Sygn. akt: KIO 1961/20

WYROK
z dnia 21 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 21 września 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2020r. przez **wykonawcę Signum Oznakowanie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czeladzi, ul. Powstańców Śląskich 11 lok. 18** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Dąbrowa Górnicza z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Graniczna 21**
przy udziale **wykonawcy Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.pl Spółka Akcyjna z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, Al. Józefa Piłsudskiego 74** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1961/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Signum Oznakowanie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czeladzi, ul. Powstańców Śląskich 11 lok. 18 i odrzucenia jego oferty z dnia 7 sierpnia 2020r. i wezwanie odwołującego Signum Oznakowanie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czeladzi, ul. Powstańców Śląskich 11 lok. 18 w trybie art. 87 ust. 1 ustawy do wyjaśnienia wewnętrznej sprzeczności w treści złożonej oferty pomiędzy zakresem podwykonawstwa firmy Saferoad Grawil spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku określonym w pkt. 11 formularza ofertowego określonego jako oznakowanie poziome, a zobowiązaniem do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, z którego wynika, że udostępnienie zasobu obejmuje również oznakowanie pionowe i urządzenia BRD oraz oświadczeniem wykonawcy zawartym piśmie z dnia 28 lipca2020r. ostatni akapit str. 1 i pierwsze dwa wiersze od góry str. 2, z którego wynika, że powołuje się on na zasoby Saferoad Grawil,

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Dąbrowa Górnicza z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Graniczna 21** i:

2.1.zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Signum Oznakowanie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czeladzi, ul. Powstańców Śląskich 11 lok. 18** tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od **Gminy Dąbrowa Górnicza z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Graniczna 21** na rzecz **wykonawcy Signum Oznakowanie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czeladzi, ul. Powstańców Śląskich 11 lok. 18** kwotę 18 879 zł. 30 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset siedemdziesiąt dziewięć złotych trzydzieści groszy groszy) tytułem zwrotu wpisu, kosztów zastępstwa prawnego i dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 1961/20

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Realizacja zadań związanych z bieżącym utrzymaniem oznakowania pionowego, poziomego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na terenie gminy Dąbrowa Górnicza" zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2019r. za numerem 2019/S 241-591887.
W dniu 7 sierpnia 2020r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania.
W dniu 17 sierpnia 2020r. odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i czynność wykluczenia wniósł wykonawca Signum Oznakowanie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czeladzi – dalej odwołujący.
Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 sierpnia 2020r. udzielonego przez prezesa zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 17 sierpnia 2020r.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu:
1. wykluczenie go z postępowania z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust.1 i 3 ustawy oraz pkt 8.2.3.1. i pkt 9.3.2. SIWZ, albowiem brak było jakichkolwiek podstaw prawnych i merytorycznych do uznania, że oferta odwołującego po dokonaniu jej uzupełnienia, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, określonego pkt 8.2.3.1. SIWZ;
2. naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, albowiem treść informacji w zakresie wykluczenia odwołującego w trybie art. 24 ust. 1 pkt 12, nie wyjaśnia w sposób przejrzysty i jednoznaczny faktycznej podstawy jego wykluczenia.
Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
2. powtórzenia czynności badania i oceny oferty odwołującego w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.3.1. SIWZ i który stanowił podstawę wezwania do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy;
3. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.
Ponadto o:
1. przeprowadzenie dowodów objętych dokumentacją postępowania oraz przedstawionych przez odwołującego w toku postępowania odwoławczego;
2. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.
Ponadto o dopuszczenie:
1. akt sprawy sygn. akt KIO 603/20 na potwierdzenie między innymi, faktu wyłącznego oparcia się zamawiającego na jego treści oraz przyjęcia konkluzji w zakresie nieuznania przez Izbę spełnienia przez odwołującego warunku, o którym

mowa w pkt 8.2.3.l.SIWZ w zw. z art, 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, jako istotę jego wykluczenia w zakresie uzupełnionych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy oświadczeń i dokumentów;
2. wszystkich dowodów wskazanych w treści odwołania, na potwierdzenie faktów i okoliczności w nim wskazanych.
Odwołujący podniósł, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy, albowiem ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Oferta odwołującego w rankingu ofert uzyskała najwyższą punktację i uznana zastała za najkorzystniejszą. Zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, pozbawił go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Pozbawił go tym samym, możliwości uzyskania znacznych przychodów z realizacji przyszłego kontraktu, czym naraził go na szkodę. Dlatego też wnosząc odwołanie, odwołujący przez zakwestionowanie niezgodnego z prawem zastosowania podstawy jego wykluczenia, wniósł o przywrócenie status quo (wybór jego oferty jako najkorzystniejszej) z okresu postępowania, poprzedzającego niezgodne z prawem rozstrzygnięcie zamawiającego.
W postępowaniu zostały złożone dwie oferty: odwołującego oraz Przedsiębiorstwa Miejskiego MZUM.PL Spółka Akcyjna w Dąbrowie Górniczej al. Józefa Piłsudskiego 74 41-300 Dąbrowa Górnicza (dalej również MZUM PL). Zamawiający pismem z dnia 10.03.2020 r., poinformował w rozstrzygnięciu postępowania o wyborze oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej (dowód w aktach postępowania). Na w/w rozstrzygnięcie postępowania, odwołanie wniosło w dniu 20.03.2020 r. MZUM PL (dowód w aktach postępowania). KIO wyrokiem z dnia 6.07.2020 r. sygn. akt KIO 603/20 (dalej również Wyrok KIO) uwzględniło odwołanie w części dotyczącej jedynie zarzutu 5a i nakazało zamawiającemu; „unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej', dokonanie powtórzenia czynności badania / oceny ofert, w tym wezwanie w trybie art. 26 ust 3 ustawy odwołującego w zakresie spełnienia warunku udziału w przetargu dotyczącego posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej z pkt 8.2.3.l. SIWZ, a także dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej."
dowód - Wyrok KIO sygn. akt KIO 603/20 (w aktach sprawy).
Zamawiający Pismem z dnia 22.07.2020 r., wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy „do uzupełnienia dokumentów z postępowania". W treści pisma wskazał, iż „Realizując nakaz zawarty w orzeczeniu wyroku z dnia 06.07.2020 r. wydanego w sprawie o sygn.. akt KIO 603/20, zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, wzywa do uzupełnienia oferty o wymieniony w pkt 9.3.2. SIWZ wykaz usług wraz z dowodami ich należytego wykonania." W piśmie tym, wskazał również, że „ w związku z oświadczeniem złożonym w pkt. 11 Formularza ofertowego, dokumenty przedstawione przez Państwa na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 8.2.3.1. SIWZ można uznać wyłącznie w zakresie trzeciej z usług przedstawionych w przedłożonym wykazie, która została wykonana przez Państwa Firmę, a nie przez Podmiot na zasobach, którego Państwo polegają. Szczegółowo przyczyny nie zaliczenia usług z pozycji pierwszej i drugiej rzeczonego wykazu na poczet spełniania warunku określonego w pkt 8.2.3.l. SIWZ zostały opisane w uzasadnieniu wyroku." Zamawiający zakreślił również termin do ich złożenia na dzień 27.07.2020 r
dowód - pismo zamawiającego z dnia 22.07. 2020 r. (zał. nr 1 do odwołania);
Odwołujący, wobec nie załączenia do w/w pisma zamawiającego wyroku KIO o sygn. akt 603/20, na którego treść powołano się w uzasadnieniu wezwania, pismem z dnia 22.07.2020 r. zwrócił się do zamawiającego o jego przesłanie i przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów
dowód - pismo odwołującego z dnia 22.07 2020 r. (zał. nr 2 do odwołania).
Zamawiający pismem dnia 23.07.2020 r. przedłużył termin na uzupełnienie dokumentów do dnia 28.07.2020 r. oraz przesłał wyrok KIO o sygn. akt KIO 603/20;
dowód - pismo zamawiającego z dnia 23.07.2020 r. (zał. nr 3 do odwołania)
Odwołujący w dniu 28.07.2020 r. przesłał zamawiającemu oświadczenie w formie pisma z dnia 28.07.2020 r. oraz komplet uzupełnionych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku z pkt 8.2.3.1. SIWZ;
dowody:
pismo z dnia 28.07.2020 r. (zał. nr 4 do odwołania),
zobowiązanie SAFEROAD do oddania zasobów (...) (zał. nr 5 do odwołania),
wykaz wykonanych lub wykonywanych usług - [zał. nr 4 do SIWZ] (zał. nr 6 do odwołania),
referencję wystawioną przez Miejski Zarząd Dróg w Płocku z dnia 14.01.2020 r. (zał. nr 7 do odwołania),
kosztorysy powykonawcze odbiorowe oraz kosztorysy ofertowe - w piku 20 stron(zał. nr 8 do odwołania);
protokół odbioru wykonanych robót z dnia 14,11.2018 r. (zał. nr 9 do odwołania).
Zamawiający pismem z dnia 7.08.2020 r. poinformował odwołującego, że „Na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2019.1843 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą", zamawiający zawiadamia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 221.000,00 euro na zadanie o przedmiocie jw. wykluczono Wykonawcę: Signum Oznakowanie Sp. z o.o. ul. Powstańców Śląskich 11/18, 41-250 Czeladź".
Zamawiający jako uzasadnienie wykluczenia odwołującego stwierdził, że:
„Wykonawca w odpowiedzi na powyższe wezwanie przedstawił Wykaz usług zawierający dwie usługi wraz z dowodami ich' należytego wykonania. Jedna z nich została wykonana bezpośrednio przez Wykonawcę, druga przez podwykonawcę Saferoad Grawil Sp. z o.o. . Ponieważ Wykonawca nie spełnił warunku określonego w pkt. 8.2.3.1. SIWZ samodzielnie ani też nie zmienił oświadczenia określonego w pkt. 11 Formularza ofertowego w zakresie podwykonawcy (taką przykładową możliwość przedstawiła Izba w uzasadnieniu wyroku, który został przesłany do Wykonawcy), ale nadał polegał na zasobach Saferoad Grawil Sp. z
o.o. sytuacja określona w odwołaniu, nie uległa co do zasady zmianie, a co za tym idzie nie zmienia się też jej ocena wyrażona przez Izbę w uzasadnieniu wyroku: „warunek udziału w przetargu, wobec nieprawidłowego zakresu podwykonawstwa Saferoad w ofercie, nie został prawidłowo wykazany w zakresie jednej usługi z pkt. 8.2.3.1. SIWZ". W związku z powyższym, po wypełnieniu nakazanego sentencją wezwania do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, Wykonawca Signum Oznakowanie Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust.l pkt 12 ustawy." dowód - pismo z dnia 7.08.2020 r. zał. nr 10 do odwołania).
Odwołujący zarzucił zamawiającemu w szczególności:
1) przyjęcie błędnej interpretacji Wyroku KIO w części jego uzasadnienia, dotyczącej podstawy do uwzględnienia odwołania;
2) brak merytorycznego uzasadnienia przesłanki wykluczenia odwołującego z postępowania.
3) brak podstaw do zastosowania art. 24 ust. 1 ustawy. w stosunku do odwołującego, w wyniku dokonania ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.3.1. SIWZ, w oparciu o uzupełnione w trybie art. 26 ust ustawy oświadczenia i dokumenty.
Odwołujący na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy (pismo z dnia

