

WYROK
z dnia 20 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 20 lipca 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2020 r. przez odwołującego: WOD-BUD sp. z o.o. z Kraśnika (ul. Piłsudskiego 12/1 23-200 Kraśnik) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Dróg Powiatowych z Kraśnika (ul. Szpitalna 2A 23-204 Kraśnik),

przy udziale wykonawcy: L S Complex Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (ul. Niccolò Paganiniego 12/32, 20 - 850 Lublin) - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty wykonawcy LS Complex Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie jako najkorzystniejszej oraz nakazać wykluczyć tego wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy - Prawo zamówień publicznych;
 2. Kosztami postępowania obciążyć zamawiającego: Zarząd Dróg Powiatowych z Kraśnika i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego tytułem kosztów postępowania odwoławczego na rzecz odwołującego: WOD-BUD sp. z o.o. z Kraśnika kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) obejmującą kwotę 10.000 zł 00 gr uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
- Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 w Lublinie.

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843.), [ustawą Pzp lub Pzp] przez Zamawiającego: Zarząd Dróg Powiatowych z Kraśnika w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Przebudowę drogi powiatowej nr 2289L Strzyżewice - Zakrzówek - Sulów- Blinów - Polichna od km 12+660,08 do km 17+559,00 wraz z budową oświetlenia drogowego przy drodze powiatowej 2289I- na terenie gminy Zakrzówek”. Numer referencyjny: 2/PN/2020. Wykonawca - WOD-BUD sp. z o.o. z Kraśnika (Odwołujący) w związku z wyborem oferty wykonawcy LS COMPLEX Sp. z o.o. z Lublina jako najkorzystniejszej zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 22a ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - niewłaściwe ich zastosowanie polegające na przyjęciu, że J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo IGORD J. P. („IGORD”) w sposób realny udostępnił LS COMPLEX zdolności na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt 5.2 ppkt 3) lit. a) SIWZ, podczas gdy IGORD zobowiązał się do wykonania wyłącznie części zamówienia, do realizacji którego jego zdolności są wymagane, tj. do wykonania zamówienia jedynie w zakresie ułożenia warstw bitumicznych, w konsekwencji;
 - 2) 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - zaniechanie wykluczenia LS COMPLEX z Postępowania, gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 5.2 ppkt 3) lit. a) SIWZ, ponieważ nie doszło do udostępnienia mu zdolności IGORD w sposób realny

W związku z powyższymi postawionymi zarzutami, wniósł o:
1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie,

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie.
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej.
4. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia LS COMPLEX z Postępowania.
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika, według norm przypisanych na podstawie przedłożonej faktury VAT.

Odwołujący stwierdził, że (...) jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, albowiem spełnione zostały przesłanki określone w art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów PZP interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia w Postępowaniu doznał uszczerbku. W wyniku dokonania przez Zamawiającego w procesie badania i oceny ofert wyżej wskazanych naruszeń i wyboru oferty LS COMPLEX, Odwołujący narażony jest na poniesienie szkody w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania oraz dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, oferta Odwołującego zostanie sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert, a tym samym Odwołujący uzyska niniejsze zamówienie i zrealizuje zakładany w wyniku jego realizacji zysk".

W uzasadnieniu wskazał na następujące okoliczności:

1. Stan faktyczny

(...)

