

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku Zamawiający zażądał przedłożenia wykazu usług wraz z załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie - rozdział 9 pkt. 7 lit. c SIWZ. Konsorcjum ORFIX złożyło wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych usług. Jak wynika z tego wykazu Konsorcjum ORFIX w celu spełnienia warunku podaje w 3 pozycjach, tj. 1, 2, 4 doświadczenie podmiotu trzeciego F.H.U. „KUBA” P. P. w Imbranowie co potwierdza, że konsorcjum ORFIX nie spełnia samodzielnie warunku zdolności technicznej lub zawodowej.

Odwołujący podkreślił, że za skuteczne przekazanie zasobu zdolności technicznej lub zawodowej w celu wykazania spełnienia warunku musi się odbyć poprzez jasną deklarację, że podmiot trzeci zrealizuje usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 22a ust. 4 Pzp).

Jak wynika z treści oferty Konsorcjum ORFIX, zasoby zdolności technicznej lub zawodowej nie zostały skutecznie udostępnione, gdyż Konsorcjum ORFIX w ofercie oświadczyło (pkt. 5 oferty dla zadania 4), że nie zamierza powierzyć podwykonawcom jakiegokolwiek części zamówienia, co koresponduje z obowiązaniem złożonym przez podmiot trzeci, który również nie deklaruje faktycznej realizacji części zamówienia. Wykonawca nie może więc powoływać się na doświadczenie innego podmiotu, nie zapewniając wykonywania przez ten podmiot części zamówienia, do wykonania której wymagana jest zdolność, jaką ten podmiot posiada (art. 22a ust. 4 Pzp).

Z postępowania wynika wprost, że dla Zamawiającego istotne jest, aby wykonawca wykonujący zamówienie posiadał doświadczenie w zakresie sprzątania pasa drogowego, wycinki drzew, mycia oznakowania - bo to daje mu rękojmię należytego wykonania zamówienia. Dlatego też w sytuacji, w której wykonawca sam nie posiada wymaganego doświadczenia w zakresie pewnego rodzaju prac i powołuje się na doświadczenie innego podmiotu, to naturalną konsekwencją powyższego jest zapewnienie udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, w tej części, w której

wykonawca składający ofertę doświadczenia nie ma.

Brak wykazania przez Konsorcjum ORFIX podwykonawców, brak wskazania w zobowiązaniu podmiotu trzeciego o rzeczywistym wykonaniu części zamówienia powoduje, że Konsorcjum ORFIX nie wykazało spełnienia warunku wynikającego z rozdziale 7 pkt.3 lit, a SIWZ.

Odwołujący przywołał treść opinii UZP pt. „Zakres dokumentów, jakie przedstawia wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunków podmiotowych, w sytuacji, w której korzysta z potencjału podmiotu trzeciego.” (...) uprawnione jest stwierdzenie, że dla celów wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego nie jest wystarczające przedstawienie jakiegokolwiek dokumentu podmiotu trzeciego odwołującego się do woli udostępnienia jego zasobów, ale niezbędne jest przedstawienie (dokumentu, dokumentów), których treść będzie wykazywać faktyczną dostępność tych zasobów na użytek wykonawcy w celu realizacji zamówienia. Bez znaczenia jest przy tym charakter więzi prawnej łączącej wykonawcę z podmiotami trzecimi. (...) Zamawiający powinien zatem uzyskać pewność, że wykonawca odwołujący się przy wykazywaniu swojej zdolności do realizacji zamówienia do zasobów podmiotu trzeciego realnie będzie uprawniony do korzystania z tych zasobów. Co więcej, zamawiający powinien uzyskać w ten sposób szczegółową wiedzę dotyczącą obszarów, w jakich realizacja zamówienia będzie odbywała się przy udziale zasobów podmiotu trzeciego, umożliwiającą egzekwowanie poprawnej realizacji zamówienia, zgodnie z deklarowanymi przez wykonawcę zobowiązaniami podmiotów trzecich. Tylko szczegółowe określenie zakresu i sposobu zobowiązania podmiotu trzeciego, przedstawione przez wykonawcę, umożliwia zamawiającemu podjęcie decyzji uznania kwalifikacji tego wykonawcy w odniesieniu do realizacji zamówienia”.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że ze względu na brak wskazania w ofercie Konsorcjum ORFIX powierzenia podmiotowi trzeciemu do realizacji części przedmiotu zamówienia i brak deklaracji w zobowiązaniu ze strony podmiotu trzeciego co do faktycznego wykonania części usługi powoduje niemożliwość zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza co do zasady prezentowała stanowisko, iż na etapie wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu niemożliwym było powołanie się na potencjał podmiotu trzeciego, jeżeli powyższe prowadziłoby jednocześnie do zmiany oświadczenia co do podwykonawstwa przez wykonawcę, który w momencie składania ofert deklarował samodzielną realizację zamówienia (wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2015 r., sygn. akt: 1284/15).