22.07.2020 r.), złożył następujące oświadczenia i dokumenty (dalej również dokumenty):
1. Pismo uzupełniająco - oświadczające o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu przez Signum Oznakowanie Sp. z o.o. (dalej także - odwołującego), w oparciu o użyczone zasoby, przez SAFEROAD GRAWIL Sp. z o.o. (dalej także Saferoad), który samodzielnie spełnia jeden z dwóch warunków (drugi spełnia Odwołujący), o którym mowa w pkt 8.2.3.1 SiWZ (pismo z dnia 28.07.2020 r.) (zał. nr 4 do odwołania);
Zobowiązanie do oddania do dyspozycji odwołującego niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia firmy SAFEROAD GRAWIL Sp. z o.o. (zał. nr 5 do odwołania);
Wykaz wykonanych lub wykonywanych usług - zał. nr 4 do SIWZ (zał. nr 6 do odwołania);
Referencję wystawioną przez Miejski Zarząd Dróg w Płocku z dnia 14.01.2020 n (zał. nr 7 do odwołania);
Kosztorysy powykonawcze odbiorowe oraz obmiary robót - w pliku 20 stron (zał. nr 8 do odwołania);
Protokół odbioru wykonanych robót z dnia 14.11.2018 r. (zał. nr 9 do odwołania).
Pozostałe dokumenty związane ze spełnianiem warunków udziału w postępowaniu, w tym w szczególności wiedzy i doświadczenia, znajdują się zarówno w ofercie odwołującego, jak i w dokumentacji złożonej na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy (pismem z dnia 11. 02. 2020 r.), które to z urzędu zamawiający powinien wziąć pod uwagę (badanie).
W tym miejscu odwołujący wskazłć, że powołanie się przez odwołującego, na użyczone przez Saferoad zasoby w co do wiedzy i doświadczenia w pełnym zakresie t.j. oznakowania pionowego, poziomego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego już od momentu złożenia oferty oraz jej uzupełnienia, spełniają warunek określony w pkt. 8.2.3.1 SIWZ., co zostanie wykazane.
Wszystkie złożone od początku postępowania dokumenty, dotyczące spełnienia przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu, to jest przesłanki wiedzy i doświadczenia,o której mowa w pkt 8.2.3.1 SIWZ, potwierdzały ich spełnianie, w oparciu o posiadane przez odwołującego własne doświadczenie oraz o zasoby użyczone przez Saferoad. w tym w szczególności zobowiązanie, w którym Saferoad wprost wskazuję na użyczenie wiedzy i doświadczenia zgodnie z udostępnionymi referencjami w zakresie utrzymania oznakowania pionowego, poziomego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego
Odmienne wprawdzie (i zdaniem odwołującego błędne) stanowisko przyjęła Izba w wyroku KIO, która w jego uzasadnieniu stwierdziła, iż „Zgodnie z zobowiązaniem do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia Saferoad udostępnił wymagany potencjał zgodnie z lit. c zobowiązania - o zakresie udziału przy wykonywaniu zamówienia na podstawie umowy podwykonawczej. Natomiast w oparciu o pkt 11 oferty odwołującego, Izba ustaliła, że dla podwykonawcy Saferoad zostanie zlecony zakres dotyczący oznakowania poziomego,"
Domniemywać za tym należy, że zdaniem KIO w treści formularza ofertowego w pkt 11 odwołujący ograniczył zakres powołania się na zasoby Saferoad jak i zlecenia podwykonawstwa, jedynie do oznakowania poziomego.
W wyniku nieszczęśliwego zbiegu okoliczności, spowodowanego zbyt późnym, bo dokonanym na 3 dni przed upływem terminu na przystąpienie do postępowania, doręczeniem odwołującemu odpisu odwołania wniesionego przez MZUM PL, odwołujący uchybiając terminowi zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, pozbawił się możliwości do złożenia stosownych wyjaśnień w trakcie rozprawy w tym zakresie, co w konsekwencji mogło doprowadzić do przyjęcia takiego stanowiska przez Izbę.
Odwołujący podkreślił, że od początku zamiarem odwołującego było wskazanie Saferoad jako podwykonawcy, na zasoby którego powołał się w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w pełnym zakresie, tj. w zakresie oznakowania pionowego, poziomego jak i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego. Fakt ten potwierdza nie tylko zapis w pkt 11 formularza oferty ale również, jak wskazano powyżej, potwierdza to wprost treść złożonych oświadczeń i dokumentów, w tym oświadczenia wynikającego z treści wykazu wykonanych i będących w trakcie realizacji (zał. nr 4 do SIWZ), zobowiązań do użyczenia zasobów, (wiedzy i doświadczenia, kadry i sprzętu) oraz referencje. Odwołujący świadomie powołał się w ofercie na zasoby Saferoad, bowiem tylko jego wparcie, w szczególności w zakresie wiedzy i doświadczenia, umożliwiało mu spełnienie postawionych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu (referencje w zakresie utrzymania oznakowania pionowego, poziomego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w mieście pow. 100 tys. mieszkańców, których zamawiający wymagał, a odwołujący wskazał, że takie warunki dzięki podmiotowi trzeciemu spełnia).
Powołanie się przez odwołującego na zasoby podmiotu trzeciego - Saferoad i tylko w pełnym zakresie usługi (oznakowanie pionowe i poziome oraz BRD), gwarantowało mu spełnienie warunku, o którym mowa w pkt 8.2.3.1.SIWZ, albowiem z dwóch wymaganych w tym punkcie zadań, odwołujący sam spełniał tylko jedno.
Dowód: zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia zał. nr 5.
Konsekwencją tej decyzji było złożone przez odwołującego oświadczenie w pkt 11 formularza ofertowego.
Zapis w pkt 11 formularz ofertowego (zał. nr 1 do SIWZ) wymagał bowiem od wykonawcy dokonania wyboru treści złożonego oświadczenia, to jest:
czy wykona przedmiot zamówienia siłami własnymi,
czy przewiduje wykonanie zadania przy pomocy następujących podwykonawców, na których zasobach będzie polegać na zasadach określonych w art. 22a Ustawy.
W tym miejscu odwołujący wskazał, że treść oświadczenia wynikająca z pkt 11. ma co do zasady charakter informacyjny, wskazujący o zamiarze lub jego braku powołania się na zasoby podmiotu trzeciego przez wykonawcę. Waga tego oświadczenia ma cechy wstępnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym o zamiarze samodzielnego lub w oparciu o zasoby innego podmiotu, wykonania zamówienia.
Treść pkt 11, nie zawiera oświadczenia „mieszanego", to jest takiego, które w swojej treści przewidywało by zarówno, powołanie się na zasobów własnych jak i powołania się na zasoby podmiotów trzecich jednocześnie.
W tym przypadku, aby ustalić pełny obraz zdolności podmiotowej odwołującego, nie wystarczy jedynie skorzystać z oświadczenia zawartego w pkt 11 formularza ofertowego ale sięgnąć do innych złożonych oświadczeń i dokumentów, w tym w szczególności: zobowiązań podmiotu trzeciego do użyczenia własnych zasobów odwołującemu, oczywiście potwierdzonych referencjami oraz wykaz wykonanych lub wykonywanych usług.
Dokonując badania treści oświadczenia woli odwołującego w tym zakresie, należy je tłumaczyć, jak tego wymagają okoliczności, w których zostało złożone (art. 139 ust 1. ustawy w zw. z art. 65 § 1KC). Wykładni oświadczeń woli (...) może dokonywać w zasadzie każdy, kto chce poznać jego sens, (tak na przykład zrobił MZUM PL sugerując, że Odwołujący wskazał Saferoad jedynie w zakresie oznakowania poziomego), w praktyce obrotu doniosłość uzyskuje jedynie wykładnia miarodajna prawnie, dokonywana przez organ stosujący prawo, przede wszystkim przez sąd. W

literaturze, a także w orzecznictwie, (...) wyróżnia się tzw. metody wykładni. Ich wyróżnianie prowadzi do usystematyzowania dyrektyw interpretacyjnych według pewnych wartości, które miałyby wyznaczać kierunek działań interpretacyjnych (Z. Radwański, Wykładnia, s. 46 i n.; tenże, w: Z. Radwański (red.), System Prawa Prywatnego, t. 2, 2008, s. 48 i n.). Wartości takie, to rzeczywiste intencje (wola) osoby podejmującej zachowania kwalifikowane jako złożenie oświadczenia woli oraz zaufanie, jakie zachowanie to wzbudza u uczestników obrotu (adresata oświadczenia).
W przedmiotowym przypadku zdaniem odwołującego mamy do czynienia z akceptacją wartości wyrażoną w dyrektywie odwołującej, która tożsama jest z jednoznacznym nadawaniem oświadczeniu woli w procesie interpretacji, znaczenia oddającego rzeczywisty zamiar składającego oświadczenie. Rezultatem tej wykładni, prowadzonej przy użyciu dyrektyw odwołujących się do tej wartości jest maksymalnie wierne odzwierciedlenie intencji i wyobrażenia tej osoby co do skutków, jakie oświadczenie woli miało wywołać. Jak z powyższego wynika, samo nawet nieprecyzyjne złożenie oświadczenia w zakresie powołania się na zasoby podmiotu trzeciego, nie przesądza jeszcze o spełnieniu lub braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu.
Decyduje o tym, bowiem przyjęta interpretacja, odzwierciedlająca rzeczywisty zamiar odwołującego, dokonana w oparciu, o komplet złożonych dokumentów, składającego oświadczenie. Ustawodawca w prawdzie dopuszcza zmianę podmiotu trzeciego na inny podmiot lub podmioty, a także powołanie się na własne zdolności techniczne lub zawodowe, które wykonawca posiadał od początku albo nabył w międzyczasie (art. 22a ust. 6 ustawy), ale nie dopuszcza zmianę treści złożonego oświadczenia z samodzielnego jego wykonaniu na powołanie się na zasoby podmiotów trzecich. Czynność ta traktowana jest jako zmiana treści oferty. W razie wątpliwości co do oceny złożonego oświadczenia (jest nieczytelne, budzące wątpliwości) zamawiający zawsze ma prawo wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy. Kontynuując opis z pkt 11 formularza oferty, należy wskazać, że poniżej przytoczonego tekstu, znajdują się dwie tabele, z których analizie poddana zostanie pierwsza z nich.
W tabeli znajdują się trzy kolumny (Lp., Zakres zlecany podwykonawcy, Nazwa i adres Podwykonawcy), które wymagają wypełnienia ich przez wykonawcę jedynie w sytuacji powołania się na zasoby podmiotu trzeciego (tiret 2).
W kolumnie pierwszej tabeli nie wprowadzono żadnej numeracji pozycji, która sugerowała by konieczność dokonania jej podziału przez wykonawcę (art. 25a ustawy), na sytuację ekonomiczną lub finansową, wiedzę i doświadczenie, zdolność techniczną lub kadrową.
W ofercie odwołującego w pkt 11 złożone zostało oświadczenie, iż przewiduje wykonanie zadania z powołaniem się na zasoby podmiotu trzeciego.
W jego treści w kolumnie drugiej „Zakres zlecany podwykonawcy" wpisano w pierwszym wersie „Oznakowanie poziome" w wersie drugim „Oznakowanie pionowe i urządzenia BRD".
W taki sposób określono zakres tylko jednej kompleksowej usługi zlecanej podwykonawcy. Należy dodać, że w kolumnie tej nie znalazły się opisy innych zakresów wsparcia, to jest kadry i sprzętu, na co miał w głównej mierze wpływ, aspekt technicznych (mała powierzchnia tabeli, forma dokumentu, konieczność zmiany formatu formularza ofertowego itp.), które ze względu na wielkości opisów warunków udziału w postępowaniu z pkt 8.2.3.2. oraz 8.2.3.3. SIWZ, a w szczególności konieczności ich indywidualnego przypisania każdemu z podwykonawców (vide opis zakresu podwykonawstwa na stronie 9 odwołania), czyniła by informację zupełnie nieczytelną.
Brak wpisania w pkt 11 - tabela kolumna druga, zakresów dotyczących kadry oraz sprzętu, .w żaden sposób jednak nie wpłynął na uznanie za skuteczne złożonego oświadczenia.
Zarówno w ocenie zamawiającego jak i MZUM PL (odwołanie) brak ten nie przeszkodził w ocenie spełniania tych warunków udziału w postępowaniu, bowiem automatycznie przypisano je obu podwykonawcom w oparciu o złożone przez nich oświadczenia.
Idąc dalej, w kolumnie trzeciej „nazwa i zakres podwykonawcy" wpisano dwie firmy, które użyczyły odwołującemu swoje zasoby.
W wersie pierwszym wpisano „Saferoad GrawilSp. z o.o. ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek”, a w wersie drugim „P.P.H.U "B." Sp. j. Ul. 1 Maja 107, 41-706 Ruda Śląska".
Pierwszy z nich - Saferoad użyczył odwołującemu swoich zasobów w zakresie:
1. wiedzy i doświadczenia (pkt 8.2.3.1 SIWZ):
a) zobowiązanie Saferoad z dnia 14.01.2020 r.,
b) referencje wystawione przez MZD Płock na rzecz Saferoad z dnia 14.01.2020 r.
2. zdolności kadrowej i sprzętowej - zobowiązanie z dnia 14.01.2020 r.
Saferoad zobowiązuje się do użyczenia wszystkich zasobów kadrowych i sprzętowych wymaganych w pkt 8.2.3.2.SIWZ (za wyjątkiem pozycji tiret trzeci) i 8.2.3.3. SIWZ (za wyjątkiem pozycji lit. c).
Dowód - Zobowiązanie do użyczenia zdolności kadrowej i sprzętowej (załącznik nr 11 do odwołania)
Drugi z podwykonawców – B. użyczył odwołującemu swoich zasobów w zakresie: a) zdolności kadrowej i sprzętowej - zobowiązanie B. z dnia 14.01.2020 r., którzy zobowiązali się do użyczenia:
- 2 osób zatrudnione na podstawie umowy o pracę posiadających uprawnienia do obsługi koparko - ładowarki (pkt 8.2.3.2. tiret 3 SIWZ),
-1 koparko - ładowarka (pkt 8.2.3.3. lit. c) SIWZ).
Dowód - Zobowiązanie do użyczenia zdolności kadrowej i sprzętowej (załącznik nr 12 do odwołania)
Jak z powyższego wynika odwołujący w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.3.1SIWZ, to jest oznakowanie poziome, oznakowanie pionowe i urządzenia BRD, powołał się jedynie na zasoby użyczone mu przez Saferoad. Jak wynika ze złożonych w postępowaniu dokumentów, B. w ogóle nie użyczyli odwołującemu zasobów na usługi w zakresie oznakowanie poziome, oznakowanie pionowe i urządzenia BRD w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.3.1 SIWZ, a jedynie w zakresie, o których mowa w pkt 8.2.3.2. tiret 3 SIWZ oraz w pkt 8.2.3.3. lit. c) SIWZ.
W tym miejscu odwołujący wskazał, iż w trakcie postępowania B. wycofali się z udostępnienia -1 koparko - ładowarki (dokonali jej sprzedaży) oraz 2 osób dedykowanych do jej obsługi, o czym odwołującego poinformowali.
Odwołujący w tym zakresie, to jest: 2 osób zatrudnione na podstawie umowy o pracę posiadających uprawnienia do obsługi koparko -ładowarki (pkt 8.2.3.2. tiret 3 SIWZ), 1 koparko -ładowarka (pkt 8.2.3.3. lit. c) SIWZ), samodzielnie uzupełnił dokumenty w trybie art. 26 ust.3 oraz art. 25a ust. 6 ustawy i powołał się na zasoby EUROVIA POLSKA S.A. ul Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce (Dalej też - Eurovia), przyjmując jej zobowiązanie do udostępnienia przedmiotowych zasobów i realizacji zadania w charakterze podwykonawcy.
Dowód - Zobowiązanie do użyczenia zdolności kadrowej i sprzętowej (załącznik nr 13 do odwołania)
Opisany powyżej ciąg zdarzeń w pełni potwierdza fakt, że B. jak i Eurovia, użyczyli swoich zasobów jedynie w zakresie kadry i sprzętu, a nie doświadczenia i wiedzy..