- 1.2. Zgodnie z punktem 5.2 ppkt 3) lit. a) SIWZ wykonawcy zobowiązani byli wykazać spełnienie wskazanego tam warunku udziału w zakresie posiadanego doświadczenia.
- 1.3. Warunek ustalony wymagał od wykonawców wykazania, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali oni w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyli co najmniej jedno zamówienie, którego przedmiotem była budowa, przebudowa lub remont (z wyłączeniem remontów cząstkowych) drogi/ulicy, o wartości brutto nie mniejszej dla jednego zamówienia niż 5,0 mln zł. Dowód: SIWZ (Załącznik nr 4 do odwołania).
- 1.4. Do dnia upływu terminu składania ofert złożono 8 ofert, w tym została złożona oferta przez LS COMPLEX oraz przez Odwołującego.
- 1.5. LS COMPLEX załączył do oferty zobowiązanie J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo IGORD J. P. („IGORD”), który oświadczył, że odda LS COMPLEX do dyspozycji swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia (bez wskazania konkretnych zasobów podlegających udostępnieniu). Sposobem wykorzystania udostępnionych przez IGORD zasobów miało być podwykonawstwo. Dowód: Informacja z otwarcia ofert z 6 maja 2020 r. (Załącznik nr 5 do odwołania). Oferta LS COMPLEX (Załącznik nr 6 do odwołania).
- 1.6. Zamawiający w dniu 19 maja 2020 r. skierował do LS COMPLEX wezwanie do wyjaśnienia i uzupełnienia następujących informacji: (i) jaką rolę będzie pełnić IGORD w realizacji zamówienia oraz (ii) w jakim zakresie LS COMPLEX polega na zasobach IGORD przy spełnieniu warunków udziału w Postępowaniu.
- 1.7. W odpowiedzi na to wezwanie w dniu 21 maja 2020 r. LS COMPLEX wskazał, że (i) IGORD będzie wykonywał zamówienie w charakterze podwykonawcy, zaś (ii) LS COMPLEX będzie polegać na zasobach IGORD w zakresie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 5.2 ppkt 3) lit. a) SIWZ. Dowód: Wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień i uzupełnień z 19 maja 2020 roku (Załącznik nr 7 do odwołania). Pismo LS COMPLEX z dnia 21 maja 2020 roku (Załącznik nr 8 do odwołania).
- 1.8. W dniu 21 maja 2020 r. Zamawiający wezwał LS COMPLEX do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu, z uwzględnieniem polegania przez LS COMPLEX na potencjale innego podmiotu (IGORD).
- 1.9. W odpowiedzi na to wezwanie, w dniu 23 maja 2020 r. LS COMPLEX przedłożył m.in. wykaz robót budowlanych, w którym umieścił zadanie „Budowa drogi powiatowej 2272L Lublin (ul. Głuska) - Skrzynice - Chmiel - Krszczonów - Sobieska Wola - Dr. Woj. nr 837 na odcinku Dominów - Skrzynice”. Zgodnie z załączoną referencją zadanie to zostało wykonane przez IGORD. Dowód: Wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentów z 21 maja 2020 roku (Załącznik nr 9 do odwołania). Pismo LS COMPLEX z dnia 23 maja 2020 r. wraz z załącznikami (Załącznik nr 10 do odwołania).
- 1.10. W dniu 25 maja 2020 r. Zamawiający wezwał LS COMPLEX do uzupełnienia zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów w zakresie doświadczenia złożonego przez IGORD z uwagi na brak wskazania w złożonym wraz z ofertą LS COMPLEX zobowiązaniu, w jakim dokładnie zakresie IGORD zobowiązuje się do realizacji zamówienia.

1.11. W odpowiedzi na to wezwanie, w dniu 27 maja 2020 r. LS COMPLEX przedłożył oświadczenie obejmujące oznaczenie zakresu realizacji zamówienia z 26 maja 2020 roku, w którym IGORD wskazał, że wykona zamówienie objęte Postępowaniem w zakresie ułożenia warstw bitumicznych (tj. robót wskazanych w pkt. 3.1 „opis przedmiotu zamówienia” ppkt 2) „określenie przedmiotu zamówienia” tiret drugi w SIWZ). Dowód: Wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów z 25 maja 2020 roku (Załącznik nr 11 do odwołania). Pismo LS COMPLEX z dnia 27 maja 2020 roku wraz z załącznikami (Załącznik nr 12 do odwołania).

1.12. Zamawiający zaakceptował przedłożone mu oświadczenie, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty LS COMPLEX

1.13 Powyższe nastąpiło w dniu 28 maja 2020 r.

1.14 Wskazana czynność stanowi przedmiot zaskarżenia niniejszego odwołania. Dowód: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu z 28 maja 2020 roku (Załącznik nr 13 do odwołania).