Konsorcjum ORFIX nie wykazało spełnienia warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej do zrealizowania przedmiotu zamówienia na poziomie określonym przez Zamawiającego, co powoduje, że wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.1 pkt.12 Pzp. Zaniechanie przez Zamawiającego tej czynności spowodowało naruszenie art. 7 ust 1 i 3 Pzp oraz art. 91 ust.1 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie jako Konsorcjum firm: B. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ORFIX Zakład Usługowy B. O., D. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D. O DANTEINFO, z siedzibą w Tyńcu nad Słężą zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego.

Przystępujący podniósł, że z treści odwołania nie wynika, aby Odwołujący kwestionował poprawność czynności oceny ofert w oparciu o przyjęte w SIWZ kryteria oceny lub konstrukcję kryteriów oceny ofert w postępowaniu. W konsekwencji również podniesione przez Odwołującego rzekome naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp nie w okolicznościach niniejszej sprawy nie miało miejsca.

Przystępujący wskazał, że w rozdziale 10 SIWZ Zamawiający przewidział, że wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do zamówienia, lub jego części mogą polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunków prawnych. Natomiast wykonawca, który chciałby polegać na zdolnościach lub sytuacji innego podmiotu miał obowiązek 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.

Przystępujący podkreślił, że jak wskazuje się w orzecznictwie, istotą powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego jest możliwość posłużenia się jego doświadczeniem, pod warunkiem dysponowania tymi zasobami podczas realizacji zamówienia (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 31 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 10/20). Przy czym realność udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci należy zawsze oceniać w odniesieniu do konkretnego przypadku i towarzyszących mu okoliczności udostępnienia określonych zasobów (tak np. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO/KD 113/13). Zgodnie zaś ze stanowiskiem przedstawicieli doktryny, przepis art. 22a ust. 1 Pzp nie uzależnia możliwości korzystania z potencjału podmiotu trzeciego od charakteru prawnego stosunków prawnych łączących wykonawcę z podmiotem trzecim. Stosunek ten może przybrać formy rozmaitych umów, zobowiązujących podmiot trzeci do zapewnienia wykonawcy stosownego wsparcia koniecznego do realizacji zamówienia (red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, 2020 r., wydanie 12). Jednocześnie wskazuje się, że zobowiązanie podmiotu trzeciego stanowi oświadczenie woli. W związku z powyższym powinno być tłumaczone zgodnie z zasadami wykładni oświadczeń woli, które są zawarte w art. 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny.

Przystępujący podniósł, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, złożone w postępowaniu zobowiązanie podmiotu trzeciego ma znacznie szerszą treść niż wynika to z treści odwołania. Już sam jego tytuł potwierdza, że objęte nim zasoby zostały oddane Przystępującemu „...na potrzeby wykonania zamówienia”, tj. faktycznej realizacji zamówienia w zakresie udostępnionych zasobów. Ponadto, z przedmiotowego zobowiązania wynika, że podmiot trzeci zobowiązał się do oddania Przystępującemu swoich zasobów w konkretnym zakresie, tj. w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego. W punkcie „d” zobowiązania podmiot trzeci wprost wskazał, że zakres jego zobowiązania przy wykonywaniu zamówienia będzie obejmował zakres objęty umową z Zamawiającym na: „Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon we Wrocławiu w latach 2020-2021 z podziałem na zadania: Zadanie 4 Prace utrzymaniowe”. W punkcie „c” zobowiązał się zaś do udostępnienia Przystępującemu swoich zasobów poprzez ogół działań potrzebnych do realizacji prac objętych umową na „Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon we Wrocławiu w latach 2020-2021 z podziałem na zadania: Zadanie 4 Prace utrzymaniowe” w zakresie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz warunku dotyczącego potencjału kadrowego, a jego faktyczne zaangażowanie ma polegać na pomocy Przystępującemu w wykonaniu robót utrzymaniowych na drogach objętych przedmiotem zamówienia. W świetle zakresu udostępnionego potencjału oczywiste jest, że przedmiotowa pomoc ma dotyczyć przynajmniej usług w zakresie, w jakim podmiot trzeci udostępnił swój potencjał Przystępującemu. Ponadto, w punkcie „e” podmiot trzeci wskazał, że okres jego udziału przy