Co samo przez się wskazuje, że pozostały warunek (wiedza i doświadczenie), w zakresie „Oznakowanie poziome, oznakowanie pionowe i urządzenia BRD" z kolumny drugiej należy wyłącznie przypisać jedynemu podwykonawcy z kolumny trzeciej, to jest Saferoad, który w całości użyczył swoje zasoby odwołującemu.
W ocenie odwołującego należy sądzić, że Izba przyjmując odmienną od zaprezentowanej, interpretację zapisu, uznała zapewne, w ślad za sugestią zawartą w treści zarzutu 5a odwołania wniesionego prze MZUM PL, że odwołujący błędnie przypisał zakresy zadań dwóm podwykonawcom.
W konsekwencji dokonała zapewne, linearnego - wierszowego podziału zakresu usług z kolumny drugiej i przypisała ich zakres podwykonawcom (kolumna trzecia) odpowiednio:
- Saferoad - oznakowanie poziome,
- B. - oznakowanie pionowe i urządzenia BRD,
Zapewne brak możliwości ustosunkowania się na rozprawie odwołującego, do treści tak postawionego zarzutu, pozwolił na przyjęcie przez Izbę odmiennego od zaprezentowanego przez odwołującego stanowiska.
W tych okolicznościach należało by sobie zadać pytanie, w jakim celu odwołujący miałby dokonać takiego podziału i przypisać niekompletny zakres zadania dwóm podwykonawcom, skoro jako profesjonalista wiedział, że tylko w kompleksowym zakresie (oznakowanie poziome oznakowanie pionowe i urządzenia BRD) wymaganym w pkt 8.2.3.1. SIWZ z jednoczesnym powołaniem się na zasoby jednego z podwykonawców (Saferoad) spełni postawiony warunek?
Jak wynika z sentencji wyroku KIO, Izba „nakazało zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie w trybie art. 26 ust 3 p.z.p. wykonawcy SIGNUM Oznakowanie Sp. z o.o. w Czeladzi w zakresie spełnienia warunku udziału w przetargu dotyczącego posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej z pkt 8.23.1. SIWZ, a także dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej."
Zamawiający pismem z dnia 22.07.2020 r. powołując się na wyrok KIO 603/20, wezwał odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia oferty o wymieniony w pkt. 9.3.2. SIWZ wykaz usług wraz z dowodami ich należytego wykonania, w celu potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt. 8.2.3.1. SIWZ, wskazując, że szczegółowe przyczyny nie zaliczenia usług z pozycji pierwszej i drugiej rzeczonego wykazu, w zakresie spełniania warunku określonego w pkt. 8.2.3.1. SIWZ zostały opisane w uzasadnieniu wyroku.
Dowód : pismo zamawiającego z dnia 22.07.2020 r. w aktach sprawy.
Odwołujący w dnia 28.07.2020 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego (pismo z dnia 22.07.2020 r.) przesłał zamawiającemu komplet uzupełnionych dokumentów zgodnie z wskazaniem wynikającym z pkt. 9.3.2. SIWZ. potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie pkt 8.2.3.1. SIWZ.
Odwołujący konsekwentnie, tak jak to miało miejsce w przypadku złożenia oferty, powołał się po raz kolejny na użyczone przez firmę Saferoad zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia.
Uzupełnienie dokonane przez odwołującego w trybie art. 26 ust 3 ustawy, w zakresie spełniania warunku udziału w przetargu dotyczącego posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej z pkt.
8.2.3.1. SIWZ zawierało:
1) Pismo uzupełniająco - oświadczające, w którego treści Odwołujący oświadcza o spełnieniu przez niego warunku udziału w postępowaniu, w oparci o udostępnione przez firmę odwołującego zasoby, która to w konsekwencji ich użyczenia, w zakresie bieżącego utrzymania oznakowania pionowego, poziomego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego, będzie uczestniczyć w realizacji usługi w charakterze podwykonawcy;
2) zobowiązanie do oddania do dyspozycji odwołującego niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia przez firmy Saferoad;
3) wykaz wykonanych lub wykonywanych usług;
4} referencję wystawioną przez MZD w Płocku z dnia 14.01.2020 r.;
5) kosztorysy powykonawcze odbiorowe oraz kosztorysy ofertowe [zebrane w pliku - 20 Stron];
6) protokół odbioru wykonanych robót z dnia 14.11.2018 r.
Uzupełnione oświadczenia i dokumenty w pełni potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez odwołującego i zostały złożone w terminie..
Zamawiający, pismem z dnia 7.08.2020 r. zawiadomił o wykluczeniu odwołującego w trybie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.
W uzasadnieniu zawiadomienia, zamawiający zacytował wprost, obszerny fragment z uzasadnienia wyroku KIO, który traktował o dokonanej przez Izbę ocenie stanu faktycznego w zakresu udzielonego przez firmę Saferoad wsparcia odwołującemu. Opis stanowiska Izby, został poruszony w 11. części odwołania.
Odwołujący przytoczył fragmenty uzasadnienia czynności wykluczenia:
W pierwszym fragmencie cytuje: "Jak stwierdziła w uzasadnieniu wyroku Krajowa Izba Odwoławcza: „trafne jest stanowisko odwołującego; że udostępniając zdolność zawodową w przedmiocie doświadczenia wykonania usługi utrzymania oznakowania pionowego, poziomego i urządzeń bezpieczeństwa, podwykonawca winien wykonać cały ten zakres, a nie tylko oznakowanie poziome. Zgodnie bowiem z art 22a ust 4 p.z.p. jeśli wykonawca chce powołać się na zasoby podmiotu trzeciego dotyczące doświadczenia, podmiot ten winien zrealizować usługę, do realizacji której udostępniane zdolności są wymagane, a nie tylko jej część. Wobec zlecenia podwykonawcy Saferoad jedynie części usługi, wykonawca odwołującego nie wykazał spełniania warunku udziału w przetargu.
Prawidłowo zostało wykazane jedynie doświadczenie własne (pkt. 3 wykazu), czego odwołujący nie kwestionował, zaś wobec braku zaangażowania podmiotu Saferoad w pełen zakres usługi, zarówno dla utrzymania oznakowania poziomego, jak i pionowego (co wynika z treści warunku udziału w postępowaniu) doświadczenie Saferoad nie potwierdza posiadania właściwego potencjału zawodowego, co do posiadania drugiej z niezbędnych usług, o charakterze określonym przez zamawiającego w SIWZ." (...) „warunek udziału w przetargu, wobec nieprawidłowego zakresu podwykonawstwa Saferoad w ofercie, nie został prawidłowo wykazany w zakresie jednej usługi z pkt. 8.2.3.1. SIWZ".
W drugim stwierdził, że „realizując nakaz zawarty w orzeczeniu wyroku zamawiający w dniu 22.07.2020r., wezwał Signum Oznakowanie Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust 3 ustawy do uzupełnienia oferty. Wykonawca w odpowiedzi na powyższe wezwanie przedstawił Wykaz usług zawierający dwie usługi wraz z dowodami ich należytego wykonania. Jedna z nich została wykonana bezpośrednio przez Wykonawcę, druga przez podwykonawcę Saferoad Grawil Sp. z o.o. Ponieważ Wykonawca nie spełnił warunku określonego w pkt. 8.2.3.1. SIWZ samodzielnie ani też nie zmienił oświadczenia określonego w pkt. 11 Formularza ofertowego w zakresie podwykonawcy (taką przykładową możliwość przedstawiła Izba w uzasadnieniu wyroku, który został przesłany do Wykonawcy), ale nadal polegał na zasobach Saferoad Grawil Sp. z o.o. sytuacja określona w odwołaniu, nie uległa co do zasady zmianie, a co za tym idzie nie zmienia się też jej ocena wyrażona przez Izbę w uzasadnieniu wyroku: „warunek udziału w przetargu, wobec nieprawidłowego zakresu podwykonawstwa Saferoad w ofercie, nie został prawidłowo wykazany w zakresie jednej usługi

z pkt. 8.2.3.I. SIWZ".
W związku z powyższym, po wypełnieniu nakazanego sentencją wezwania do uzupełnienia oferty w trybie art 26 ust. 3 ustawy, odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art 24 ust. 1 pkt 12 ustawy."
Odwołujący przygotowując odwołanie, w pierwszej kolejności dokonał analizy przesłanek stanowiących podstawę do wykluczenia odwołującego, trybie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, a zawartych w zawiadomieniu zamawiającego.
Poza wskazaną podstawą prawną, przytoczoną w uzasadnieniu zawiadomienia, stwierdził, że podstawa faktyczna (merytoryczna), która przesądza o tym, czy zamawiający w sposób rzetelny dokonał czynności ponownego badania oferty, w tym przypadku badania dokumentów uzupełnionych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, nie została w ogóle wykonana.
W badanym uzasadnieniu, mającym stanowić merytoryczną podstawę oceny uzupełnionej dokumentacji złożonej przez odwołującego, która w konsekwencji uzasadniała by podstawę do jego wykluczenia z postępowania, trudno się doszukać bezpośredniego odniesienia się do treści złożonych dokumentów. Nie podjęto nawet jakiejkolwiek próby ich merytorycznej oceny.
Zamawiający nie dokonał również ich weryfikacji pod względem spełniania warunku udziału w postępowaniu, przez podmiot trzeci (Saferoad), jak i nie zbadał skuteczności ich złożenia przez odwołującego. Nie można jednak zarzucić zamawiającemu, że w rozstrzygnięcia, w ogóle nie podjął tematu uzupełnionych dokumentów. Podjął go przy okazji, odniesienia się do procedury uzupełniającej oświadczając, że ,,Wykonawca w odpowiedzi na powyższe wezwanie przedstawił Wykaz usług zawierający dwie usługi wraz z dowodami ich należytego wykonania. Jedna z nich została wykonana bezpośrednio przez Wykonawcę, druga przez podwykonawcę Saferoad Grawil Sp. z o.o." Ale to wszystko.
Pozostała treść uzasadnienia jest jedynie przytoczeniem uzasadnienia wyroku KIO oraz powoływaniem się na argumentację w nim zawartą.
Tym samym, zamawiający tylko formalnie wykonał nakaz wynikający z wyroku KIO, a dotyczący konieczności wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy ale równocześnie nie zrealizował, nakazu powtórzenia czynności ponownego badania i oceny jego oferty, w tym merytorycznej oceny uzupełnionych przez odwołującego dokumentów. Trudno stawiać, na tym etapie postępowania, wyłącznie „zarzuty" do wyroku KIO i to jedynie z powodu zaniechania przez zamawiającego (do czego był zobowiązany w wyroku KIO), podjęcia czynności badania i oceny dokumentów uzupełnionych przez odwołującego.
Brak bowiem w uzasadnieniu pisma zamawiającego, wskazania jakichkolwiek zarzutów wynikających bezpośrednio z procesu badania uzupełnionych dokumentów, a oparcie się wyłączne na sparafrazowanej treść uzasadnienia wyroku KIO, może w tej sytuacji stanowić, jedyny przedmiot polemiki odwołującego.
Było by rzeczą nienaturalną, gdyby to odwołujący, „w imieniu i na rzecz" zamawiającego , dokonał samodzielnego badania złożonych przez siebie, oświadczeń i dokumentów, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.
Trudno też samemu w odwołaniu, prezentować skuteczność złożonych dokumentów przez odwołującego, skoro to ich treść, a nie opinia odwołującego ma świadczyć, o skuteczności potwierdzenia spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 8.2.3.1. SIWZ.
W tym stanie rzeczy odwołujący ustosunkował się do zarzutów wskazanych w zawiadomieniu, o wykluczeniu jego z przedmiotowego postępowania.
Ad. 1.
W zakresie pierwszego fragmentu przytoczonego z treści omawianego pisma, należy stwierdzić, że stanowi on cytat z uzasadnienia wyroku KIO (strona 23).
Odwołujący w części 11. Odwołania, przedstawił już swoje stanowisko w tym zakresie.
Ad. 2.
Na podstawie tego fragmentu pisma, stanowiącego uzasadnienie do wykluczenia odwołującego, wykażą jakimi błędnymi przesłankami kierował się zamawiający.
Jak to wcześniej sygnalizował odwołujący, treść przedmiotowego uzasadnienia, jest kompilacją cytatów z wyroku KIO oraz próby dostosowania ich fragmentów do założonej z góry tezy, to jest, wykluczenia odwołującego z postępowania.
Zamawiający w zdaniu „Ponieważ Wykonawca nie spełnił warunku określonego w pkt. 8.2.3.1. SIWZ samodzielnie ani też nie zmienił oświadczenia określonego w okt. 11 Formularza ofertowego w zakresie podwykonawcy (taką przykładową możliwość przedstawiła Izba w uzasadnieniu wyroku, który został przesłany do Wykonawcy), ale nadal polegał na zasobach Saferoad Grawil So. z o.o. sytuacja określona w odwołaniu, nie uległa co do zasady zmianie, a co za tym idzie nie zmienia się też jej ocena wyrażona przez Izbę w uzasadnieniu wyroku: „warunek udziału w przetargu, wobec nieprawidłowego zakresu podwykonawstwa Saferoad-w ofercie, nie został prawidłowo wykazany w zakresie jednej usługi z pkt 8.23.1. SIWZ", formułuje z góry założoną tezę, że Wykonawca - odwołujący, nie spełnił warunku określonego w pkt. 8.2.3.1. SIWZ.
W uzasadnieniu tego stwierdzenia, zamawiający nie odniósł się w ogóle do treści uzupełnionych oświadczeń i dokumentów, ale w ślad za oceną, dokonaną przez Izbę na rozprawie, przeprowadzonej w innym stanie faktycznym (jeszcze przed uzupełnieniem dokumentów), założył, że:
1. Ponieważ Wykonawca nie spełnił warunku określonego w pkt. 8.2.3.1. SIWZ samodzielnie;
2. ani też nie zmienił oświadczenia określonego w pkt. 11 Formularza ofertowego w zakresie podwykonawcy,
3. ale nadal polegał na zasobach Saferoad Grawil Sp. z o.o.
4. to sytuacja określona w odwołaniu, nie uległa co do zasady zmianie, a co za tym idzie nie zmienia się też jej ocena wyrażona przez Izbę.
W tym miejscu odwołujący zadał kolejne pytanie.
Czy zamawiający w świetle przytoczonego „uzasadnienia" z zawiadomienia o wykluczeniu odwołującego, poza dostosowaniem treści uzasadnienia wyroku KIO, do treści pisma i przejrzeniu ilości złożonych dokumentów w procedurze uzupełniającej, dokonał ich oceny? Czy też, uznał, że powołanie się na zasoby Saferoad przez odwołującego, z góry go wyklucza z postępowania.
Analiza decyzji wydanych przez zamawiającego nasuwa uzasadnione przypuszczenie odwołującego, że druga z postawionych wyżej hipotez może być prawdziwa.
W stwierdzeniu zacytowanym z uzasadnienia zawiadomienia: „skoro sam Odwołujący nie spełnia postawionego warunku (prawdą jest, że odwołujący, samodzielnie spełnia jeden z postawionych dwóch warunków udziału w postępowaniu z pkt.8.2.3.1. SIWZ.
Ad. 2 Odwołujący składając w uzupełnieniu oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie przedmiotowego warunku, w zakresie drugiego zadania, powołał się na zasoby Saferoad (dokumentacja w załącznikach). zamawiający w