2. Uzasadnienie zarzutów

2.1. Zgodnie z pkt. 3.1 SIWZ zamówienie zostało podzielone na dwa zadania, obejmujące oddzielnie branżę drogową (Zadanie nr 1) i branżę elektryczną (Zadanie nr 2).

2.2. W zakresie Zadania nr 1 Zamawiający wskazał, że przebudowa drogi obejmować będzie realizację następujących czynności:

-wykonanie frezowania korekcyjnego istniejącej nawierzchni bitumicznej, □ ułożenie warstw bitumicznych (podkreślenie Odwołującego),

-oczyszczenie przydrożnych rowów oraz przepustów,

-umocnienie skarp w rejonie przepustów pod koroną drogi powiatowej. U oczyszczenie części przelotowych przepustów wraz z wykonaniem nowych ścianek czołowych,

-wykonanie poboczy utwardzonych kruszywem oraz o nawierzchni z betonowej kostki brukowej,

-wykonanie zjazdów indywidualnych z kruszywa,

-wykonanie chodników wraz ze zjazdami,

-regulację wysokościową istniejących nawierzchni, zjazdów oraz chodników,

-ustawienie barier energochłonnych oraz barier drogowych,

-wykonanie oznakowania pionowego i poziomego, n wykonanie miejsc parkingowych.

2.3. W ramach zadania obejmującego branżę drogową Zamawiający przewidział konieczność wykonania prac wchodzących w skład 12 zakresów określonych powyżej.

2.4. Warunek udziału określony w pkt 5.2 ppkt 3) lit. a) SIWZ był jedynym warunkiem dotyczącym doświadczenia w realizacji podobnych robót w przeszłości.

2.5. Warunek ten zakresowo odpowiada przedmiotowi zamówienia objętego Zadaniem nr 1 (w obrębie wszystkich 12 zakresów określonych powyżej). Zamawiający wymagał bowiem doświadczenia w realizacji zamówienia, którego przedmiotem była budowa, przebudowa lub remont (z wyłączeniem remontów częściowych) drogi/ulicy, zaś przedmiotem niniejszego zamówienia w zakresie Zadania nr 1 pozostaje wykonanie przebudowy drogi.

2.6. Zamawiający konstruując warunek chciał upewnić się, że podmiot, który będzie wykonywał Zadanie nr 1 (tj. przebudowę drogi), posiada ku temu odpowiednie doświadczenie, tj. w przeszłości zrealizował już (całościowo) co najmniej jedną podobną inwestycję.

2.7. Zgodnie z art. 22a ust. 4 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.

2.8. Skoro więc warunek udziału w Postępowaniu określony w pkt. 2 ppkt 3) lit. a) SIWZ obejmował wykonanie budowy, przebudowy lub remontu (z wyłączeniem remontów częściowych) drogi/ulicy, to w przypadku wykazania jego spełnienia za pomocą podmiotu trzeciego, to właśnie ten podmiot powinien wykonać roboty budowlane składające się na przebudowę drogi.

2.9. Tymczasem w zaistniałym stanie faktycznym LS COMPLEX z jednej strony polega w całości na zasobach IGORD w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego doświadczenia w przebudowie drogi, a z drugiej - IGORD zobowiązał się do wykonania zamówienia w zakresie przebudowy drogi wyłącznie w niewielkiej części, tj. jedynie do ułożenia warstw bitumicznych.

2.10. W ocenie Odwołującego, nie sposób uznać takiego udostępnienia zasobów przez IGORD za skuteczne. Wymaganie wynikające z art. 22a ust. 4 Pzp nie zostało spełnione, ponieważ IGORD wprost oświadczył, że wykona wyłącznie część zamówienia objętego branżą drogową. Co za tym idzie, nie sposób twierdzić, że IGORD wykona wszystkie „te roboty budowlane (...), do których realizacji zdolności te są wymagane”.

2.11. Ułożenie warstw bitumicznych jest wyłącznie ostatnim etapem budowy drogi. Etap ten poprzedza wykonanie innych robót określonych przez Zamawiającego w punkcie 3.1 SIWZ.