wykonywaniu zamówienia będzie obejmował cały czas realizacji zamówienia. Użycie sformułowania „wykonywaniu zamówienia” oraz odniesienie go do całego okresu w jakim przedmiotowe zamówienia ma być realizowane świadczy to o rzeczywistym faktycznym udostępnieniu potencjału Przystępującemu.

Również kontekst sytuacyjny złożonego zobowiązania wskazuje, że podmiot trzeci udostępnił swój potencjał w sposób konkretny i realny. Trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, że podmiot, który posiada wiedzę i doświadczenie co do funkcjonowania rynku zamówień publicznych oraz przepisów ustawy Pzp, a także od wielu lat wykonuje zadania przy utrzymaniu dróg publicznych miałby udostępnić swój potencjał w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp oraz SIWZ przedmiotowego postępowania. Takie działanie byłoby sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

Zamawiający wniósł na rozprawie o oddalenie odwołania. Wskazał, że zgodnie z sekcją 10 SIWZ, wykonawca miał prawo posiłkować się wiedzą i doświadczeniem podmiotów trzecich. Podkreślił, że Odwołujący nie podnosił w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 22a ust. 4 Pzp. W ocenie Zamawiającego, udostępnienie potencjału sformułowane w przekazanym Zamawiającemu zobowiązaniu należy oceniać w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego i specyfiki przedmiotu i warunków realizacji zamówienia. Część 4 zamówienia jest to wybitnie część usługowa obejmująca prace oczyszczania, pielęgnacji dróg i poboczy (ponad 200 kilometrów). Wskazał, że zgodnie ze złożonym przez Przystępującego wykazem osób, podmiot trzeci udostępnił Przystępującemu p. P. P. i p. A. S., jako osoby proponowane na stanowisko kierownika robót i majstra, które to osoby spełniają wymogi w zakresie doświadczenia określone przez Zamawiającego w SIWZ. Zdaniem Zamawiającego, udostępnienie doświadczenia nie musi polegać bezpośrednio na udostępnieniu grupy pracowników, którzy będą wykonywać faktyczne prace, jako pracownicy fizyczni, ale może też polegać na udostępnieniu osób, które będą kierowały tymi pracami i je nadzorowały tak, aby były one wykonywane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający wskazuje, że zgodnie z zobowiązaniem podmiotu trzeciego, osoby te będą wykonywały swoje obowiązki osobiście, a nie wyłącznie przez telefoniczne konsultacje, co sugeruje Odwołujący.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, zgodnie art. 192 ust. 7 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie w ramach Konsorcjum: B. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ORFIX Zakład Usługowy B. O., D. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D. O DANTEINFO, skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w SIWZ – w rozdziale 7 Warunki udziału w postępowaniu, pkt 3 zdolności technicznej i zawodowej, lit. a - określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące wykonawcy, o treści:

„Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

Zadanie 4

a) zadań polegających na sprzątnięciu pasa drogowego o łącznej powierzchni nie mniejszej niż 25 ha. Wyżej wymieniony warunek może być spełniony w ramach 1, 2 lub 3 zadań łącznie.

oraz

b) zadań polegających na wycince drzew w pasie drogowym w ilości łącznej nie mniejszej niż 50 szt. Wyżej wymieniony warunek może być spełniony w ramach 1 lub 2 zadań łącznie.

oraz

c) zadań polegających na koszeniu traw w pasie drogowym w łącznej ilości nie mniejszej niż 400 ha. Wyżej wymieniony warunek może być spełniony w ramach 1, 2 lub 3 zadań łącznie.

oraz

d) zadań polegających na myciu oznakowania pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w łącznej ilości nie mniejszej niż 3 000 szt. Wyżej wymieniony warunek może być spełniony w ramach 1, 2 lub 3 zadań łącznie.”