cytowanym piśmie, nie podniósł (nie wykazał), jakichkolwiek zarzutów co do ich treści. Można zatem przyjąć, że przedstawione do oceny w trybie art, 26 ust. 3 ustawy dokumenty, spełniły wymóg postawiony w pkt 8.2.3.1. SIWZ. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na regulację wyrażoną w art. 26 ust. 3 ustawy, która stanowiła podstawę do wezwania odwołującego w celu uzupełnienia dokumentacji, o której mowa w pkt 9.3.2. SIWZ.
Przepis ten w sposób kompleksowy reguluje zasady wezwania do uzupełnienie dokumentów w przedmiocie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, niezależenie, czy dotyczą one wykonawcy samodzielnie wykazującego ich spełnienie i brak podstaw do wykluczenia, czy też wykonawcy wykazującego spełnienie warunków udziału w postępowaniu przy pomocy potencjału podmiotu trzeciego. „Wspomagającym" procedurę uzupełnienia przepisem jest art. 22a ust. 6 ustawy, który wskazuje na możliwość zmiany podmiotu trzeciego zgłoszonego na etapie składania oferty. Wykonawca wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentu podmiotu trzeciego, może, albo, dokonać stosownego uzupełnienia dokumentu dotyczącego podmiotu trzeciego zgłoszonego pierwotnie, albo, skorzystać z dyspozycji art. 22a ust. 6 ustawy, tj. na okoliczność wezwania zmienić podmiot trzeci na inny lub samodzielnie spełnić warunek w zakresie udostępnianego zasobu.
Stanowisko takie przyjęła również Izba w wyroku KIO w słowach „wykonawca ma również prawo do przykładowo dokonania zmiany tego podmiotu i nie będzie to stanowiło żadnej bezprawnej zmiany oferty, ponieważ jednokrotna zmiana podwykonawcy jest możliwa z mocy ustawy). Na ten zapis powołał się również zamawiający w ślad za wyrokiem KIO, w słowach „(taką przykładową możliwość przedstawiła Izba w uzasadnieniu wyroku)
Odwołujący powołując się na art. 25a ust. 6 ustawy, mógłby dokonać „zamiany" Saferoad na innego wykonawcę, spełniającego warunki pkt 8.2.3.1.S1WZ i uzupełnić wymagane w pkt. 9.3.2 SIWZ dokumenty, które niezależnie od ustaleń Izby, poczynionych w wyroku KIO, musiały by podlegać badaniu zamawiającego.
Problem powstanie przy ocenie oświadczenia złożonego, przez odwołującego w pkt 11 tabeli pierwszej formularza ofertowego, bo tam dalej jako podwykonawcy będą figurować Saferoad oraz B., których na tym etapie postępowania już nie występują, a w ich miejsce wprowadzona została Eurovia.
Należy postawić pytanie zamawiającemu, co zrobi w takiej sytuacji?
Czy w taki sam sposób jak dotychczas, wykluczy odwołującego z postępowania, pomimo uzupełnienia dokumentów i oświadczeń od nowego użyczającego swoje zasoby podmiotu, przytaczając jedną z przesłanek wykluczenia, to jest „nie zmienił oświadczenia określonego w pkt. 11 Formularza ofertowego w zakresie podwykonawcy",
Czy też dokona badania, uzupełnionych oświadczeń i dokumentów, nowego podmiotu trzeciego i pomimo sprzeczności w oświadczeniu złożonym w pkt 11 formularza ofertowego, gdzie dalej figurują Saferoad oraz B., dokonał by wyboru oferty odwołującego.
W tym miejscu odwołujący stwierdzi, że obie formy uzupełnienia dokumentów są dopuszczalne prawem.
Zatem, zarówno uzupełnienie dokumentów dokonane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, polegające na powołanie się na zasoby tego samego podmiotu - Saferoad, jak i uzupełnienie dokumentów w trybie art.25a ust. 6 ustawy, polegające na powołanie się na zasoby innego podmiotu, winno mieć taki sam pozytywny skutek w ocenie zamawiającego, pod warunkiem, że oba podmioty spełniają warunek wskazany w pkt 8.2.3.1. SIWZ, a uzupełnienie dokumentów odbyło się w oparci o wymóg określony w pkt 9.3.2. SIWZ.
Instytucja uzupełnienia wyrażona w art.26 ust. 3 ustawy oraz w art. 25a ust.6 ustawy, a także w art. 24 ust. 8, mają charakter sanujący ofertę wykonawcy.
Uzupełnione przez odwołującego brakujące oświadczenia i dokumenty w oparciu pkt 9.3.2. SIWZ, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt
8.2.3.1. SIWZ, stanowią nową - uzupełnioną jakość oferty w tym zakresie i powinny być badane przez zamawiającego.
Uzupełnienie oferty przez odwołującego, nie stanowi jej zmiany, która z mocy prawa jest niedopuszczalna. Odwołujący nie może bowiem samodzielnie, to jest bez wyraźnego wezwania zamawiającego, dokonywać poprawek, zmian, wykreśleń lub wprowadzania nowych zapisów do oferty, w tym w szczególności w formularzu ofertowym.
To zamawiający będąc „gospodarzem" prowadzonego postępowania, w szczególności od momentu złożenia ofert, może, oczywiście w granicach prawa (np. art.87, art. 26 25a ust. 6, art. 90 ustawy), wezwać wykonawcę do złożenia, uzupełnienia, poprawieni lub wyjaśnienia treści oferty albo samemu dokonać jej korekty, informując o tym fakcie wykonawcę,
W przedmiotowym postępowaniu, zamawiający wezwał odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, wymieniony w pkt. 9.3.2. SIWZ, to jest: wykazu usług wraz z dowodami ich należytego wykonania.
Odwołujący, warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, zdaniem zamawiającego nie spełnił, bowiem „nie zmienił oświadczenia określonego w pkt. 11 Formularza ofertowego w zakresie podwykonawcy", a jednocześnie sam nie pokusił się wskazać, w wezwaniu do uzupełnienia, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, po za dokumentami wymaganymi w pkt 9.3.2. SIWZ, na konieczność dokonania zmiany oświadczenia określonego w pkt. 11 Formularza ofertowego w zakresie podwykonawcy. Nie wskazał również, w jakim zakresie zmiana ta miała by nastąpić. Nie wymagał również złożenia dodatkowego oświadczenia, w tym zakresie, ani dokonania korekty w pkt 11 formularza ofertowego, czego jednak oczekiwał.
Sam fakt złożenia przez odwołującego, dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, ma cechy oświadczenia woii w zakresie zamiaru uzyskania zamówienia publicznego, ze wszystkimi tego konsekwencjami, w tym, zlecenie Saferoad w charakterze podwykonawcy, pełnego zakresu usług, których to użyczył odwołującemu.
Odwołujący po raz kolejny potwierdza, że jego oświadczenie złożone w pkt 11 formularza ofertowego, a dotyczące kompleksowej realizacji usługi w zakresie utrzymania oznakowania pionowego, poziomego oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego, przez wskazanego w nim podwykonawcę firmy Saferoad, pozostaje aktualne. Faktu tego nie zmieniła interpretacja dokonana przez Izbę w wyroku KIO (o czym było mowa w części 11. odwołania), ani eliminacyjne - wykluczeniowe stanowisko zamawiającego, wyrażone w treści zawiadomienia.
Odwołujący przesłał zamawiającemu w charakterze uzupełnienia, komplet dokumentów zgodnych z pkt 9.3.2. SIWZ (zał, od 2 do 6), a dodatkowo pismo z dnia 28.07.2020 r. stanowiące (zał. nr 4 do odwołania).
W piśmie tym, odwołujący oświadczył, że „oświadczenie podmiotu trzeciego Grawil (Saferoad). które potwierdza w całej rozciągłości udostępnienie nam swoich zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia, w tym w szczególności oznakowania pionowego, poziomego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego, które to wykonawca w charakterze podwykonawcy przy naszym udziale wykona".
Odwołujący powołując się na oświadczenia i dokumenty przesłane przez firmy Saferoad w ramach uzupełnienia (dodatkowo urządzenia BRD), przed ich złożeniem zamawiającemu, ponownie dokonał ich analizy i uznał, iż w pełni

potwierdzają spełnienie warunku z pkt 8.2.3.I.SIWZ, a firma Saferoad jako podwykonawca, wykona wspólnie z odwołującym przedmiotowe zamówienie.
Dlatego też, w przytoczonym powyżej oświadczeniu, Odwołujący po raz kolejny, zdefiniował charakter współpracy i udziału Saferoad we wspólnej realizacji zamówienia.
W tym świetle zarzut postawiony przez zamawiającego „dalszego polegania na zasobach Saferoad Grawil Sp. z o.ow , odwołujący pozostawił bez komentarza jako oczywiście bezzasadny.
Te trzy omówione powyżej przestanki wykluczenia, to jest:
1. Odwołujący samodzielnie nie spełnił warunku określonego w pkt. 8.2.3.1. SIWZ;
2. Odwołujący nie zmienił oświadczenia określonego w pkt. 11 Formularza ofertowego w zakresie podwykonawcy,
3. Odwołujący nadal polegał na zasobach Saferoad,
skutkowały konkluzją zamawiającego dokonaną w zawiadomieniu, w słowach, „że sytuacja określona w odwołaniu, nie uległa co do zasady zmianie; a co za tym idzie nie zmienia się też jej ocena wyrażona przez Izbę".
Przytoczona puenta, dotyczy sposobu wnioskowania Izby w oparciu historyczny stan faktyczny i ma niewiele wspólnego z aktualnym stanem postępowania, w szczególności po dokonaniu przez odwołującego uzupełnienia dokumentów. Świadczy jednak o tym, że zamawiający nie dokonał samodzielnej oceny uzupełnionej dokumentacji, ale wręcz przeciwnie - pominął ją i bezkrytycznie zastosował sposób wnioskowania przyjęty przez Izbę w wyroku KIO, o czym była mowa w części 11 odwołania.
1. Odwołujący zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy oraz pkt 8.2.3.1. i pkt 9.3.2. SIWZ stwierdzil, że:
1) zamawiający, w zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z postępowania, wadliwie zastosował przesłankę jego wykluczenia, albowiem jak wynika z treści pisma nie uzasadnił w sposób bezsporny powodów jego wykluczenia.
Instytucja wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, wymaga od zamawiającego przeprowadzenia szczegółowego, rzetelnego i obiektywnego procesu badania uzupełnionych dokumentów, przy zastosowaniu przepisów ustawy oraz odpowiednich zapisów SIWZ, a w szczególności sporządzenia wyczerpującego i przejrzystego uzasadnienia podstaw wykluczenia z powołaniem się no ocenę każdego z uzupełnionych dokumentów i wskazaniem w ich treści niezgodności z warunkiem postawionym w pkt 8.2.3.1 SIWZ.
Nieuwzględnienie w zawiadomieniu, istotnych przesłanek wykluczenia, a jedynie powołanie się na stanowisko Izby wyrażone w wyroku KIO i podanie go jako wynik własnej oceny badanych dokumentów, nie stanowi podstawy do wykluczenia odwołującego w trybie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.
Tak skonstruowane uzasadnienie jest niejasne, merytorycznie niespójne, a tym samym nieczytelne, nie można też w nim odnaleźć rzeczywistych powodów wykluczenia odwołującego, w oparciu o treść uzupełnionych dokumentów.
Tak sformułowane oświadczenie zamawiającego, jest sprzeczne z zasadą przejrzystości wskazaną w art. 7 ust. 1 ustawy.
2) zamawiający przez zaniechanie badania uzupełnionych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. nowych dokumentów i oświadczeń, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.3.1S1WZ, a jednocześnie przyjmując, ustalenia dokonane przez izbę w wyroku KIO, za własne, dokonał wykluczenia odwołującego z postępowania z istotnym naruszeniem prawa.
Zamawiający nie dokonał badania uzupełnionych dokumentów, przy użyciu miernika spełniania warunku, w szczególności określonego w pkt 8.2.3.1. SIWZ, a jedynie ocenił je przez pryzmat (miernik), zastosowany w uzasadnienia wyroku KIO.
Ocena stanu faktycznego, oferty odwołującego dokonana przez Izbę, na którą powołał się zamawiający, dotyczyła jedynie, oceny prawdziwości twierdzeń zawartych w oświadczeniu odwołującego (przypisanie zakresu wsparcia podwykonawcy - szczegółowo omówione w części 11 odwołania), ujętych w pkt 11 formularza ofertowego, z treścią oświadczenia złożonego przez Saferoad w pozycji lit. c zobowiązania do udostępnienia jego zasobów odwołującemu (str. 23 wyroku KIO) i co do zasady, nie może stanowić podstawy prawidłowej weryfikacji złożonych dokumentów przez zamawiającego.
Takie stanowisko Izby, stanowiło jednak podstawę do nakazania zamawiającemu w sentencji wyroku KIO, do powtórzenia czynności badania oferty odwołującego, po wcześniejszym jej uzupełnieniu, o oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust.3 ustawy. Powołanie się zatem, przez zamawiającego, w zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego, na „metodę oceny" zastosowaną przez Izbę, jako jedynej przesłanki wykluczenia odwołującego, w szczególności wyrażone w zdaniu - „Ponieważ Wykonawca nie spełnił warunku określonego w pkt 8.2.3.1. SIWZ samodzielnie ani też nie zmienił oświadczenia określonego w pkt 11 Formularza ofertowego w zakresie podwykonawcy, ale nadal polegał na zasobach Saferoad Grawil Sp. z o.o., a sytuacja określona w odwołaniu, nie uległa co do zasady zmianie, a co za tym idzie nie zmienia się też je] ocena wyrażona przez Izbę w uzasadnieniu wyroku (...)," świadczy: po pierwsze, o niezrozumieniu kontekstu przyjętej, przez Izbę wąskiej interpretacji konkretnego stanu faktycznego, a pomimo tego zastosowania jej wprost, przy „ocenie" złożonych dokumentów w nowych okoliczności postępowania,
po drugie o niezastosowaniu obiektywnych metod oceny wyjaśnień wynikających z pkt 8.2.3.1. SIWZ, które doprowadziły do bezpodstawnego zastosowaniem art. 24 ust. 1 ustawy i odrzucenia ofert odwołującego.
Konsekwencją naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy, jest pozbawienie odwołującego możliwość wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej i udzielenia mu zamówienia, które zgodnie z przepisami ustawy oraz z pkt. 8.2.3.1. SIWZ, co wynika ze złożonych w uzupełnieniu dokumentów, powinno mu przypaść w udziale.
3) zamawiający w ocenie warunku zawartego w pkt 8.2.3.1. SIWZ, stwierdził, że Odwołujący nie zrealizował w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (...), dwóch usług o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł. brutto każda, polegające na bieżącym utrzymaniu oznakowania pionowego, poziomego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego dla miasta w którym liczba mieszkańców wynosi ponad 100 000 mieszkańców, (...). Twierdzenie swoje oparł jedynie na uzasadnieniu wyroku KIO, nie poddając rzetelnemu badaniu, w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, uzupełnionych oświadczeń i dokumentów.
4) zamawiający uchybił treści pkt 9.3.2. SIWZ, albowiem w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, ograniczył możliwości uzupełnienia dokumentów (pismo z dnia 22.07.2020 r.), jedynie do wykaz usług wraz z dowodami ich należytego wykonania, pomijając oświadczenia wykonawcy jako formę poświadczenia należytego wykonania usługi oraz po prze nie wskazanie formy jak i sposobu dokonania korekty treści oświadczenia z pkt 11 formularza ofertowego, w zakresie podwykonawstwa, która stanowi główną przesłankę wykluczenia odwołującego.
W dniu 18 sierpnia 2020r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.
W dniu 21 sierpnia 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca

Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.pl Spółka Akcyjna z siedzibą w Dąbrowie Górniczej wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy lub o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.
Przystępujący podkreślił, że sposób działania zamawiającego określony został w wyroku sygn. akt KIO 603/20. Wyjaśnienia poczynione przez odwołującego na etapie postępowania odwoławczego są spóźnione, a odwołujący winien wyjaśnienia takie przedłożyć zamawiającemu na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto poczynione wyjaśnienia wydają się być przygotowane wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego. Interes przystępującego przejawia się w zgodnym z prawem i wyrokiem Izby wykluczeniem odwołującego z postępowania, które powoduje, że oferta przystępującego jest ofertą najkorzystniejszą. Z tego powodu ewentualne uwzględnienie odwołania spowoduje, że przystępujący może nie uzyskać zamówienia, a co za tym idzie poniesie szkodę. Wskazał na szerokie rozumienie interesu w świetle wyroku Izby z dnia 12 września 2014r. sygn. akt KIO 1772/14. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 marca 2020r. udzielonego przez prezesa zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji przystępującego ujawnionymi w KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 21 sierpnia 2020r.
W dniu 18 września 2020r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Podniósł, że na skutek wniesionego odwołania w przedmiotowym postępowaniu, Krajowa Izba Odwoławcza wydała w dniu 06.07.2020 r. wyrok o sygn. akt. KIO 603/20, nakazujący zamawiającemu „unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy w zakresie spełniania warunku udziału w przetargu dotyczącego posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej z pkt. 8.2.3.1. SIWZ, a także dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej."
Jak stwierdziła w uzasadnieniu wyroku Krajowa Izba Odwoławcza: „trafne jest stanowisko odwołującego, że udostępniając zdolność zawodową w przedmiocie wykonania usługi utrzymania oznakowania pionowego, poziomego i urządzeń bezpieczeństwa, podwykonawca winien wykonać cały ten zakres, a nie tylko oznakowanie poziome. Zgodnie bowiem z art. 22a ust. 4 ustawy jeśli wykonawca chce powołać się na zasoby podmiotu trzeciego dotyczące doświadczenia podmiot ten winien zrealizować usługę do realizacji której udostępniane zdolności są wymagane, a nie tylko jej część. Wobec zlecenia podwykonawcy Saferoad jedynie części usługi, wykonawca Signum nie wykazał spełniania warunku udziału w przetargu, Prawidłowo zostało wykazane jedynie doświadczenie własne (pkt. 3 Wykazu), czego odwołujący nie kwestionował, zaś wobec braku zaangażowania podmiotu Saferoad w pełen zakres usługi zarówno dla utrzymania oznakowania poziomego, jak i pionowego (co wynika z treści warunku udziału w postępowaniu) doświadczenie Saferoad nie potwierdza posiadania właściwego potencjału zawodowego, co do posiadania drugiej z niezbędnych usług, o charakterze określonym przez zamawiającego w SIWZ." A warunek udziału w przetargu, wobec nieprawidłowego zakresu podwykonawstwa Saferoad w ofercie, nie został prawidłowo wykazany w zakresie jednej usługi z pkt. 8.2.3.1. SIWZ".
Realizując nakaz zawarty w orzeczeniu wyroku zamawiający w dniu 22.07.2020r., wezwał Signum Oznakowanie Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia oferty. Wykonawca w odpowiedzi na powyższe wezwanie przedstawił Wykaz usług zawierający dwie usługi wraz z dowodami ich należytego wykonania. Jedna z nich została wykonana bezpośrednio przez wykonawcę, druga przez podwykonawcę Saferoad Grawil Sp. z o.o. , Ponieważ Wykonawca nie spełnił warunku określonego w pkt. 8.2.3.1. SIWZ samodzielnie ani też nie zmienił oświadczenia określonego w pkt. 11 Formularza ofertowego w zakresie podwykonawcy (taką przykładową możliwość przedstawiła Izba w uzasadnieniu wyroku, który został przesłany do wykonawcy), ale nadal polegał na zasobach Saferoad Grawil Sp. z o.o. sytuacja określona w odwołaniu, nie uległa co do zasady zmianie, a co za tym idzie nie zmienia się też jej ocena wyrażona przez Izbę w uzasadnieniu wyroku: „warunek udziału w przetargu, wobec nieprawidłowego zakresu podwykonawstwa Saferoad w ofercie, nie został prawidłowo wykazany w zakresie jednej usługi z pkt. 8,2.3.1. SIWZ". W związku z powyższym, po wypełnieniu nakazanego sentencją wezwania do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, wykonawca Signum Oznakowanie Sp. z o.o. został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.
Wbrew twierdzeniu odwołującego zamawiający nie mógł zinterpretować deklaracji ofertowej w zakresie podwykonawstwa w sposób odmienny od tego jaki dokonała w uzasadnieniu wyroku Izba. Treść odwołania stanowi wręcz polemikę z uzasadnieniem wyroku o sygnaturze KIO 603/20. Zarzuty jakoby zamawiający tylko (...) formalnie wykonał nakaz wynikający z wyroku KIO, a dotyczący konieczności wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, ale równocześnie nie zrealizował nakazu powtórzenia czynności ponownego badania i oceny jego oferty, w tym merytorycznej oceny uzupełnionych przez odwołującego dokumentów, jest chybiony i pozbawiony racji prawnych. Zamawiający po otrzymaniu dokumentów złożonych na wezwanie z dnia 22.07.2020 r. dokonał ich oceny w świetle deklaracji ofertowej, która de facto nie została zmieniona. w zakresie polegania na potencjale podmiotu trzeciego. W obliczu powyższego sposób warunków udziału w postępowaniu, dla zachowania legalizmu zamawiającego musiał być ukierunkowany uzasadnieniem wyroku KIO. A contrario, gdyby zamawiający postąpił inaczej, jego działania mogłyby być przedmiotem zarzutów innych uczestników postępowania.
W dniu 21 września 2020r. przystępujący przedstawił pisemne stanowisko wnosząc o :
W odpowiedzi na odwołanie oraz w nawiązaniu do stanowiska Zamawiającego z dnia 17 września 2020 roku, Przystępujący wnosi o:

a)odrzucenie odwołania na podstawie przepisu art 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych
ewentualnie
b)oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

W ocenie przystępującego z uzasadnienia odwołania wynika że jest ono skierowane przeciwko ustaleniom poczynionym przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 6 lipca 2020 roku (KIO 603/20), co wynika również ze stanowiska zamawiającego.
Jakkolwiek odwołujący nie zaskarżył odwołaniem samej czynności polegającej na wezwaniu skierowanym przez zamawiającego, o tyle odwołujący zarzuca Izbie błędne ustalenia poczynione w wyroku z dnia 6 lipca 2020 roku (KIO 603/20), a zatem w niniejszym odwołaniu polemizuje z zasadnością wydanego uprzednio wyroku oraz jego uzasadnienia.
Przystępujący wskazał, że wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający nie uchybił żadnemu terminowi (w tym terminowi na doręczenie odwołania i wezwania do przystąpienia do poprzedniego postępowania odwoławczego), a krótki — jak twierdzi odwołujący — 3-dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia narzuca ustawodawca na wszystkich uczestników postępowań o udzielenie zamówień publicznych,
Z powodu własnej decyzji odwołujący nie przystąpił do poprzedniego postępowania odwoławczego, nie stał się jego uczestnikiem i nie przysługiwała mu możliwość polemiki z wyrokiem KIO z dnia 6 lipca 2020 roku (KIO 603/20) np. przez

złożenie skargi do Sądu Okręgowego (zob. str. 12 uzasadnienia wyroku KIO 603/20).
W tym stanie rzeczy, stan faktyczny oraz stan prawny ustalony przez Izbę w poprzednim orzeczeniu stał się stanem wiążącym dla uczestników postępowania o udzielenie zamówienia — w tym zamawiającego, oraz przystępującego.
Odwołanie zmierzające do zakwestionowania ustaleń Izby poczynionych w wyroku z dnia 6 lipca 2020 roku (KIO 603/20) winno zatem zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy.
W przypadku uznania, że odwołanie winno zostać merytorycznie rozpoznane, przystępujący wniósł o jego oddalenie z następujących przyczyn:
a) postawione w treści odwołania zarzuty są nietrafne
Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust, 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust 1 i ust. 3 ustawy oraz art. 92 ust, 1 pkt 2 w zw. z art, 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy.
Nie ulega jednak dla przystępującego wątpliwości, że zamawiający nie naruszył tych przepisów ponieważ zgodnie uzasadnieniem wyroku 603/20: „nie wykazano w sposób prawidłowy potencjału zawodowego dotyczącego Saferoad Grawil sp. z o.o. we Włocławku" (str. 13 uzasadnienia wyroku), „dla podwykonawcy Saferoad zostanie zlecony zakres dotyczący oznakowania poziomego" (str. 22 uzasadnienia wyroku), „podwykonawca winien wykonać cały ten zakres, a nie tylko oznakowanie poziome" (str. 22 uzasadnienia wyroku), „warunek udziału w postępowaniu, wobec nieprawidłowego zakresu podwykonawstwa Saferoad w ofercie, nie został prawidłowo wykazany w jednej usługi z pkt 8.2.3.1. (str. 23 uzasadnienia wyroku).
Z tego powodu — zamawiający zobowiązany został przez Izbę do wezwania odwołującego do wykazania spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu w trybie wezwania z art. 26 ust 3 ustawy (zob. pkt 1 sentencji wyroku KIO)
Zamawiający — stosując się do wymogów wyrażonych w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, wezwał odwołującego pismem z dnia 22 lipca 2020 roku do uzupełnienia oferty w trybie art 26 ust, 3 PZP, „realizując nakaz zawarty w orzeczeniu wyroku z dnia 06.06.2020 r.". Jednocześnie zamawiający wskazał odwołującemu w treści wezwania, że jest ono kierowane „w związku z oświadczeniem złożonym w pkt. 11 Formularza ofertowego", przez które to oświadczenie dokumenty wykazujące spełnianie warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia mogą być uznane wyłącznie w zakresie usług oznaczonej numerem 3. Zamawiający poinformował również odwołującego, że „szczegółowo przyczyny nie zaliczenia usług z pozycji pierwszej i drugiej rzeczonego wykazu na poczet spełniania warunku określonego w pkt. 82.3.1 SIWZ zostały opisane w uzasadnieniu wyroku",
Dla zobrazowania sytuacji mającej miejsce na moment przesłania wezwania zamawiającego z dnia 22 lipca 2020 roku przystępujący zamieścił printscreen z pkt II formularza ofertowego odwołującego oraz wykazu wykonanych lub wykonywanych usług.
Przystępujący wskazał, że wyłącznie usługa oznaczona numerem 3 realizowana była przez odwołującego, a usługi spod numerów 1 oraz 2 realizowane były przez Saferoad Grawil sp. z o.o.
W związku z powyższym — z wezwania zamawiającego zdaniem przystępującego wynikało jasne i precyzyjne wyjaśnienie, że: a) wezwanie kierowane jest w związku z zapadłym wyrokiem i w tymże wyroku oraz jego uzasadnieniu odwołujący znajdzie szerokie i wszechstronne uzasadnienie dlaczego usługi wskazane w wykazie w pozycjach 1 i 2 nie wykazują spełniania warunków udziału w postępowaniu
b) wezwanie wynika z treści oświadczenia złożonego w punkcie 11 formularza ofertowego (a więc ze względu na zawężony zakres podwykonawstwa podmiotu Saferoad Grawil — co wynika nie tylko z brzmienia i wyglądu formularza oferty; ale również z orzeczenia Izby, dla której zakres ten był równic jasny i wskazany w sposób zbyt wąski)
Następnie odwołujący otrzymał treść wyroku oraz przedłużono mu czas na dokonanie uzupełnień dokumentów, a odwołujący dokonał stosownego pismem z dnia 28 lipca 2020 roku.
W treści pisma odwołujący odniósł się do wykonania przez firmę Saferoad Grawil sp. z o.o. w ramach wykonywanych uprzednio usług również urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego (BRD) oraz oznakowania i poziomego, jednak nie dokonał żadnej zmiany w zakresie punktu 11 Formularza oferty, a zatem nadal aktualne pozostawało oświadczenie odwołującego, że spółce Saferoad Grawil powierzy wyłącznie zakres polegający na oznakowaniu poziomym, co nie stanowi pełnego zakresu, który jest wymagany zgodnie z przepisem art 22a ust, 4 ustawy — a więc w pełnym zakresie prac, których wykonanie wymaga udostępnionych wiedzy oraz doświadczenia.
W tym stanie rzeczy, jeśli odwołujący nie rozumiał treści wezwania zamawiającego, miał pełne prawo wystąpić do zamawiającego o jej wyjaśnienie. Odwołujący zaniechał pytania, a następnie uzupełnił dokumenty, które de facto nie zmieniły w żaden sposób sytuacji podmiotowej odwołującego, ponieważ w zakresie jednej z usług — jakkolwiek podmiot Saferoad Grawil sp. z o.o. warunek ten spełnia, to jednak nie spełnia go ze względu na zbyt ograniczony zakres podwykonawstwa — a więc sprzeczność z przepisem art. 22a ust. 4 ustawy — a w konsekwencji konieczność uznania, że zasoby nie zostały prawidłowo udostępnione, a odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu.
Odwołującemu znane było uzasadnienie wyroku KIO, jak również wskazanie przez KIO, że z formularza oferty odwołującego (zob. pkt 11) wynika ograniczony zakres podwykonawstwa powierzony spółce Saferoad Grawil sp. z o.o. W związku z tym ewentualne zmiany w zakresie punktu 11 formularza oferty winny zostać przez odwołującego dokonane już na etapie udzielania odpowiedzi na wezwanie, a nie dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Niezrozumiałym jest dlaczego odwołujący upatrywał w ponownym badaniu oferty odwołującego możliwości, aby zamawiający — wbrew wcześniejszemu orzeczeniu Izby uznał, że tym razem odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, chociaż odwołujący w żadnej mierze nie zmienił swojego oświadczenia co do zakresu podwykonawstwa powierzonego spółce Saferoad Grawil sp. z o.o., a zamawiający był związany złożonym formularzem oferty oraz orzeczeniem Izby (zob. KIO 603/20).
Z powyższych powodów zamawiający nie naruszył przepisu art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy, ponieważ postępował zgodnie z uzasadnieniem wyroku KIO 603/20, natomiast przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 PZP nie został naruszony w związku z faktem, że uzasadnienie to w pełni odnosi się do orzeczenia Izby KIO 603/20, powiela zawarte w nim ustalenia i w sposób precyzyjny (zrozumiały dla przystępującego) odnosi się do podstaw uznania, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.
b) uzasadnienie zarzutów jest błędne
Odwołujący polemizuje ze stanowiskiem Izby wyrażonym w wyroki KIO 603/20 wyjaśniając, że rzekomo zakres podwykonawstwa spółki Saferoad Grawil sp. z o.o. wynikać miał z formularza oferty, treści zobowiązania do udostępnienia zasobów oraz wykazu realizowanych usług. Przystępujący zaznaczył, że treść zobowiązania (podpisywana przez podmiot trzeci), stanowi jego wyłączną deklarację, a więc nie jest oświadczeniem wykonawcy, natomiast wykaz usług pokazuje jedynie jaki podmiot wykonał jakie usługi na rzecz jakich zamawiających. Z tego tytułu — jedynym dokumentem mającym w sprawie jest oświadczenie odwołującego (wykonawcy) zawarte w formularzu oferty,
Z kolei wbrew tezie odwołującego, jakoby w punkcie 11 formularze oferty znalazło się oświadczenie o powierzeniu