2.12. W odniesieniu do każdego z tych zakresów wykonawca jest zobowiązany przestrzegać szczegółowych specyfikacji technicznych (SST), opisujących w jaki sposób, w jakich warunkach i przy zachowaniu jakich reżimów technologicznych popartych szczegółowymi badaniami laboratoryjnymi i polowymi roboty w nich opisane mogą być wykonane.

2.13. Innymi słowy, wiedza techniczna i ekspercka (laboratoryjna) jest wymagana do wykonania robót wchodzących w zakres każdej ze specyfikacji technicznych, a nie wyłącznie ułożenia warstw bitumicznych. Przed ułożeniem warstw bitumicznych konieczne jest bowiem uprzednie wykonanie szeregu robót powodujących, że cała konstrukcja (a nie wyłącznie warstwy bitumiczne) będzie spełniać określone w odrębnych przepisach wymagania użytkowe.

2.14. W efekcie, LS COMPLEX nie wykazało spełniania warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego doświadczenia, bowiem nie doszło do skutecznego udostępnienia mu niezbędnych zdolności przez IGORD. Przedłożone zobowiązanie jest bowiem prawidłowe wyłącznie w zakresie, w jakim IGORD udostępnia doświadczenie w ułożeniu warstw bitumicznych (jedynie te roboty IGORD bowiem wykona w charakterze podwykonawcy), a nie w budowie całej drogi.

2.15. Powyższe potwierdza wprost również fakt, że warunek udziału dotyczył doświadczenia w wykonaniu budowy, przebudowy lub remontu (z wyłączeniem remontów częściowych) drogi/ulicy (rozumianej jako całościowa inwestycja), a nie wyłącznie doświadczenia w ułożeniu warstw bitumicznych. Nie ulega zatem wątpliwości, że gdyby jakkolwiek wykonawca powołał się na doświadczenie jedynie w zakresie ułożenia warstw bitumicznych, to Zamawiający uznałby taki projekt referencyjny za nieodpowiedni. Z tych samych względów należy uznać za niewystarczające zobowiązanie IGORD do udostępnienia zasobów.

2.16. Powyższe potwierdza utrwalone orzecznictwo sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej.

2.17. *Wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 10 maja 2018 roku, sygn. akt XII Ga 178/17, który stwierdził: „jeśli chodzi o zawarte w art. 22a ust. 4 Pzp sformułowanie „podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi”, to wskazać należy, że jest ono pojęciem węższym od udziału tych podmiotów w realizacji zamówienia. Udział w realizacji zamówienia może przybrać rozmaite formy zaangażowania podmiotu trzeciego. Może realizować się w postaci doradztwa, konsultacji, nadzoru, uczestniczenia przy wykonywaniu określonych czynności itp. Najdalej idącą formą zaangażowania w realizację zamówienia jest podwykonawstwo, które przed zmianami prawa zamówień publicznych z 2016 r. nie było przez przepisy bezwzględnie wymagane. W orzecznictwie i doktrynie wskazywano jednak, że zwłaszcza w przypadku robót budowlanych, ale też skomplikowanych, wyspecjalizowanych usług, zasób integralnie związany z określonym podmiotem (w szczególności jego doświadczenie) może być przekazany wyłącznie przez osobisty udział tego podmiotu w realizacji zamówienia. Dopuszczono przy tym różne formy tego udziału, w zależności od specyfiki konkretnego zamówienia, przyjmując jednak jako optymalną formę właśnie podwykonawstwo. Obecny wymóg zrealizowania części zamówienia, z którym wiąże się udostępnianie zasobów, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania przez podmiot trzeci tej części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą, np. poprzez oddelegowanie przez podmiot trzeci swoich pracowników do bezpośredniej realizacji zamówienia”.*