Pod literą b Zamawiający opisał natomiast warunki udziału w postępowaniu dotyczące osób dla zadania 4, o treści:

„Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone.

Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania:

1.osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika robót wymagana liczba osób: 1 minimalne kwalifikacje zawodowe i doświadczenie:

- 2 letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika robót lub Kierownika budowy przy realizacji zadań obejmujących prace utrzymaniowe i porządkowe na drogach klasy minimum GP.

2.osoba proponowana do pełnienia funkcji Majstra wymagana liczba osób: 1

minimalne doświadczenie:

- 2 letnie doświadczenie na stanowisku Majstra przy realizacji zadań obejmujących prace utrzymaniowe i porządkowe na drogach klasy min. GP.”

Zgodnie z postanowieniem zawartym w rozdziale 9 pkt 7 ppkt 1 lit. c i d SIWZ, Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców na potwierdzenie spełniania ww. warunków udziału odpowiednio: wykazu usług oraz wykazu osób.

Zgodnie z rozdziałem 10 SIWZ, Zamawiający postanowił, że „Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Zgodnie z pkt 10.1. SIWZ, „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.”

W pkt 10.3 SIWZ Zamawiający postanowił, że „oceni, czy udostępniane Wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą, wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 ustawy Pzp oraz o których mowa w pkt 8.2. IDW.”

W pkt 10.4 SIWZ Zamawiający postanowił, że „W odniesieniu do warunków dotyczących 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.”

W pkt 10.6 SIWZ Zamawiający postanowił, że „Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, podmiotu, na którego zdolnościach polega Wykonawca, nie potwierdzają spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, Zamawiający zażąda, aby Wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego:

a) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub

b) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w pkt 10.1. IDW

W pkt 10.9 SIWZ Zamawiający wskazał, że „W celu oceny czy Wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający żąda dokumentów, które określają w szczególności:

1) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu;

2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;

3) zakres/okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;

4) czy podmiot, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.”

W rozdziale 19 pkt 4 ppkt 3 SIWZ Zamawiający opisał kryterium oceny ofert w zadaniu nr 4 „Doświadczenie Kierownika robót” z wagą 10%. Zamawiający wskazał, że kryterium „Doświadczenie Kierownika robót” będzie rozpatrywane na podstawie doświadczenia Kierownika robót podanego przez Wykonawcę na Formularzu „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2.2.).

Za skierowanie do pełnienia funkcji Kierownika robót osoby posiadającej większe doświadczenie niż wymagane w pkt 7.2.3.b) Zadanie 4 ppkt. 1) Tom I SIWZ — IDW tj. większe niż 2 letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika robót lub Kierownika budowy przy realizacji zadań obejmujących prace utrzymaniowe i porządkowe na drogach klasy minimum GP, Zamawiający przyzna następującą liczbę punktów:

- za dodatkowe 3 lata doświadczenia, ponad wymagane w pkt 7.2.3.b)1) Zadanie 4 ppkt. 1 Tom I SIWZ – IDW, tj. za dodatkowe 3 letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika robót lub Kierownika budowy przy realizacji zadań obejmujących prace utrzymaniowe i porządkowe na drogach klasy minimum GP, Wykonawca otrzymuje - 10 pkt.

Uwaga: jeżeli wskazana osoba w tym samym czasie nabywała doświadczenie na różnych zadaniach to okres doświadczenia nie będzie zsumowany.”

Konsorcjum ORFIX złożyło wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj.F.H.U. „KUBA” P. P. z siedzibą w Imbramowicach z dnia 04.09.2020 r. do oddania do dyspozycji Konsorcjum ORFIX zasobów na potrzeby realizacji zamówienia w postaci: wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego (Kierownik robót i Majster). Podmiot trzeci oświadczył w zobowiązaniu, że udostępni wykonawcy ww. zasoby w zakresie: „wiedza i doświadczenie (sprzątanie pasa drogowego, wycinka drzew i mycie znaków) oraz osoby uczestniczące w wykonaniu zamówienia (kierownik i majster robót)”.