Saferoad Grawil pełnego zakresu realizacji nawet pobieżna analiza treści i formy tego punktu wskazuje zupełnie coś innego.
Odwołujący w sposób wyraźny rozdzielił treści wpisane w tabeli enterem (oddzielającym od siebie nie tylko dwa różne podmioty, ale również dwa różne zakresy:
1)oznakowanie poziome
2)oznakowanie pionowe i urządzenia BRD
Co więcej — oba zakresy pisane są z dużej litery, co dodatkowo wskazuje na fakt, że zostały one od siebie celowo oddzielone
Dalej — każdy z zakresów został przyporządkowany do innego podmiotu (znajdującego się w prawej kolumnie tabeli), na co wskazuje jedna na której leży dany zakres oraz podmiot, któremu ma on zostać udzielony.
Powyższe było na tyle jasne i jednoznaczne, że wskazała na to Izba w wyroku KIO 603/20, który stał się prawomocny i nie został zakwestionowany.
W związku z tym na obecnym etapie odwołujący nie jest uprawniony do polemizowania z wcześniejszym stanowiskiem Izby, ale mając taką możliwość, mógł skierować do zamawiającego oświadczenie o zmianie zakresu powierzonego podwykonawcy Saferoad Grawil sp. z o.o. na pełny zakres zamówienia obejmujący oznakowanie poziome, pionowe i urządzenia BRD. Oświadczenia takiego odwołujący nie złożył.
Całkowicie niezrozumiałe jest stanowisko odwołującego jakoby oświadczenie składane w punkcie 11 Formularza ofertowego miało za zadanie wskazać, jakie zasoby oddawane są wykonawcy przez poszczególne podmioty (zob. str. 10 odwołania), a zatem wyjaśnienia o brakującym wskazaniu np. kadry oraz sprzętu.
Oświadczenie składane w punkcie 11 Formularza ofertowego dotyczy wyłącznie zakresów podwykonawstwa, które oddawane jest do realizacji poszczególnym podmiotom, na których zasobach bazuje odwołujący. Odwołujący w sposób jasny i klarowny (na co zwróciła uwagę również Izba w wyroku KIO 603/20) dokonał podziału zakresów między dwóch podwykonawców, jednemu z nich oddając do wykonania Oznakowanie poziome, zaś drugiemu Oznakowanie pionowe i urządzenia BRD. Po wystosowanym przez zamawiającego wezwaniu do uzupełnienia oferty, mając kompletną treść wyroku oraz uzasadnienia w sprawie KIO 603/20, odwołujący miał wiedzę o przyczynach uznania przez Izbę, że ze względu na zakres podwykonawstwa — nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący miał więc szansę dokonania stosownej zmiany w formularzu ofertowym, powierzając Saferoad Grawil sp. z o.o. pełny zakres podwykonawstwa, czego jednak nie uczynił,
Błędne jest stanowisko odwołującego, jakoby zamawiający nie dokonał (a przynajmniej nie poinformował o tym w uzasadnieniu informacji o tym w uzasadnieniu informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania) ponownego badania oferty odwołującego, po dokonaniu przez odwołującego uzupełniania dokumentów. Jak wskazał zamawiający w informacji o wykluczeniu — po złożeniu przez odwołującego dokumentów w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust 3 ustawy, sytuacja podmiotowa odwołującego nie uległa zmianie. Zamawiający (ani Izba w wyroku KIO 603/20) nie kwestionowali wykonanych przez odwołującego Saferoad Grawil sp. z o.o. usług. Usługi te (jedne oraz drugie) spełniają warunki udziału w postępowaniu. Kwestionowany był zakres podwykonawstwa przewidziany dla Saferoad Grawil sp. z o.o., która winna brać udział w pełnym zakresie zamówienia (a nie wydzielonej jego części — to jest oznakowaniu poziomym — jak wskazał w punkcie 11 Formularza ofertowego odwołujący). Zamawiający po otrzymaniu od odwołującego tych samych dokumentów, w których posiadaniu zamawiający już był, nie stwierdził żadnej zmiany w ofercie odwołującego, która mogłaby podlegać ponownemu badaniu pod kątem spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Wbrew więc zarzutowi postawionemu w odwołaniu — to nie zamawiający zastosował się jedynie formalnie do wyroku KIO 603/20, ale to odwołujący jedynie formalnie odpowiedział na wezwanie zamawiającego, pomimo pełnej wiedzy o stanie faktycznym spławy oraz przyczynie niemożliwości uznania przez zamawiającego, że odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.
Zdziwienie wzbudza sformułowany na str. 20 odwołania zarzut postawiony przez odwołującego: „Zamawiający nie dokonał samodzielnej oceny uzupełnionej dokumentacji ale wręcz — pominął ją i bezkrytycznie zastosował sposób wnioskowania przyjęty przez Izbę w wyroku KIO”
Odwołujący tym miejscu zdaje się stawiać zamawiającemu zarzut, że zastosował się do wyroku KIO, a nie dokonał własnej wykładni, która z tym wyrokiem byłaby sprzeczna. Taka argumentacja nic może zostać przyjęta, tym bardziej że odwołujący nie skorzystał z przysługującego mu prawa przystąpienia do poprzedniego postępowania i ewentualnej obrony swojej oferty przed Krajową Izbą Odwoławczą w ramach postępowania pod sygn. akt KO 603/20. W związku z powyższym — zamawiający dokonując powtórnego badania oferty odwołującego był związany ustaleniami Izby poczynionymi w postępowaniu KIO 603/20.
Wbrew twierdzeniom odwołującego (zob. str. 21-22 odwołania) — uzasadnienie wykluczenia odwołującego z postępowania jest przejrzyste i klarowane. Można z niego precyzyjnie odczytać zarówno uzasadnienie faktyczne, jak również prawne, a połączenie ich z uzasadnieniem wyroku KIO 603/20, czyni to uzasadnienie pełniejszym. Odwołujący został z postępowania wykluczony w związku z faktem, że zgodnie z przyjętą przez Izbę w wyroku KIO 603/20 wykładnią formularza oferty Odwołującego (zob. punkt 11) — Odwołujący powierzył podwykonawcy Safetoad Grawil sp. z o.o. (podmiotowi, na którego zasobach w postaci wiedzy i doświadczenia, bazował) zbyt wąski zakres podwykonawstwa, który nie pokrywał pełnego zakresu udostępnianych wiedzy i doświadczenia. Pomimo wezwania zamawiającego w trybie art, 26 ust. 3 ustawy, z powołaniem na uzasadnienie wyroku KIO 603/20, odwołujący nie dokonał odpowiedniej zmiany (czy to podmiotu trzeciego na nowy, czy też zmiany w zakresie punktu 11 formularza ofertowego w przedmiocie zakresu podwykonawstwa powierzonego spółce Safetoad Grawil sp. z o.o., pomimo pełnej wiedzy odwołującego o zarzutach w tym zakresie). Odwołujący jako profesjonalista, powinien dokonać uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w sposób nie budzący żadnej wątpliwości. Zgodnie z orzecznictwem Izby ciężar wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dąży na wykonawcach ubiegających się o udzielenie zamówienia. To nie rolą zamawiającego jest poszukiwanie dowodów i informacji na temat. tego, czy wykonawcy spełniają czy nie spełniają postawionych warunków udziału w postępowaniu. Z tego powodu — przy dochowaniu choćby minimalnej staranności — odwołujący winien w taki sposób zaprezentować oświadczenia, dokumenty i informacje, aby ponad wszelką wątpliwość dać zamawiającemu pewność, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.
Biorąc pod uwagę, że wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy cechuje jednokrotność odwołujący otrzymując to wezwanie winien podjąć najdalej idące kroki celem wszechstronnego wyjaśnienia sytuacji oraz wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tymczasem odwołujący zaprezentował zamawiającemu komplet analogicznych dokumentów, które w dalszym ciągu nie były zgodne z tym, co Izba wskazała w uzasadnieniu wyroku KIO 603/20, a zatem — jak słusznie przyjął zamawiający — skoro nie zmienił się stan, na kanwie którego zapadł wyrok w sprawie KIO 603/20, to również nie mogła zmienić się jego prawna ocena.

W tym stanie rzeczy — zamawiający zobowiązany był wykluczyć odwołującego z postępowania, a zatem podjęte przez zamawiającego czynności są w pełni zgodne z ustawą, a odwołanie winno zostać oddalone.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania siwz, oferty Signum, dokumentów złożonych przez Signum na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy, dokumentów złożonych przez Signum na podstawie wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, dowodów dołączonych do odwołania.

Na tej podstawie Izba ustaliła, że:

W pkt. 8.2.3. siwz zamawiający postawił warunek zdolności technicznej lub zawodowej:

Za minimalny poziom zdolności uznane zostanie, wykazanie przez Wykonawcę, że:

8.2.3.1. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał lub jest w trakcie wykonywania co najmniej dwie usługi o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł. brutto każda, polegające na bieżącym utrzymaniu oznakowania pionowego, poziomego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego dla miasta w którym liczba mieszkańców wynosi ponad 100 000 mieszkańców. W przypadku usług wykonywanych nadal wartość 1.000.000,00 zł brutto dotyczy części już zrealizowanej.

W formularzu ofertowym wykonawca Signum złożył następujące oświadczenie

11. Oświadczam, że:

~~- wykonam/y zadanie siłami własnymi*~~

- przewiduję/my wykonanie zadania przy pomocy następujących podwykonawców, na których zasobach polegam na zasadach określonych w art. 22 a Ustawy*

Oznakowanie poziome Saferoad Grawil Sp. z o.o. Ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek

Oznakowanie pionowe i urządzenia BRD P.P.H.U "B." Sp. j. Ul. 1 Maja 107, 41-706 Ruda Śląska

Z zobowiązania o udostępnieniu zasobów PPHU „B.” Spółka Jawna; ul. 1 Maja 107, 41-706 Ruda Śląska wynika, że zobowiązano się do oddania zasobów przy wykonywaniu zamówienia do dyspozycji Wykonawcy SIGNUM i oświadczono, iż:

a) udostępnia się Wykonawcy zasoby w zakresie: potencjał kadrowy i techniczny

- 2 osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę posiadające uprawnienia do obsługi koparko – ładowarki.
- 1 koparko - ładowarka

Z zobowiązania o udostępnieniu zasobów SAFEROAD GRAWIL Sp. z o.o. ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek wynik zobowiązanie do oddania zasobów przy wykonywaniu zamówienia do dyspozycji Wykonawcy SIGNUM i oświadczono, iż:

a) udostępnia się Wykonawcy zasoby w zakresie: WIEDZA I DOŚWIADCZENIE

- Referencje o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł. brutto, polegające na bieżącym utrzymaniu oznakowania pionowego, poziomego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, dla miasta w którym liczba mieszkańców wynosi ponad 100 000 mieszkańców, zdobyte na wykonanym zadaniu pn.: Konserwacja i bieżące utrzymanie oznakowania poziomego, pionowego oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach publicznych w granicach administracyjnych miasta Płocka.