2.18. *Wskazał na wyrok KIO - sygn. KIO 711/19, w którym Izba uznała, że: "Ustawodawca, w art 22a ust. 4 Pzp ustanowił obowiązek realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby w postaci m.in. doświadczenia, w zakresie, w którym wykonawca ten powołał się na zasoby podmiotu trzeciego. Nie można zatem uznać, iż podmiot wykazujący spełnienie warunku udziału w postępowaniu w całym wymaganym zakresie, będzie uczestniczył w realizacji tego zamówienia jedynie w pewnym, wybranym przez siebie zakresie, stanowiącym element a nie całość wykazywanego doświadczenia. W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, iż w sytuacji kiedy podmiot trzeci udostępnia swoje zasoby, polegające na wykazaniu doświadczenia stanowiącego warunek udziału w postępowaniu, podmiot ten zobowiązany jest do osobistego wykonania tej części zamówienia, która była objęta warunkiem udziału w postępowaniu. Taka okoliczność stanowi wykazanie przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu.”*

2.19. Odnosząc powyższe do stanu faktycznego zauważył, że ze zobowiązania przedłożonego przez LS COMPLEX wynika wprost, że zaangażowanie IGORD w realizację zamówienia ma się ograniczyć wyłącznie do ułożenia warstw bitumicznych. Treść oświadczenia IGORD oznacza więc, że podmiot ten nie ma być w ogóle zaangażowany w roboty budowlane objęte pozostałymi 11 zakresami określonymi w punkcie 3.1 SIWZ, w jakiegokolwiek formie. Co za tym idzie, nie sposób twierdzić, że skutecznie udostępnił LS COMPLEX swoje doświadczenie w (prze)budowie drogi.

2.20. Skoro zaś Zamawiający już raz wezwał LS COMPLEX do wskazania w jakim zakresie IGORD będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, to zgodnie z zasadą jednokrotnego uzupełniania oświadczeń i dokumentów nie jest już obecnie możliwe ponowne złożenie tego oświadczenia przez IGORD.

2.21. W konkluzji stwierdził, że LS COMPLEX wskutek bezskuteczności udostępnienia zasobów przez IGORD nie wykazało spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 5.2 ppkt 3) lit. a) SIWZ i wobec tego powinno podlegać wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 SIWZ.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca: LS Complex Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (Przystępujący Complex) wnosząc o oddalenie odwołania. Na posiedzeniu w dniu 14 lipca 2020 r. wskazał ponadto na brak interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania z uwagi na to, że cena z jego oferty przekracza kwotę, którą Zamawiający ogłosił przed otwarciem ofert.

Rozpoznając odwołanie Izba stwierdziła, co następuje:

Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że wnoszący odwołanie wykonawca - WOD-BUD sp. z o.o. z Kraśnika miał legitymację procesową wymaganą art. 179 ust.1 ustawy Pzp do wniesienia odwołania w dniu 2 czerwca 2020 r. do Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Przebudowa drogi powiatowej nr 2289L Strzyżewice - Zakrzówek - Sulów- Blinów - Polichna od km 12+660,08 do km 17+559,00 wraz z budową oświetlenia drogowego przy drodze powiatowej 22891- na terenie gminy Zakrzówek”.

Zgodnie z art. 179 ust.1 ustawy Pzp: „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.”

Zdaniem Izby nie jest słuszne twierdzenie Przystępującego Complex, że wykonawca WOD-BUD sp. z o.o. z Kraśnika wnosząc odwołanie nie posiadał interesu w rozumieniu wskazanego art. 179 ust.1 ustawy Pzp z uwagi na cenę jego oferty oraz kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i którą ogłosił na otwarciu ofert w dniu 6 maja 2020 r. W tym przypadku Przystępujący wskazał, że Zamawiający na otwarciu oferty podał, że przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości: 5.570 523 zł. Z kolei Odwołujący w jego ofercie podał, że zamówienie zrealizuje za kwotę 5.758 860 zł. Zatem wybór oferty tego wykonawcy spowodowałby konieczność unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba stwierdza, że zamawiający jest zobowiązany unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, jeżeli: „cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty (...).