Podmiot trzeci określił sposób wykorzystania udostępnionych zasobów, jako: „bezpośrednie kierowanie i nadzorowanie robót przez kierownika i majstra robót oraz doradztwo, konsultacje, przez co należy rozumieć ogół działań podejmowanych przez firmę F.H.U. „KUBA” P. P. z Imbramowic, która od wielu lat wykonuje zadania przy utrzymaniu dróg publicznych. Przygotowanie pracowników oraz pomoc Konsorcjum firm w wykonaniu robót utrzymaniowych na drogach krajowych przez stałe wsparcie, w celu osiągnięcia jak najefektywniejszego działania przy bieżącym utrzymaniu dróg, przy użyciu określonych instrumentów.”

Podmiot trzeci oświadczył także, że udostępnienie ww. zasobów nastąpi na podstawie umowy przez cały czas realizacji ww. zamówienia, w zakresie objętym umową z GDDKiA w przedmiotowym postępowaniu.

Na potwierdzenie spełnienia warunku (rozdział 9 pkt. 7 lit. c SIWZ) Konsorcjum ORFIX złożyło wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych usług, z którego wynika, że w 3 pozycjach wykazu (1-3) wskazano doświadczenie podmiotu trzeciego F.H.U. „KUBA” P. P. .

Jak wynika ze złożonych w ofercie Konsorcjum ORFIX dokumentów: JEDZ członków Konsorcjum ORFIX części II Informacje dotyczące wykonawcy lit.c, Konsorcjum ORFIX w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na zdolności innego podmiotu w celu spełnienia warunków dotyczących posiadania zdolności technicznej lub zawodowej. Na potwierdzenie tego faktu Konsorcjum ORFIX przedłożyło także JEDZ podmiotu trzeciego F.H.U. „KUBA” P. P., na którego zasoby się powołuje. Z JEDZ ww. podmiotu trzeciego wynika, że nie bierze on udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi wykonawcami lecz oddaje do dyspozycji Konsorcjum ORFIX swoją wiedzę i doświadczenie oraz osoby. Potwierdzeniem tego faktu jest zobowiązanie podmiotu trzeciego złożone przez F.H.U. „KUBA” P. P. .

Jak wynika z treści oferty Konsorcjum ORFIX (pkt. 5 oferty dla zadania 4), Konsorcjum ORFIX nie zamierza powierzyć podwykonawcom wykonania jakiegokolwiek części zamówienia.

W ustalonym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 22a ust. 1 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. Natomiast, zgodnie z ust. 6 tego artykułu, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę

warunków udziału w postępowaniu, zamawiający żąda, aby wykonawca w określonym terminie:

- 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe.

Z powyższych przepisów wynika, że skuteczne przekazanie przez podmiot trzeci zasoby zdolności technicznej lub zawodowej w celu wykazania spełnienia warunku musi nastąpić w sposób jasno potwierdzający, że podmiot trzeci zrealizuje usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zgodnie z art. 22a ust. 4 Pzp, jeśli wykonawca powołuje się na doświadczenie innego podmiotu, to ma obowiązek zapewnić, aby podmiot ten zrealizował zamówienie w tej części, do której wykonania wymagane jest dane doświadczenie.

W ustalonym stanie faktycznym, biorąc pod uwagę wskazane powyżej przepisy, a także treść postanowień zawartych w powyższym zakresie przez Zamawiającego w SIWZ, należało uznać, że zasoby zdolności technicznej lub zawodowej nie zostały skutecznie udostępnione przez podmiot trzeci, gdyż w świetle złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego, Konsorcjum ORFIX nie zapewniło wykonywania przez ten podmiot części zamówienia, do wykonania której wymagane są zdolności i doświadczenie, jakie ten podmiot zobowiązał się udostępnić na rzecz Konsorcjum.

Zamawiający jednoznacznie wymagał, aby wykonawca wykonujący zamówienie posiadał doświadczenie w zakresie wskazanych rodzajów prac: sprzątania pasa drogowego, wycinki drzew, mycia oznakowania - co daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. W powyższym zakresie Konsorcjum ORFIX powołało się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego (pozycje od 1 do 3 wykazu usług), zatem powinno wykazać, że zapewnia udział tego podmiotu w realizacji w tej części przedmiotu zamówienia. Nie może bowiem wykonywać zamówienia podmiot, który nie posiada wymaganego doświadczenia w wykonywaniu danych prac (lub z mniejszym doświadczeniem niż wymagane w postępowaniu) zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu. Udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci musi mieć charakter realny, a nie służący wyłącznie formalnemu wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę.