Z zobowiązania o udostępnieniu zasobów SAFEROAD GRAWIL Sp. z o.o. ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek wynika że zobowiązano się do oddania zasobów przy wykonywaniu zamówienia do dyspozycji Wykonawcy SIGNUM i oświadczono, iż:

a) udostępnia się Wykonawcy zasoby w zakresie: potencjał kadrowy i techniczny

- 2 osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę posiadające uprawnienia do kierowania samochodem ciężarowym o ładowności min. 5 ton,
- 3 osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę posiadające uprawnienia do obsługi samojezdnej malowarki,
- 2 osoby posiadające uprawnienia do kierowania ruchem drogowym zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 6 lipca 2010 r. w sprawie kierowania ruchem drogowym (Dz. U. Nr 123, poz. 840 z późn. zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.
- 1 samochód ciężarowy o ładowności min. 5 ton spełniający normę emisji spalin Euro 6,
- 2 samojezdne malowarki,

b) sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący: powyższe zasoby zostaną wykorzystane przy realizacji ww. zamówienia

c) zakres i okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący: realizacja zamówienia na podstawie umowy podwykonawczej

W JEDZ Signum w części C: Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów Czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V? wykonawca oświadczył, że tak.

W dniu 31 stycznia 2020 r. podwykonawca PPHU „B.” Spółka Jawna w związku z ofertą złożoną przez Signum Oznakowanie Sp. z o.o. z siedzibą w Czeladzi w przetargu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Dąbrowa Górnicza wskazał, że osoby, które zamierzamy skierować do realizacji ww. zadania są zatrudnione na podstawie umów o pracę za wynagrodzeniem nie niższym niż 17zł/ godzinę wynagrodzenia zasadniczego.

W dniu 31 stycznia 2020 roku podwykonawca SAFEROAD GRAWIL Sp. z o. o. z siedzibą we Włocławku, w związku z ofertą złożoną przez Signum Oznakowanie Sp. z o.o. z siedzibą w Czeladzi w przetargu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Dąbrowa Górnicza wskazał, że osoby, które zamierzamy skierować do realizacji ww. zadania są zatrudnione na podstawie umów o pracę za wynagrodzeniem miesięcznym w stawce od 2600,00 – do 3200,00 zł brutto

W załączniku nr 4 do siwz w ofercie Signum wskazano następujące doświadczenie:

1. Konserwacja i bieżące utrzymanie oznakowania pionowego, poziomego oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach publicznych w granicach administracyjnych miasta Płocka w latach 2015-2017 w okresie 01/01/2015 31/12/2017 dla Miejski Zarząd Dróg w Płocku ul. Bielska 9/11 09-400 Płock o wartości 2 783 389,75 zł
2. Konserwacja i bieżące utrzymanie oznakowania poziomego i pionowego ulic miasta Płockaw latach 2018-2020 w okresie 01/01/2018 do nadal dla Miejski Zarząd Dróg w Płocku ul. Bielska 9/11 09-400 Płock o wartości 2 057 118,57 zł.
3. REALIZACJA ZADAŃ ZWIĄZANYCH Z BIEŻĄCYM UTRZYMANIEM OZNAKOWANIA PIONOWEGO, POZIC URZĄDZEŃ BEZPIECZEŃSTWA RUCHU DROGOWEGO NA TERENIE GMINY DĄBROWA GÓRNICZA w 19.06.2017 do 18.06.2018 dla Gmina Dąbrowa Górnicza Ul. Graniczna 21 41-300 Dąbrowa Górnicza o wartości 1 027 556,76 zł.

Do wykazu dla pozycji nr 1 i 2 załączono referencje wystawione w dniu 21 września 2018 i 14 stycznia 2020r. potwierdzające należyte wykonanie na rzecz Saferoad Grawil.

Z dokumentów złożonych na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy wynika:

Z zobowiązania do udostępnienia zasobów EUROVIA POLSKA S.A. ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, 55-04 Kobierzyce wynika zobowiązanie do oddania zasobów przy wykonywaniu zamówienia do dyspozycji Wykonawcy SIGNUM i oświadczono, iż:
a) udostępnia się Wykonawcy zasoby w zakresie: potencjał kadrowy i techniczny
- 2 osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę posiadające uprawnienia do obsługi koparko – ładowarki.
- 1 koparko - ładowarka
Do oferty załączono także oświadczenie Eurovia z dnia 19 lutego 2020r. o tym, że skierowane do realizacji zamówienia osoby zatrudnione są na podstawie umów o pracę i ich wynagrodzenie jest wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę.
Zamawiający w dniu 13 marca 2020r. wybrał ofertę Signum jako najkorzystniejszą.
W wyniku odwołania w sprawie sygn.. akt KIO 603/20 Izba nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. wykonawcy SIGNUM Oznakowanie Sp. z o.o. w Czeladzi w zakresie spełnienia warunku udziału w przetargu dotyczącego posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej z pkt 8.2.3.1. SIWZ, a także dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, w pozostałym zakresie oddaliła odwołanie MZUM.pl.
W dniu 22 lipca 2020r. zamawiający wezwał Signum do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wskazując, że realizuje nakaz zawarty w orzeczeniu z dnia 6 lipca 2020r. wydany w sprawie sygn.. akt KIO 603/20 o wymieniony w pkt. 9.3.2 siwz wykaz usług wraz z dowodami ich należytego wykonania. W związku z oświadczeniem złożonym w pkt. 11 formularza ofertowego, dokumenty przedstawione przez Signum na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt. 8.2.3.1 siwz można uznać wyłącznie w zakresie trzeciej z usług przedstawionych w wykazie, która została wykonana przez Signum, a nie przez podmiot na zasobach, którego Signum polega. Szczegółowo powody niezaliczenia pozycji 1 i 2 wykazu na poczet spełniania warunku określonego w pkt. 8.2.3.1 zostały opisane w uzasadnieniu wyroku.
Signum wnosiło o przedłużenie terminu do uzupełnienia dokumentów i udostępnienie wyroku z dnia 6 lipca 2020r. w sprawie sygn.. akt KIO 603/20. Zamawiający przychylił się do obu wniosków.
W dniu 28 lipca 2020r. Signum uzupełniła dokumenty w następujący sposób:
W odpowiedzi na powyższe pismo przedstawiono uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt. 8.2.3.1 SIWZ:
Warunek stanowi, że „Za minimalny poziom zdolności uznane zostanie, wykazanie przez Wykonawcę, wykonania „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie lub jest w trakcie wykonywania co najmniej dwóch usług o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł. brutto każda, polegające na bieżącym utrzymaniu oznakowania pionowego, poziomego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego dla miasta w którym liczba mieszkańców wynosi ponad 100 000 mieszkańców. W przypadku usług wykonywanych nadal wartość 1.000.000,00 zł brutto dotyczy części już zrealizowanej."
Wyjaśniono i uzupełniono w trybie art.26 ust. 3 ustawy wymagane oświadczenia i dokumenty na potwierdzenie spełnianie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. W wyroku KIO sygn. akt 603/2020 stwierdzono, że: 1. w zakresie jednej usługi uwzględniono wiedzę i doświadczenie SIGNUM oznakowanie Sp. z o.o.
2. w zakresie realizacji drugiej usługi nie uwzględniono przedstawionych oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie jej spełnienia..
Na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku w niemniejszym postępowaniu uzupełniającym na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy przedstawiono oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie przez Signum Oznakowanie, warunku wiedzy i doświadczenia po przez podmiot trzeci to jest Saferoad Grawil Spółka z o.o. (dalej Grawil) z Wrocławka, na której zasoby powołuje się, a które to Grawil udostępnia w przedmiotowym postepowaniu.
Dokumentami potwierdzającymi spełnienie stawianych wymagań z pkt. 8.2.3.1 SIWZ są:
1. oświadczenie podmiotu trzeciego Grawil, które potwierdza w całej rozciągłości udostępnienie nam swoich zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia, w tym w szczególności oznakowania pionowego, poziomego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego, które to wykonawca w charakterze podwykonawcy przy naszym udziale wykona (załącznik nr 1).
2. referencję wystawione przez MZD z Płocka na potwierdzenie doświadczenia w zakresie oznakowania pionowego, poziomego (załącznik nr 2).
3. Dokumenty, w postaci protokołu odbioru usług, ich obmiarów oraz kosztorysów wykonawczych (ofertowych) wystawionych przez MZD z Płocka na potwierdzenie doświadczenia w zakresie urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego stanowiących załączniki nr Zał_01 i Zał_02 4. wykaz wykonanych lub wykonywanych usług (załącznik nr 3)
Na potwierdzenie powyższego w tym w szczególności urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego wyjaśniono co następuje: Niżej przedstawione dokumenty potwierdzają należyte wykonanie prac przez Saferoad Grawil Sp. z o.o. dla MZD w Płocku w ramach realizowanej umowy nr 88/MZD/U/2017 o której mowa w przedstawionych wcześniej referencjach z dnia 14.01.2020, w zakresie urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego. Poniższe roboty zostały wykonane w terminie od 01.10.218 do 31.10.2018r. i jest to tylko część robót w zakresie urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego (dalej – urządzeń BRD), wykonanych w ramach tej umowy.
Omawiane dokumenty, które oprócz urządzeń BRD mają również znaki pionowe. Poniższa analiza ukazuje wykonanie z należytą starannością usług w zakresie utrzymanie urządzeń BRD, nie wykazanych w referencjach.
Załącznik nr 1 (Kosztorysy powykonawcze i obmiary robót), na str. 3 i 4 niniejszego dokumentu zawiera Obmiar drogi powiatowe – październik 2018 i jest z dnia 08.11.2018. Obmiar ten potwierdza wykonanie następujących urządzeń BRD:
- Ul. Medyczna, urządzenia BRD o symbolu: U-5b co zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach poz. 2181 Dziennik Ustaw nr 220 z dnia 23 grudnia 2003 r oznacza urządzenie BRD i jest to: zespolony słupek przeszkodowy i znajduje się w kolumnie nr 12 na str. 3 Obmiaru (wykonano 5szt.).
- Ul. Medyczna, urządzenia BRD: AZYL co zgodnie z dokumentacja Zamawiającego jest zawarte w dziale Urządzenia BRD i znajduje się w kolumnie nr 17 na str. 4 Obmiaru (wykonano 19szt.).
- Kolejny wiersz (ul. Medyczna), urządzenia BRD o symbolu: U-5a co zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach poz. 2181 Dziennik Ustaw nr 220 z dnia 23 grudnia 2003 r oznacza urządzenie BRD i jest to: zespolony słupek przeszkodowy i znajduje się w kolumnie nr 13 na str. 3 Obmiaru (wykonano 2szt.).

Powyższe dane przechodzą do Kosztorysu i jest to:
Załącznik nr 1 (Kosztorysy powykonawcze i obmiary robót), na str. 1 i 2 niniejszego dokumentu zawiera Kosztorys z dnia 14.11.2018r na podstawie kosztorysu ofertowego realizowanej umowy, na zrealizowany zakres prac czyli wymienione powyżej urządzenie BRD oraz pozostałe oznakowanie. Tabela kosztorysu podsumowana jest kwotą 8667,40 w wierszu OGÓŁEM.
Powyższe dane przechodzą do PROTOKOŁU ODBIORU WYKONANYCH ROBÓT w okresie od 01.10.2018r 31.10.2018r i jest to:
Załącznik nr 2 – Protokół odbioru, który posiada dwie strony i potwierdza, że w.w. roboty dla m.in. kwoty 8667,40 (dr. Powiatowe), w której zawierają się wykazane wcześniej urządzenia BRD zostały wykonane a ich jakość oceniona jako „dobra" z brakiem uwag i zastrzeżeń.
Wszystkie wykazane powyżej dokumenty potwierdzają należyte wykonanie prac w zakresie urządzeń BRD przez Saferoad Grawil Sp. z o.o. Mając powyższe na uwadze, należy Signum stwierdziło, że uzupełnione oświadczenia i dokumenty potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.2.3.1 SIWZ przez podmiot trzeci Firmę Saferoad Grawil Spółka z o.o z Włocławka, która to jako przyszły podwykonawca udzieliła Signum posiadane przez siebie zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, czyniąc zadość wymaganiom SIWZ oraz ustawy Pzp.
Do uzupełnienia złożono nowy załącznik nr 4 do siwz obejmujący dwie pozycje: oznaczoną numerem 1 pozycję dwa z pierwszego ze złożonych wykazów i pozycję 2 obejmującą doświadczenie wskazane w pozycji 3 pierwotnego wykazu. Referencję z dnia 14 stycznia 2020r. załączoną już pierwotnie. Zobowiązanie z dnia 14 stycznia 2020r. w zakresie wiedzy i doświadczenia wystawione odwołującemu przez Saferoad Grawil – już uprzednio załączone. Nadto załączono protokół odbioru wykonanych robót, kosztorys ofertowy, obmiary i kosztorys powykonawczy.
W dniu 7 sierpnia 2020r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w uzasadnieniu faktycznym podano:
Na skutek wniesionego odwołania w przedmiotowym postępowaniu, Krajowa Izba Odwoławcza wydała w dniu 06.07.2020 r. wyrok o sygn. akt. KIO 603/20, nakazujący Zamawiającemu „unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. (...) w zakresie spełniania warunku udziału w przetargu dotyczącego posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej z pkt. 8.2.3.1. SIWZ, a także dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.
Jak stwierdziła w uzasadnieniu wyroku Krajowa Izba Odwoławcza: „trafne jest stanowisko odwołującego, że udostępniając zdolność zawodową w przedmiocie doświadczenia wykonania usługi utrzymania oznakowania pionowego, poziomego i urządzeń bezpieczeństwa, podwykonawca winien wykonać cały ten zakres, a nie tylko oznakowanie poziome. Zgodnie bowiem z art. 22a ust. 4 p.z.p. jeśli wykonawca chce powołać się na zasoby podmiotu trzeciego dotyczące doświadczenia, podmiot ten winien zrealizować usługę, do realizacji której udostępniane zdolności są wymagane, a nie tylko jej część. Wobec zlecenia podwykonawcy Saferoad jedynie części usługi, wykonawca Signum nie wykazał spełniania warunku udziału w przetargu. Prawidłowo zostało wykazane jedynie doświadczenie własne (pkt. 3 wykazu), czego odwołujący nie kwestionował, zaś wobec braku zaangażowania podmiotu Saferoad w pełen zakres usługi, zarówno dla utrzymania oznakowania poziomego, jak i pionowego (co wynika z treści warunku udziału w postępowaniu) doświadczenie Saferoad nie potwierdza posiadania właściwego potencjału zawodowego, co do posiadania drugiej z niezbędnych usług, o charakterze określonym przez zamawiającego w SIWZ." (...) „warunek udziału w przetargu, wobec nieprawidłowego zakresu podwykonawstwa Saferoad w ofercie, nie został prawidłowo wykazany w zakresie jednej usługi z pkt. 8.2.3.1 SIWZ".
Realizując nakaz zawarty w orzeczeniu wyroku Zamawiający w dniu 22.07.2020r. , wezwał Signum Oznakowanie Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP do uzupełnienia oferty. Wykonawca w odpowiedzi na powyższe wezwanie przedstawił Wykaz usług zawierający dwie usługi wraz z dowodami ich należytego wykonania. Jedna z nich została wykonana bezpośrednio przez Wykonawcę, druga przez podwykonawcę Saferoad Grawil Sp. z o.o. Ponieważ Wykonawca nie spełnił warunku określonego w pkt. 82.3.1. SIWZ samodzielnie ani też nie zmienił oświadczenia określonego w pkt. 11 Formularza ofertowego w zakresie podwykonawcy (taką przykładową możliwość przedstawiła Izba w uzasadnieniu wyroku, który został przesłany do Wykonawcy), ale nadal polegał na zasobach Saferoad Grawil Sp. z o.o. sytuacja określona w odwołaniu, nie uległa co do zasady zmianie, a co za tym idzie nie zmienia się też jej ocena wyrażona przez Izbę w uzasadnieniu wyroku: „warunek udziału w przetargu wobec nieprawidłowego zakresu podwykonawstwa Saferoad w ofercie nie został prawidłowo wykazany w zakresie jednej usługi z pkt. 8.2.3.1. SIWZ". W związku z powyższym, po wypełnieniu nakazanego sentencją wezwania do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Wykonawca Signum Oznakowanie Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.
Izba nie dopatrzyła się okoliczności mogących skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.
Izba postanowiła oddalić wniosek przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy. Przepis ten nakazuje odrzucić odwołanie jeśli dotyczy ono czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. Czynnością, którą zamawiający wykonał zgodnie z wyrokiem Izby była czynność wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 22 lipca 2020r. Tę czynność bowiem nakazała Izba zamawiającemu w sentencji orzeczenia sygn. akt KIO 603/20. Natomiast Izba nie nakazała zamawiającemu przyjęcia konkretnego wyniku oceny złożonych na skutek tego wezwania dokumentów i oświadczeń. Czynność wykluczenia zatem odwołującego z postępowania dokonana w dniu 7 sierpnia 2020r. pozostaje poza treścią orzeczenia Izby w sprawie sygn. akt KIO 603/20 i jest nową czynnością zamawiającego, od której przysługuje odwołanie. Jest to oczywiste, gdyż Izba nie mogła swoim orzeczeniem objąć oceny uzupełnienia dokumentów i oświadczeń przez odwołującego, którego jeszcze nie dokonano. Tym samym nie zachodzi podstawa odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy.
Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy.
Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust.1 i 3 ustawy oraz pkt 8.2.3.1. i pkt 9.3.2. SIWZ, albowiem brak było jakichkolwiek podstaw prawnych i merytorycznych do uznania, że oferta odwołującego po dokonaniu jej uzupełnienia, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, określonego pkt 8.2.3.1. SIWZ
Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby rację należy przyznać odwołującemu, że zastosowanie wobec niego normy art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy było nieprawidłowe. Izba wzięła pod uwagę następujące okoliczności:

1. odwołujący rzeczywiście w formularzu ofertowym w pkt. 11 wskazał zakres podwykonawstwa oznakowanie poziome, oznakowanie pionowe i urządzenia BRD. Ten element stanowi nieuzupełnialny element oferty odwołującego, gdyż stanowi o sposobie wykonania zamówienia przez odwołującego przez posłużenie się podwykonawcami. Taki zakres podwykonawstwa nie był zakazany przez zamawiającego, a więc treść oferty w tej części była zgodna z treścią siwz. Natomiast jednocześnie odwołujący podał, że oznakowanie poziome będzie wykonywał podwykonawca Saferoad Grawil, a oznakowanie pionowe i urządzenia BRD – podwykonawca PPHU B.. Wskazanie na etapie ofertowania nazw podwykonawców nie stanowi istotnego elementu oferty, który nie podlega zmianie w świetle art. 87 ust. 1 ustawy, gdyż jak wynika z art. 36b ust. 2 ustawy zmiana podwykonawcy jest możliwa także w toku realizacji umowy pod warunkiem wykazania spełniania warunków udziału w stopniu nie mniejszym, co koresponduje z treścią art. 22a ust. 6 ustawy. Tym samym możliwa jest zmiana firmy podwykonawczej.
2. Zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy jeśli wykonawca korzysta z zasobów innych podmiotów w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych (uprawnień) lub doświadczenia, to podmioty te muszą zrealizować roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zatem jeśli wykonawca korzysta z cudzego doświadczenia na potwierdzenie spełniania kryterium zdolności zawodowej, to musi wskazać zakres podwykonawstwa zgodny z tym doświadczeniem i wykazać, że ten zakres podwykonawstwa przypadnie podmiotowi udostępniającemu zasób. Przy czym Izba wskazuje, że przy udostępnianiu potencjału technicznego czyli sprzętu i potencjału kadrowego czy osób nie jest konieczne powierzenie podmiotowi udostępniającemu zasoby do realizacji konkretnej części zamówienia, stąd wskazywanie czy to PPHU B., czy firmy Eurovia w zakresie udostępnienia sprzętu nie było konieczne w pkt 11 formularza ofertowego.
3. Odwołujący nie był uczestnikiem postępowania sygn. akt KIO 603/20 i nie uczestniczył w rozprawie w dniu 2 lipca 2020r. (co potwierdza protokół tej rozprawy), nie był mu także doręczony z urzędu wyrok Izby, dlatego wezwanie z dnia 22 lipca 2020r. odwołujące się do tego wyroku i zobowiązujące do uzupełnienia oferty o wymieniony w pkt. 9.3.2. siwz wykaz usług wraz z dowodami ich należytego wykonania, nie było wezwaniem, które wyjaśniało odwołującemu, jaki jest faktyczny brak w jego ofercie i jak powinien być uzupełniony. Zamawiający wybiórczo wskazał „W związku z oświadczeniem złożonym w pkt. 11 formularza ofertowego, dokumenty przedstawione przez Signum na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt. 8.2.3.1 siwz można uznać wyłącznie w zakresie trzeciej z usług przedstawionych w wykazie, która została wykonana przez Signum, a nie przez podmiot na zasobach, którego Signum polega. Szczegółowo powody niezaliczenia pozycji 1 i 2 wykazu na poczet spełniania warunku określonego w pkt. 8.2.3.1 zostały opisane w uzasadnieniu wyroku.” Natomiast z tego sformułowania nie można wywieść, że zamawiający oczekuje albo poprawy formularza ofertowego w pkt. 11 przez przypisania całego zakresu podwykonawstwa firmie Saferoad Grawil, albo jeśli taka poprawa byłaby niezgodna z wolą wykonawcy - wskazanie nowego doświadczenia własnego lub innego podmiotu udostępniającego zasoby w trybie art. 22a ust. 6 ustawy. Przy czym wówczas rzeczywiście odwołujący musiałby uzupełnić wykaz i dowody potwierdzające należyte wykonanie, ale także zmienić formularz ofertowy w pkt. 11 przez wskazanie albo że nie będzie korzystał z podwykonawcy, bo samodzielnie spełnia pkt. 8.2.3.1 albo przez wskazanie innego podmiotu udostępniającego zasób. Czyli zamawiający w ogóle nie wskazując na potrzebę poprawy formularza ofertowego w pkt. 11 i zawężając wezwanie jedynie do dokumentów z pkt. 9.3.2. siwz czyli wykazu usługi i dowodów ich należytego wykonania zamówienia skutecznie w ocenie Izby uniemożliwił odwołującemu prawidłowe zastosowanie się do wezwania. Izba zwraca uwagę, że z sentencji orzeczenia KIO 603/20, ani także z żadnego fragmentu uzasadnienia tego orzeczenia nie wynika, że Izba dopuszczała uzupełnienie dokumentów wyłącznie z ograniczeniem do dokumentów z pkt. 9.3.2 SIWZ – wykaz usług i referencje. Tym samym nie można było uznać, że wezwanie do uzupełnienia z dnia 22 lipca 2020r. rzeczywiście stanowiło wykonanie wyroku Izby w sprawie sygn. akt KIO 603/20, gdyż bezzasadnie zawężało zakres żądanych dokumentów.
4. Konsekwencją tego wadliwego wezwania było uzupełnienie przez odwołującego dokumentów zgodnie z wezwaniem czyli wykazu i dokumentów wykazujących należyte wykonanie usługi w zakresie tak oznakowania poziomego, pionowego jak i urządzeń BRD. Z pisma dołączonego do uzupełnianych dowodów w ocenie Izby wprost z ostatniego akapitu i dwóch pierwszych wierszy na str. 2 wynikało, że odwołujący oświadczył, że powołuje się na zasoby Saferoad Grawil w pełnym zakresie.
5. Zamawiający jako przyczynę wykluczenia wskazał nie uzupełnienie nowych dokumentów, w tym nie zmienienie oświadczenia określonego w pkt. 11 formularza ofertowego w zakresie podwykonawcy (zdanie 8 i 9 od dołu ostatniego akapitu zawiadomienia o wykluczeniu z dnia 7 sierpnia 2020r.), ale zamawiający pominął, że nie wzywał odwołującego do uzupełnienia lub poprawienia pkt. 11 formularza ofertowego. Tym samym podana przyczyna wykluczenia pozostawała bez związku z treścią wezwania. Izba zauważa, że czynność zamawiającego powinna być jednoznaczna, konkretna – dotyczy to również czynności wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Wykonawca nie może domyślać się do czego wzywa go zamawiający, ani nie może wyczytywać intencji zamawiającego z dokumentów od niego niepochodzących. Zamawiający natomiast wskazując, że przyczyny niezaliczenia usług z pozycji 1 i 2 wykazu zostały opisane w uzasadnieniu wyroku, w rzeczywistości nie wskazał wykonawcy, dlaczego jego dokumenty oceniono jako zawierające braki lub nadające się do poprawy. Odwołujący nie był stroną postępowania odwoławczego, nie jest w żaden sposób związany orzeczeniem Izby i dlatego zamawiający powinien był mu szczegółowo wskazać czego brakuje w ofercie odwołującego i w jaki sposób ten brak trzeba uzupełnić. Tego zamawiający nie dokonał, a w uzasadnieniu wykluczenia wskazał, że odwołujący nawet nie zmienił formularza ofertowego w pkt. 11, choć odwołujący do tego nie był wzywany i nie musiał takiego obowiązku wyczytać z przesłanego mu wyroku, bo to rolą zamawiającego jest kierowanie wezwań w sposób konkretny i jednoznaczny.
6. W konsekwencji Izba doszła do przekonania, że wyrok Izby w sprawie sygn. akt KIO 603/20 został nieprawidłowo wykonany, a ponieważ z treści złożonego uzupełnienia, w ocenie Izby wyraźnie wynika, że odwołujący chce korzystać z doświadczenia Saferoad Grawil także w zakresie oznakowania pionowego i urządzeń BRD i nie chce zmieniać podmiotu na którego zasoby się powołuje, to zachodzi wewnętrzna sprzeczność oferty pomiędzy oświadczeniem z pkt. 11, zobowiązaniem Saferoad Grawil, a pismem odwołującego z dnia 28 lipca 2020r., co do rzeczywistego zakresu podwykonawstwa. Wewnętrzną sprzeczność oferty należy usuwać stosując wezwanie do wyjaśnień, które pozwoli ustalić zamawiającemu, co jest rzeczywistą wolą odwołującego, czy wykonanie zakresu podwykonawstwa firmami Saferoad Grawil i PPHU B., czy wykonanie zakresu podwykonawstwa wyłącznie firmą Saferoad Grawil. Jak już wskazywała Izba zmiana w zakresie firm podwykonawczych nie stanowi istotnej zmiany treści oferty, a zatem jej wyjaśnienie jest możliwe w drodze art. 87 ust. 1 ustawy. Po złożonych wyjaśnieniach

zamawiający mógłby dopiero podjąć decyzję, czy treść oferty wymaga poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy czy też podjąć inne rozstrzygnięcie wobec oferty odwołującego. Jednakże wykluczenie z postępowania za niezłożenie dokumentu nieżądanego i nakazywanie odwołującemu domyślania się co powinien złożyć, w ocenie Izby rażąco narusza art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy i w związku z art. 26 ust. 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, albowiem treść informacji w zakresie wykluczenia odwołującego w trybie art. 24 ust. 1 pkt 12, nie wyjaśnia w sposób przejrzysty i jednoznaczny faktycznej podstawy jego wykluczenia

Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby jak już wskazywano powyżej zamawiający wykluczył odwołującego w rzeczywistości za to, że ten nie domyślił się, że będąc wzywany do uzupełnienia wykazu usługi i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, miał poprawić formularz ofertowy w pkt 11 i taki poprawiony dokument złożyć zamawiającemu. W ocenie Izby potwierdza to, że zamawiający w sposób jednoznaczny i przejrzysty nie wykazał podstawy wykluczenia, gdyż nie była ona w ogóle skorelowana z treścią skierowanego do odwołującego wezwania z dnia 22 lipca 2020r., a lakoniczne stwierdzenia zamawiającego znajdujące się w uzasadnieniu czynności wykluczenia wskazywały, że zamawiający wykluczył odwołującego za brak dokumentu, którego poprawy nie wymagał. W ocenie Izby taki stan faktyczny daje podstawy do stwierdzenia naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), obciążając zamawiającego kosztami postępowania i nakazując zamawiającemu, aby zwrócił odwołującemu koszty wpisu, zastępstwa prawnego w kwocie wykazanej złożoną fakturą VAT z ograniczeniem do kwoty dopuszczonej rozporządzeniem tj. w kwocie 3 600zł. oraz koszty dojazdu w kwocie wynikającej z biletów kolejowych tj. w kwocie 279, 30zł.

Przewodniczący: ……