W niniejszej sprawie obecny na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego oświadczył, że właściwą do podejmowania decyzji w przedmiocie zwiększenia budżetu byłaby w odniesieniu do jednostki zamawiającej Rada Powiatu i ocena takiej możliwości zwiększenia budżetu dotychczas nie była prowadzona. Tym samym Przystępujący nie miał podstaw, aby powoływać się na niniejsze podstawy unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i tym samym nie zasługuje na uwzględnienie wniosku o oddalenie odwołania z powodu braku legitymacji Odwołującego do jego wniesienia.

Rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu Izba potwierdziła - na podstawie dokumentacji przetargowej, oferty wykonawcy LS Complex i składanych przez niego (na wezwanie Zamawiającego) wyjaśnień - słuszność podnoszonych przez Odwołującego okoliczności. Tym samym odwołanie podlega uwzględnieniu.

Zgodnie z pkt. 3.1 SIWZ zamówienie zostało podzielone na dwa zadania, obejmujące branżę drogową (Zadanie nr 1) i oddzielnie branżę elektryczną (Zadanie nr 2). W zakresie Zadania nr 1 Zamawiający wskazał, że przebudowa drogi obejmować będzie realizację następujących czynności:

- wykonanie frezowania korekcyjnego istniejącej nawierzchni bitumicznej,
- ułożenie warstw bitumicznych (podkreślenie Odwołującego),
- oczyszczenie przydrożnych rowów oraz przepustów,
- umocnienie skarp w rejonie przepustów pod koroną drogi powiatowej. U oczyszczenie części przelotowych przepustów wraz z wykonaniem nowych ścianek czołowych,
- wykonanie poboczy utwardzonych kruszywem oraz o nawierzchni z betonowej kostki brukowej.

-wykonanie zjazdów indywidualnych z kruszywa,
-wykonanie chodników wraz ze zjazdami,
-regulację wysokościową istniejących nawierzchni, zjazdów oraz chodników,
-ustawienie barier energochłonnych oraz barier drogowych,
-wykonanie oznakowania pionowego i poziomego, n wykonanie miejsc parkingowych.

Zatem w ramach zadania obejmującego branżę drogową Zamawiający przewidział konieczność wykonania prac w zakresie 12 precyzyjnie określonych powyżej pozycji. Ponadto Zamawiający zgodnie z punktem 5.2 ppkt 3) lit. a) SIWZ wymagał od wykonawców wykazania, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyli co najmniej jedno zamówienie, którego przedmiotem była budowa, przebudowa lub remont (z wyłączeniem remontów częściowych) drogi/ulicy, o wartości brutto nie mniejszej dla jednego zamówienia niż 5 mln zł. Wykonawcy zobowiązani byli wykazać spełnienie tego warunku przedkładając Wykaz robót (załącznik nr 7). Stosownie do postanowień specyfikacji możliwe było (zgodnie z ustawą Pzp) potwierdzenie tego warunku wykazując samodzielną realizację lub też powołując się na zasoby podmiotu trzeciego.