Jak wskazuje się w opinii Prezesa UZP pt. „Zakres dokumentów, jakie przedstawia wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunków podmiotowych, w sytuacji, w której korzysta z potencjału podmiotu trzeciego”, (...) Zamawiający powinien zatem uzyskać pewność, że wykonawca odwołujący się przy wykazywaniu swojej zdolności do realizacji zamówienia do zasobów podmiotu trzeciego realnie będzie uprawniony do korzystania z tych zasobów. Co więcej, zamawiający powinien uzyskać w ten sposób szczegółową wiedzę dotyczącą obszarów, w jakich realizacja zamówienia będzie odbywała się przy udziale zasobów podmiotu trzeciego. umożliwiającą egzekwowanie poprawnej realizacji zamówienia, zgodnie z deklarowanymi przez wykonawcę zobowiązaniami podmiotów trzecich. Tylko szczegółowe określenie zakresu i sposobu zobowiązania podmiotu trzeciego, przedstawione przez wykonawcę, umożliwia zamawiającemu podjęcie decyzji uznania kwalifikacji tego wykonawcy w odniesieniu do realizacji zamówienia.”

Ze złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego w niniejszej sprawie wynika, że udostępnienie osób przez podmiot trzeci nastąpi w formie bezpośredniego kierowania i nadzorowania robót przez kierownika robót i majstra robót, natomiast udostępnienie zdolności technicznej i zawodowej, w tym doświadczenia nastąpi poprzez: doradztwo, konsultacje, przygotowanie pracowników oraz pomoc w wykonaniu prac utrzymaniowych na drogach krajowych przez stałe wsparcie i przy użyciu „określonych instrumentów”. Powyższe zobowiązanie, ze względu na swój bardzo ogólny charakter nie potwierdza realnego udziału podmiotu trzeciego w faktycznej realizacji przedmiotu zamówienia, rzeczywistego wykonywania części zamówienia przez podmiot trzeci, co powoduje, że nie sposób jest uznać, że Konsorcjum ORFIX wykazało spełnienie warunku określonego w rozdziale 7 pkt.3 lit, a SIWZ.

Konsorcjum ORFIX zadeklarowało w ofercie samodzielną realizację zamówienia, zatem nie zamierza powierzyć realizacji zamówienia podmiotowi trzeciemu w jakiegokolwiek części. W ocenie Izby, nie można przyjąć, że udział osób udostępnionych przez podmiot trzeci w realizacji zamówienia w ramach warunku dotyczącego potencjału kadrowego, może służyć zarazem wykazaniu warunku udostępnienia doświadczenia przez podmiot trzeci i zastępować udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Zauważyć należy, że doświadczenie kierownika robót i majstra nie jest tożsame z doświadczeniem podmiotu trzeciego w realizacji danego rodzaju robót lub usług, tj. podmiotu, który zrealizował w pełni referencyjne zadania, dysponując odpowiednim zespołem doświadczonych pracowników. Charakter prac, w zakresie których ma nastąpić udostępnienie potencjału technicznego i doświadczenia, wskazuje, że za niewystarczające do prawidłowego wykonania zamówienia będzie doradztwo, konsultacje i niesprecyzowana „pomoc” przy użyciu „określonych instrumentów”, które również nie zostały jednoznacznie wskazane.

Ponadto, w świetle postanowień SIWZ należy uznać, że Zamawiający jednoznacznie wymagał bezpośredniego zaangażowania podmiotu trzeciego w realizacji części przedmiotu zamówienia, w zakresie której wykonawca powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego.