Wykonawca LS Complex w ofercie na str 1 formularza w ppkt 3) podał, że podwykonawcom powierzy wykonanie zamówienia w zakresie: „roboty elektryczne, roboty nawierzchniowe” (...). W załączonym do oferty zobowiązaniu podmiotu trzeciego - podwykonawca: J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo IGORD J. P. (wykonawca IGORD lub podwykonawca) - wskazał na podwykonawstwo (także co do zakresu) i umowę podając, że udział przy wykonywaniu zamówienia (co do okresu udziału) - „przez okres trwania umowy”. Zamawiający w dniu 19 maja 2020 r. wezwał LS Complex do wyjaśnienia i uzupełnienia następujących informacji: (i) jaką rolę będzie pełnić IGORD w realizacji zamówienia oraz (ii) w jakim zakresie LS COMPLEX polega na zasobach IGORD przy spełnieniu warunków udziału w Postępowaniu. W odpowiedzi wykonawca wskazał, że (i) IGORD będzie wykonywał zamówienie w charakterze podwykonawcy oraz, że (ii) LS COMPLEX będzie polegać na zasobach IGORD w zakresie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 5.2 ppkt 3) lit. a) SIWZ. W kolejnym piśmie z dnia 21 maja 2020r. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu, z uwzględnieniem polegania przez LS Complex na potencjale innego podmiotu (podwykonawcy IGORD). W odpowiedzi (w zakresie spornym) wykonawca przedłożył Wykaz robót budowlanych obejmujący jedną pozycję dotyczącą: „Budowa drogi powiatowej 2272L Lublin (ul. Głuska) - Skrzynice - Chmiel - Krszczonów - Sobieska Wola - Dr. Woj. nr 837 na odcinku Dominów - Skrzynice”, które to zadanie zgodnie z załączoną referencją zostało wykonane przez wykonawcę IGORD. W kolejnym wezwaniu z dnia 25 maja 2020 r. Zamawiający wezwał LS Complex do uzupełnienia zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów w zakresie doświadczenia złożonego przez IGORD z uwagi na brak (jego zdaniem) wskazania w złożonym wraz z ofertą zobowiązaniu, w jakim dokładnie zakresie wykonawca IGORD zobowiązuje się do realizacji zamówienia. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca Complex (pismo z dnia 27 maja 2020 r.) przedłożył oświadczenie obejmujące oznaczenie zakresu realizacji zamówienia z dnia 26 maja 2020 r., w którym wykonawca IGORD wskazał, że wykona zamówienie objęte Postępowaniem w zakresie ułożenia warstw bitumicznych (tj. robót wskazanych w pkt. 3.1 „opis przedmiotu zamówienia” ppkt 2) „określenie przedmiotu zamówienia” tiret drugi w SIWZ).

Powyższe ustalenia potwierdzają, że wykonawca LS Complex nie wykazał spełnienia warunku doświadczenia wymaganego w punkcie 5.2 ppkt 3) lit. a) SIWZ. Pomimo kolejnych wezwań przedkładane dokumenty potwierdzały - tak jak wskazywał Odwołujący - doświadczenie w zakresie realizacji jednego z zakresów (jednej pozycji) przewidzianych w ramach realizacji zadania 1 (branża drogową), a mianowicie : ułożenie warstw bitumicznych. Powyższe bezspornie wynika z treści oferty jak i kolejnego oświadczenia jakie składał podwykonawca w dniu 26 maja br. w którym wprost wskazał na powołany powyżej „pkt. 3.1 „opis przedmiotu zamówienia” ppkt 2) „określenie przedmiotu zamówienia” tiret drugi w SIWZ”.

Zamawiający zatem akceptując w dniu 28 maja 2020 r. złożone przez wykonawcę LS Complex oświadczenie z dnia 26 maja 2020 r. i w konsekwencji dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy naruszył wskazane w odwołaniu przepisy z art. 22a: ust. 1, 2 i 4 Pzp niewłaściwie uznając, że wykonawca J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo IGORD J. P. w sposób realny udostępnił LS Complex zdolności na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt 5.2 ppkt 3) lit. a) SIWZ, w sytuacji gdy IGORD zobowiązał się do wykonania wyłącznie części zamówienia, do realizacji którego jego zdolności są

wymagane, tj. do wykonania zamówienia jedynie w zakresie ułożenia warstw bitumicznych. Oświadczenie jakie złożył podwykonawca IGORD w piśmie z dnia 17 lipca 2020 r. może co najwyżej świadczyć o gotowości zawarcia umowy na cały zakres prac aktualnie, ale nie dowodzi wobec - wskazanych faktów i dowodów - o gotowości w dniu 6 maja 2020 r. realizacji robót także co do pozostałych 11 pozycji z zakresu robót wymienionych w pkt 3.1. „opis przedmiotu zamówienia” ppkt 2).

Tym samym Zamawiający dokonując oceny oferty wykonawcy Kompleks naruszył 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, albowiem powinien wykluczyć wskazanego wykonawcę z postępowania, który pomimo wezwań nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 5.2 ppkt 3) lit. a) SIWZ. W konsekwencji naruszył także - z uwagi na wskazane nieprawidłowości - zasady o których mowa w art. 7 ust. 1 Pzp, w tym równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).