Izba uznała za zasadny zatem zarzut, że Konsorcjum ORFIX nie udowodniło, że rzeczywiście będzie mogło polegać na zasobach wiedzy i doświadczenia (zdolności technicznej) podmiotu trzeciego. Przedłożone w ofercie zobowiązanie podmiotu trzeciego ma charakter bardzo ogólny i niejednoznaczny. Jego treść nie gwarantuje Zamawiającemu, że wymagane przez niego zasoby zdolności technicznej i doświadczenia zostaną realnie wykorzystane przy realizacji przez Konsorcjum ORFIX zamówienia, zgodnie z SIWZ i art. 22a ust. 2 i ust. 4 Pzp, w szczególności, że podmiot ten będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Z uwagi na brak deklaracji wykonawcy (Konsorcjum ORFIX) co do udziału podmiotu trzeciego jako podwykonawcy w realizacji części zamówienia, a także wobec braku deklaracji ze strony podmiotu trzeciego co do faktycznego wykonania części usług, nie sposób przyjąć, że Konsorcjum ORFIX wykazało spełnienie warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wymaganej od wykonawcy, ponieważ nie wykazało, że zapewni rzeczywiste wykorzystanie zasoby technicznego i doświadczenia podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia, w tym przez faktyczny udział tego podmiotu w realizacji zamówienia. Zarówno w przepisach Dyrektywy 2014/24/UE jak i przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych znajdują się regulacje, z których wynika jednoznacznie obowiązek udowodnienia przez wykonawcę, że będzie realnie dysponował potencjałem wykazywanym w ofercie na etapie realizacji zamówienia.

Wobec powyższego, należało uznać, że Zamawiający, niezgodnie z warunkami opisanymi w SIWZ ocenił, że przedstawione przez Konsorcjum ORFIX zobowiązanie podmiotu trzeciego gwarantuje rzeczywiste wykorzystanie doświadczenia w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia. Konsorcjum ORFIX nie wykazało w konsekwencji spełnienia warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej do zrealizowania przedmiotu zamówienia na poziomie określonym przez Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że Konsorcjum ORFIX nie podlega jednak na obecnym etapie wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt.12 Pzp lecz powinno zostać wezwane do wykazania samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba zważyła, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie został udowodniony fakt, iż

Konsorcjum ORFIX nie spełnia samodzielnie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 7 pkt 1 ppkt 7 lit.a Pzp, wobec czego aktualnie staje się zastosowanie procedury z art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie wezwania Konsorcjum ORFIX do samodzielnego wykazania zdolności technicznych lub zawodowych w celu osobistego wykonania zamówienia, stosownie do dyspozycji art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 a ust. 6 pkt 2 Pzp. Nie sposób bowiem przyjąć, że jest możliwe w tym przypadku zastąpienie wskazanego w ofercie podmiotu trzeciego innym podmiotem, gdyż prowadziłoby to zmiany pierwotnej treści oferty, co naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Podkreślić należy przy tym, że przepis art. 22a ust. 6 Pzp wskazuje możliwy sposób wykonania obowiązku z art. 26 ust. 3 Pzp wobec wykonawcy, który wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu przy pomocy zasobów podmiotu trzeciego. Izba uwzględniła prounijną wykładnię przepisu art. 22a ust. 6 Pzp, który jest wyrazem implementacji do prawa krajowego art. 63 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE, który stanowi, że „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.” Z przepisu tego wynika bowiem, że to wykonawca na skutek żądania zamawiającego zastępuje podmiot trzeci, który podlega wykluczeniu lub nie spełnia kryteriów kwalifikacji. Wprowadzenie przez wykonawcę po otwarciu ofert nowego podmiotu trzeciego prowadziłoby do naruszenia naczelnej zasady, jaką powinien się kierować zamawiający, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak wskazuje się w art. 56 ust. 3 dyrektywy, „jeżeli informacje lub dokumentacja złożone przez wykonawców są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej – zażądać, aby wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali te informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem pełnego poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości”.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że przepis art. 22a ust. 6 Pzp nie uprawnia do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem trzecim w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy z pierwotnej treści oferty wykonawcy nie wynika zamiar zaangażowania innego podmiotu.

Reasumując, w ocenie Izby, potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum ORFIX jako najkorzystniejszej. Konsorcjum ORFIX nie wykazało spełnianie warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej do zrealizowania przedmiotu zamówienia powołując się na zasoby podmiotu trzeciego -rozdział 7 pkt. 3 lit.a dla zadania 4 SIWZ. Izba nie stwierdziła naruszenia art. 24 ust.1 pkt 12 w związku z art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ORFIX, które w ocenie Izby powinno zostać wezwane do samodzielnego wykazania spełnienia warunku posiadania zdolności technicznej i zawodowej do realizacji przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....